

**Marta Taroni - Michele Ubertone**  
*(a cura di)*

**Il diritto debole**  
**Mutazione del diritto**  
**e nuove forme di normatività**

**ethos/nomos**



**G. Giappichelli Editore**

## **ethos/nomos**

---

17

La collana *Ethos/Nomos* accoglie contributi riconducibili all'ambito della filosofia pratica. *Ethos* e *nomos* indicano rispettivamente i valori etico-morali e le regole e dinamiche giuridico-politiche: dunque, l'ampio spettro di questioni legate alla regolamentazione dell'agire umano. Si tratta di una prospettiva di ricerca a largo raggio che tocca molteplici ambiti disciplinari: dalla filosofia morale alla filosofia e teoria del diritto, dalla filosofia politica agli aspetti teorici del diritto costituzionale e penale. La collana *Ethos/Nomos* è pertanto aperta a tutte le riflessioni che – nella varietà dei percorsi d'indagine e delle specificità disciplinari – propongano tematiche rilevanti per il discorso giuridico e filosofico.

Le opere pubblicate all'interno della collana *Ethos/Nomos* vengono proposte dal Comitato di direzione e sono soggette a una valutazione preventiva da parte di *referees* individuati fra gli esperti della materia.

*Comitato di direzione:*

A. Artosi, L. Baccelli, M. Barberis, G. Bongiovanni, S. Canestrari, E. Diciotti, C. Faralli, G. Gozzi, A. Morrone, G. Pino, G. Preterossi, E. Santoro.

Marta Taroni - Michele Ubertone

*(a cura di)*

# Il diritto debole

Mutazione del diritto  
e nuove forme di normatività



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2020 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO 21 - TEL.: 011-81.53.111 - FAX: 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3476-8

ISBN/EAN 978-88-921-8898-3 (ebook -pdf)

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

## Indice

	<i>pag.</i>
Marta Taroni-Michele Ubertone Il diritto debole. Un'introduzione	1
Andrea Gentili Promesse tradite. Una dialettica del liberalismo	11
Silvia Vida Il paternalismo "mite" del <i>nudge</i> : su alcuni aspetti della regolazione post-liberale	33
Alberto Artosi Con i dosaggi esatti degli esperti. Per un'analisi del potere tecno-disciplinare	85
Michele Ubertone e Tommaso Meani La guerra dei Leviatani. Perché la globalizzazione im- pedisce agli stati di realizzare il bene comune	105
Claudio Novelli La giustizia nell'epoca della sua riproducibilità tecnica. Gli algoritmi predittivi e il processo	131
Marta Taroni Puerilismo digitale	155
<i>Gli Autori</i>	175



Marta Taroni e Michele Ubertone<sup>1</sup>

## **Il diritto debole. Un'introduzione**

SOMMARIO: 1. L'indebolimento dei circuiti giuridici. – 2. Le nuove forme di normatività. – 3. Una nuova sfida per la filosofia del diritto: normatività senza ragioni?

### **1. L'indebolimento dei circuiti giuridici**

Tradizionalmente siamo abituati a pensare al potere normativo come all'effetto di atti che si esprimono in modo pubblico, attraverso l'emanazione esplicita di norme assistite da sanzioni, e compiuti in misura prevalente da istituzioni statali o quantomeno pubblicamente riconosciute e legittimate. Una nota critica a questo stereotipo proviene da Michel Foucault. Secondo Foucault, per comprendere il modo in cui le dinamiche di potere strutturano la società non è possibile limitarsi a osservare quelli che lui chiama circuiti giuridici – ossia quelli che, appunto, si configurano in questo modo tradizionale – ma occorre allargare lo sguardo a forme al contempo meno evidenti e più pervasive di normatività. Foucault chiama “giuridici” non solo i poteri che si esprimono attraverso leggi, atti amministrativi, sentenze, ecc., ma anche quelli che operano attraverso prescrizioni esplicite, siano esse di diritto pubblico o di origine privatistica. Per esempio, le regole scritte di un circolo di golf o le regole di coprifuoco esplicitamente imposte dai genitori ai figli potrebbero essere considerate forme di potere “giuridiche” in senso foucaultiano. Ebbene, per Foucault, i circuiti di potere davvero de-

---

<sup>1</sup> Il primo paragrafo è da attribuirsi a M. Ubertone, il secondo a M. Taroni, il terzo paragrafo è opera congiunta di entrambi gli autori.



terminanti per comprendere la società non hanno natura giuridica in questo senso, perché non si esprimono attraverso prescrizioni esplicite, né attraverso sanzioni. I più rilevanti sotto il profilo causale, e quelli su cui perciò occorre concentrare l'attenzione per comprendere il funzionamento della società, sono circuiti occulti che Foucault chiama disciplinari e governamentali<sup>2</sup>.

Il mondo contemporaneo offre diverse conferme dell'intuizione alla base degli scritti di Foucault. A poteri regolativi liberi nel fine e orientati dalle opzioni politiche di istituzioni dotate di legittimazione collettiva, trasparenti nelle loro origini e nelle loro modalità operative, sempre più sembrano sovrapporsi forme di regolazione profondamente diverse, che prescindono per il loro funzionamento da una legittimazione pubblicistica o privatistica, e opache sia nelle loro origini sia nei loro meccanismi causali. Per esempio, attraverso i nostri smartphone e i nostri computer siamo costantemente catturati dal potere pubblicitario che raccoglie i nostri dati e, sulla base dei principi della psicologia comportamentale, li usa per corrompere l'indipendenza delle nostre scelte. Gli stessi circuiti di potere formalmente giuridici, come quelli che si incarnano negli atti normativi degli stati, sempre più si ispirano a queste tecniche di manipolazione. Gli stati progressivamente perdono il loro status di agenti normativi privilegiati, e si trovano, per poter avere un'incidenza reale nella vita dei loro stessi cittadini, a dover operare in competizione tra loro e con agenti privati. Lo stato cessa di essere un Leviatano onnipotente e diventa un agente economico tra gli altri, dotato di un potere di influenza pari alla sua ricchezza, da un lato valutato nella sua performance al pari degli altri dal giudizio dei mercati, dall'altro influenzato nelle sue strategie dalle strategie degli altri agenti.

In questo contesto, si assottiglia la distinzione tra norme giuridiche e norme tecniche. Sempre più i contenuti degli atti normativi ri-

---

<sup>2</sup>Disciplinari sono i circuiti di potere che inducono nei soggetti l'interiorizzazione di abitudini attraverso la ripetizione di comportamenti, l'attribuzione di ruoli, il monitoraggio costante delle condotte. Essi si esprimono in modo non centralizzato, non formale, occasionale (educazione, cura dei malati, addestramento a tecniche produttive). Governamentali sono invece i circuiti di potere che mirano a gestire situazioni complesse, che riguardano molti individui e aspetti disparati della vita sociale: queste situazioni, data la loro complessità, non possono essere organizzate in modo disciplinare, inducendo artificialmente abitudini, ma possono essere gestite sfruttando in modo calcolato tendenze naturali degli esseri umani.

spondono all'esigenza di ottenere un fine calcolato sulla base di saperi tecnici per soddisfare indicatori di produttività. Per poter far fronte alla capacità dell'industria di orientare i comportamenti degli individui, gli stati spesso rinunciano a norme che mirano a indirizzare in modo esplicito il comportamento intenzionale degli individui. Essi trovano più efficace adottare strategie che influenzano la condotta dei cittadini senza che questi ne abbiano consapevolezza. Mentre il diritto classico considerava la natura libera o viziata delle scelte individuali un dato di grande rilevanza giuridica, sempre più oggi si tende a considerare l'autonomia dell'individuo come un dato irrealistico o comunque giuridicamente irrilevante. Questa nuova cultura, che assimila il diritto ad altre forme di controllo del comportamento, non solo prescinde dall'imputazione di responsabilità in senso classico, ma, operando sulla base di mere correlazioni statistiche tra cause ed effetti, può realizzarsi al meglio attraverso l'impiego di algoritmi, anziché in base ai tradizionali canoni di giudizio morale umano.

D'altro canto, gli stessi stati subiscono l'influenza non delle norme di diritto internazionale, ma delle strategie aggregate di agenti pubblici e privati che si servono di meccanismi economici per limitarne e orientarne le scelte: lo stato cioè non trova un limite al suo potere regolativo in prescrizioni giuridiche di organi sovrastatali, ma soprattutto in prescrizioni tecniche che gli impongono determinate condotte a pena di risultare poco competitivo nel mercato globale. Gli stati sono così portati a una progressiva deregulation: il diritto e le regole giuridiche tradizionali recedono sempre più lasciando spazio al mercato e alle leggi economiche che lo governano.

## 2. Le nuove forme di normatività

Già Foucault aveva intuito la connessione tra liberalismo e “la formidabile estensione delle procedure di controllo, di costrizione e di coercizione, destinate a costituire una sorta di contropartita e di contrappeso delle libertà”<sup>3</sup>. Il liberalismo “consuma liber-

---

<sup>3</sup>M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano, 2005, p. 68.

tà”<sup>4</sup>. Può funzionare solamente laddove esistono delle libertà: “libertà del mercato, libertà del venditore e dell’acquirente, libero esercizio del diritto di proprietà, libertà di discussione, eventualmente libertà di espressione ecc.”<sup>5</sup>. Ma produrre queste libertà, necessarie alla sopravvivenza del liberalismo, implica contestualmente la creazione di controlli, coercizioni e obblighi. Questo è il paradosso del liberalismo: introdurre “un sovrappiù di libertà mediante un sovrappiù di controllo e di intervento”<sup>6</sup>. Le tecniche disciplinari contemporanee “prendono in carico il comportamento degli individui giorno per giorno, e fin nei minimi dettagli, coincidono esattamente – nel loro sviluppo, nella loro esplosione, nella loro disseminazione attraverso la società – con l’epoca delle libertà”<sup>7</sup>. In questo contesto, le norme emesse dagli organi statali, benché rimangano valide entro un sistema giuridico positivo, perdono efficacia di fronte all’enorme energia persuasiva del mercato.

L’intuizione di Foucault emerge con evidenza nel saggio di Andrea Gentili che apre il volume: *Promesse tradite. Una dialettica del liberalismo*, dedicato alla connessione tra il liberalismo e l’opacità dei circuiti giuridici classici. Il liberalismo, secondo l’autore, realizza un sistema paranormativo di tipo privato destinato a divenire più potente dello Stato stesso. La grande narrazione del mondo globale assume come valori archetipici la libertà e l’individualismo, ma nel contempo ci rende schiavi delle leggi del mercato.

La stretta correlazione tra potere disciplinare e nuove forme di regolazione diverse dal diritto è approfondita nel saggio di Silvia Vida, *Il paternalismo “mite” del nudge: su alcuni aspetti della regolazione post-liberale*. Vida si occupa da diversi anni del *nudging* sotto un profilo prettamente critico, ben evidenziato nel suo ultimo lavoro sul tema<sup>8</sup>. Il saggio che compare nel volume analizza questo tipo di regolazione post-liberale enucleando con precisione gli elementi essenziali che costituiscono la teoria alla base del paternali-

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo liberario*, IF Press, Roma, 2018.

simo mite del *nudge*. Questo mezzo di regolazione nasce dalla consapevolezza della vera natura dei soggetti decisori, che gran parte della psicologia comportamentale descrive come individui non razionali che, in quanto tali, vanno guidati nelle loro decisioni. Al contrario della teoria economica classica, che presuppone la razionalità degli agenti nei processi economici, sociali e giuridici, la teoria del *nudging* assume come premessa l'irrazionalità degli individui che ogni giorno compiono scelte non libere, condizionate da errori di ragionamento, pregiudizi, emozioni, esperienze personali, ideologie e paure inconscie. Perché allora, partendo da tale presupposto, non costruire delle architetture delle scelte idonee a far decidere per il meglio un soggetto, che comunque, in fondo, mai sceglierebbe liberamente? Una simile teoria pone una serie di interrogativi. Dal punto di vista giusfilosofico, è necessario interrogarsi sulla natura giuridica di tale sistema di regolazione del comportamento; dal punto di vista etico, invece, occorre domandarsi quali problemi possono scaturire da questo approccio paternalistico alle politiche sociali. Questo paternalismo "mite", infatti, può finire per diventare asimmetrico, perché, come presuppone la non razionalità dei soggetti da indirizzare, presuppone, ovviamente, la perfetta razionalità di coloro che sono chiamati a progettare l'architettura delle scelte.

Un metodo di regolazione non pubblica, ma di origine privata alquanto diffuso in epoca post-liberale è costituito dalle norme tecniche di cui scrive Alberto Artosi nel saggio *Con i dosaggi esatti degli esperti. Per un'analitica del potere tecno-disciplinare*. Concentrandosi su un particolare, e attualmente molto diffuso, genere di norme tecniche, i cosiddetti "indicatori", l'autore mostra come questi dispieghino un peculiare tipo di operatività normativa: non sanzionano una condotta del soggetto a cui si rivolgono, ma sono esse stesse il modello del comportamento che tale soggetto deve adottare per potere essere conforme ad esse. Gli indicatori infatti – questa la tesi del saggio – altro non sono che sofisticati dispositivi disciplinari che svolgono una funzione di normalizzazione, cioè di allineamento dei soggetti con i fini del sistema di potere (e sapere) dominante.

Anche il sistema di regolazione del mercato internazionale, negli ultimi decenni, ha subito importanti sviluppi che meritano at-

tenzione accademica. Di questo trattano Tommaso Meani e Michele Ubertone nel successivo saggio, dal titolo *La guerra dei Leviatani. Perché la globalizzazione impedisce agli stati di realizzare il bene comune*. Meani e Ubertone applicano le dinamiche della teoria alle relazioni tra stati nel mondo globalizzato. Il contesto globale ha creato una situazione nella quale le tecniche di cooperazione, fino adesso utilizzate per realizzare il bene comune, falliscono. La tesi del saggio, infatti, è che la globalizzazione inneschi una continua lotta al ribasso tra gli Stati, che al pari dei privati si trovano costretti a comportarsi in maniera competitiva, trascurando il compito che è loro proprio di “fare giustizia” o di “realizzare il bene comune” entro il proprio territorio. L’assenza, a livello internazionale, della minaccia della sanzione, motivo primo che induce gli uomini a collaborare, spinge lo Stato a porre norme sempre più vantaggiose per gli agenti economici, che altrimenti sceglierebbero di insediarsi laddove trovassero un ambiente più favorevole alle loro attività.

In questo periodo di indebolimento del diritto tradizionale i giuristi si trovano a confidare in tecnologie algoritmiche che nelle loro speranze dovrebbero migliorare l’efficienza della giurisdizione. Nel saggio *La giustizia all’epoca della sua riproducibilità tecnica. Gli algoritmi predittivi e il processo*, Claudio Novelli analizza vantaggi e svantaggi dell’introduzione di sistemi algoritmici con finalità di giustizia predittiva. La conclusione è che, come l’utilizzo di tali tecnologie nel mercato provoca standardizzazione dei gusti e prevedibilità del comportamento, così l’uso di algoritmi predittivi nei tribunali potrebbe accelerare il processo di industrializzazione della giustizia, contribuendo a fare perdere ulteriormente al diritto la sua identità.

Ma i veri antagonisti del potere normativo classico hanno origine privata. Le tecniche di manipolazione e di standardizzazione del comportamento possono addirittura assumere, complice il Web, vesti attraenti e ludiche. L’utilizzo del gioco come strumento di persuasione e di controllo è il tema di cui si occupa Marta Taroni nel saggio di chiusura di questo volume: *Puerilismo digitale*. Il saggio analizza il valore del gioco nel nostro tempo e il suo uso nei *social network* e nelle piattaforme digitali in generale, utilizzo che si riassume in una parola molto diffusa negli ultimi anni: *gamification*. L’e-

lemento ludico, di cui Taroni ricostruisce brevemente la storia degli ultimi secoli seguendo la classica visione di Huizinga, diviene, nell'attuale mondo digitalizzato, uno dei tanti strumenti di indirizzamento delle menti, sempre più pigre, ogni giorno meno autonome e dipendenti, emotivamente e praticamente, dalle tecnologie algoritmiche proposte dal mercato. L'utente, divertito dall'apparenza attraente della piattaforma, compra beni e servizi, mentre regala al mercato i suoi segreti, che sono la vera moneta di scambio odierna. Mai come oggi sapere è potere: i dati sul comportamento umano, infatti, sono il combustibile per il motore del profitto, il petrolio dei colossi del Web.

### **3. Una nuova sfida per la filosofia del diritto: normatività senza ragioni?**

Il *fil rouge* del libro è, come suggerisce il titolo, la debolezza dei circuiti giuridici classici, effetto comune di cause diverse. I nuovi poteri regolativi sono più forti rispetto ai circuiti giuridici del passato, perché supportati sia da strumenti tecnologici, di cui l'uomo anche solo pochi decenni fa non avrebbe immaginato l'esistenza, sia dall'utilizzo degli studi della psicologia comportamentale, studi che mostrano gli aspetti irrazionali degli individui che li rendono facilmente manipolabili. D'altra parte, la globalizzazione ha contribuito alla diffusione di un potere senza confini territoriali, un potere che non ha confini da varcare e che non deve adeguarsi al diritto vigente del paese dove desidera insediarsi. Nel contempo, essa ha spinto sempre più gli stati a deregolare al fine di divenire più competitivi in un mercato in cui la cooperazione da parte di ciascun agente è economicamente sconveniente. Tutti questi fenomeni, poi, crescono e prosperano grazie a un sistema che in nome della libertà giuridica crea coercizioni economiche, assoggettando gli individui alle leggi del mercato.

Diversi fattori di natura molto eterogenea contribuiscono dunque all'erosione del diritto. Una nuova sfida per la filosofia giuridica è comprendere tale mutazione. Alle leggi e ai regolamenti degli stati si compenetrano forme nuove di normatività, che, a differenza

del diritto come tradizionalmente inteso, non postulano né costituiscono quelle che i filosofi chiamano ragioni per l'azione.

Il diritto infatti, secondo una concezione tradizionale, è un complesso di dispositivi normativi creati da agenti razionali per altri agenti razionali. Agenti razionali non nel senso di illuminati o giusti, ma nel senso di operanti sulla base di ragioni. Il diritto è creato sulla base di ragioni per l'azione dei legislatori (per esempio ragioni politiche coerenti con una certa idea di bene comune) e crea ragioni per l'azione per i cittadini (per esempio ragioni prudenziali, per il cittadino che non vuole incorrere in sanzione, o morali, per il cittadino che ritiene che il rispetto della legge sia un dovere civico).

Oggi però il diritto è spesso compenetrato da meccanismi normativi che secondo questa tradizionale concezione non possono essere considerati giuridici, o perché non sono creati sulla base di ragioni per l'azione da parte dei legislatori o perché non creano ragioni per l'azione per i cittadini (o, per meglio dire, perché sono efficaci indipendentemente dalla loro eventuale idoneità a creare ragioni). In altri termini, il diritto si tramuta in qualcosa di altro da sé o per mancanza di ragioni a monte o per mancanza di ragioni a valle: o perché gli effetti normativi non sono più il frutto di una scelta razionale di un legislatore tra alternative possibili o perché si producono senza dovere trarre la loro forza motivante dalla creazione di incentivi razionali per i consociati.

Un caso di mancanza di ragioni a monte è dato dagli interventi legislativi che si realizzano per effetto di dinamiche di mercato. Questi non sono interpretabili come momenti di scelta consapevole di agenti tra valori etici antagonisti, ma più che altro come effetti pratici di leggi macroeconomiche. Un altro caso è l'integrazione all'interno del tessuto giuridico tradizionale di norme tecniche, che producono effetti sulla società, in termini di standardizzazione e limitazione della libertà, senza essere imputabili alla volontà di un legislatore.

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

Kelsen ha sostenuto che il discorso giuridico si esprime in ter-

mini di imputazione anziché di causalità<sup>9</sup>. La norma giuridica, a differenza della norma tecnica, non correla cause a effetti, ma le eventuali violazioni di soggetti liberi a responsabilità, considerando gli agenti come soggetti che rispondono a ragioni anziché come oggetti che rispondono a cause. Kelsen stesso riconosce la natura essenzialmente arbitraria dell'operazione mentale attraverso cui alcuni elementi della realtà, i soggetti di diritto, vengono ritagliati dal giurista e sottratti dal dominio della causalità per essere considerati responsabili. I realisti hanno sostenuto che questa sia una finzione, sia pure coesistente al diritto; Kelsen la considera, kantianamente, come una condizione di possibilità del discorso giuridico. Oggi, però, sempre più ciò che chiamiamo "diritto" o "discorso giuridico" sembra prescindere da questa operazione mentale.

Ci troviamo di fronte a una situazione di cui forse non conosciamo ancora dettagliatamente le cause, ma che rivela un dato costante: il diritto è debole. Il giurista è spaesato in questo nuovo mondo. Non ha le chiavi di lettura adatte per decifrarlo, per comprenderlo, per dominarlo. Ci auguriamo che questo volume, nonostante la sua inevitabile incompletezza data la complessità dei temi trattati, funga da breviario colmo di interrogativi su cui studiare, su cui discutere e su cui ideare linee di ricerca.

---

<sup>9</sup> H. KELSEN, *Causality and Imputation*, in *Ethics*, vol. 61, n. 1, 1950, pp. 1-11.





Andrea Gentili

## **Promesse tradite. Una dialettica del liberalismo**

SOMMARIO: 1. Individualismo liberale. – 2. Ragione, società, mercato. – 3. Stato e mercato. – 4. Il paradosso del liberalismo. – 5. Conclusione.

*Economics are the method; the object is to change the soul*<sup>1</sup>

### **1. Individualismo liberale**

Concepito durante la seconda guerra mondiale e pubblicato a ridosso della sua conclusione, il breve scritto programmatico di Friedrich Hayek *The Road to Serfdom* può sembrare, a una lettura superficiale, disallineato dal proprio periodo storico (venne infatti rifiutato da un paio di editori, per timore risultasse impopolare) salvo poi rivelarsene, come spesso accade per libri del genere, una profonda rappresentazione. Hayek propone qui una delle sue tesi più celebri: che tutti i totalitarismi (tanto lo stalinismo quanto il nazismo) si siano sviluppati come prosecuzione naturale delle pretese fallimentari del socialismo<sup>2</sup>. Ogni tentativo di organizzare il mondo secondo un principio ideale nasce dall'illusione che il nostro privato sistema di valori possa essere reso valido in assoluto mentre è invece qualcosa di necessariamente incompleto. In un

---

<sup>1</sup> M. THATCHER, Intervista al "Sunday Times", 1° maggio 1981.

<sup>2</sup> F.A. HAYEK, *The Road to Serfdom*, Routledge, Londra, 2001, p. 121.

mondo la cui complessità cresce sempre di più e in cui le interrelazioni tra valori che si affrontano senza vincitore nel pantheon della storia<sup>3</sup> si complicano costantemente, non c'è codice morale che non sia "full of gaps"<sup>4</sup>. Il punto d'arrivo della "filosofia dell'individualismo" proposta da Hayek è allora un pacato relativismo che non impone alcuna gerarchia tra i valori<sup>5</sup>. Ai suoi antipodi starebbe il regime totalitario, il quale, per funzionare, deve imporre nei governati l'illusione che i valori e i fini della minoranza di governo siano i loro propri<sup>6</sup>. La propaganda totalitaria s'impadronisce da principio dei mezzi d'informazione e inizia la sua opera di omologazione degli individui: "the characteristic *Gleichschaltung* of all minds"<sup>7</sup>. Essa parla ai loro istinti, alle loro brame, e offre loro tanto spiegazioni razionali quanto discorsi infiammanti. Il passaggio è da vecchi a nuovi idoli che rispondano in modo più consono agli istinti della folla<sup>8</sup>. Le parole, prima fra tutte "libertà", vengono progressivamente svuotate di senso e usate per rafforzare il loro opposto: alle loro spoglie svuotate rimane soltanto un'associazione emotiva<sup>9</sup>. Col regime, non solo diventa impossibile un'arte "gratuita" (ammesso sia mai esistita), ma anche la "scienza per la scienza": cioè la "disinteressata ricerca della verità"<sup>10</sup>. Il contesto intellettuale che viene a formarsi è dominato dallo "spirit of complete cynicism" e dall'abbandono dello "spirit of independent inquiry"<sup>11</sup>. La consapevolezza dell'individualismo, all'opposto, è che il mondo sia troppo complesso per essere compreso da un comitato dirigente. Non possiamo conoscere la totalità, ma possiamo, al limite, sperare di organizzarne

---

<sup>3</sup> "Every generation, of course, puts some values higher and some lower than its predecessors" (*ibidem*, p. 219).

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 158.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 163.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

un pezzetto per noi stessi<sup>12</sup>. L'individuo dev'essere libero di comandare se stesso perché è padrone di se stesso per assenza di candidati al ruolo. L'assolutezza della sua autonomia scaturisce non tanto dalla sua capacità di migliorarsi (com'era il caso del vecchio umanesimo liberale alla Humboldt), quanto dalla sua incapacità di avere una presa sull'universale. Quelli che si dicono "fini sociali" non sono altro che o la coincidenza dei fini di più individui (cioè: dietro l'universale si nasconde una minoranza) o l'occasione per i singoli di allocare risorse per il perseguimento dei propri desideri egoistici (cioè: l'universale è un'invenzione ipocrita, dietro cui nascondiamo i nostri bisogni)<sup>13</sup>. Questo abbattimento dell'universale è il lavoro preparatorio a ogni costruzione che si rivolga, in prima e ultima istanza, all'individuo (perché al suo desiderio, espresso nella cruda ricerca della potenza, noi possiamo credere). La minaccia si concretizza quando lo Stato non è più "a piece of utilitarian machinery intended to help individuals in the fullest development of their individual personality", ma diviene un'istituzione "morale"<sup>14</sup>. Se l'universale è inattuabile, chiunque lo pretenda dalla sua parte dissimula il proprio desiderio di dominio. Il reale pericolo è la volontà di potenza qualora essa indossi i panni dell'ideale. Lo Stato non può basarsi sulla realizzazione di un ideale, perché ogni posizione di principio che voglia investire la collettività è un'illusione scenica sotto cui si avvolgono le spire delle catene. Dietro ogni forma si nasconde un tentativo di coazione:

the close interdependence of all economic phenomena makes it difficult to stop planning just where we wish, and that, once the free working of the market is impeded beyond a certain degree, the planner will be forced to extend his controls till they become all-comprehensive. These economic considerations, which explain why it is impossible to stop deliberate control just where we should wish, are strongly

---

<sup>12</sup> "What the German and Italian who have learned the lesson above all want is protection against the monster state, not grandiose schemes for organisation on a colossal scale, but opportunity peacefully and in freedom to build up once more his own little world" (*ibidem*, p. 223).

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 80.

reinforced by certain social or political tendencies whose strength makes itself increasingly felt as planning extends<sup>15</sup>.

Ora, è palese che l'obiettivo di Hayek è disintegrare i presupposti che rendono possibile una pianificazione economica centralizzata. Fascismo e nazismo, marxismo e socialismo, sono identici nella misura in cui pretendono di pianificare l'economia nazionale, di imporre una forma attraverso l'illusione del controllo, dove la dimostrazione della falsità del controllo è la sua concreta inefficienza rispetto al libero sfogo della tenzone concorrenziale. La pianificazione realizza così la trasgressione più grave, forse l'unica possibile: è un potere che, invece di accrescersi, limita gli altri.

L'autorità è più detestabile di un po' di sano e fisiologico disordine, in quanto impone all'imprevedibile una forma che è l'espressione del suo arbitrio e, in fondo, del suo proprio desiderio. L'autorità è un desiderio che ha dimenticato o celato la sua natura, e si autorappresenta come al di là, anzi come fonte di salvezza rispetto al confliggere dei desideri tra loro. L'aritmetica del potere è di una semplicità disarmante: se gli individui limitano il proprio (che è sempre "poter far affari più vantaggiosi") davanti a una pianificazione centrale dell'economia o di qualsivoglia impedimento, allora il potere ceduto non si disperde, ma viene ricompreso dallo Stato. Data una tale quantità di potere, il suo nudo esercizio è già dispotismo<sup>16</sup>. L'unico argine che la razionalità può porre è allora quello d'impedire il crearsi di concentrazioni di potere. Il potere, per sua natura, si dirige sempre verso l'arbitrarietà e la guerra, ma questo potere è anche, al di là del bene e del male, la verità ultima. Non

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>16</sup> "In order to achieve their end collectivists must create power – power over men wielded by other men-of a magnitude never before known, and that their success will depend on the extent to which they achieve such power. (...) What all those who argue in this manner overlook is that by concentrating power so that it can be used in the service of a single plan, it is not merely transferred but infinitely heightened; that by uniting in the hands of some single body power formerly exercised independently by many, an amount of power is created infinitely greater than any that existed before, so much more far-reaching as almost to be different in kind. (...) There is, in a competitive society, nobody who can exercise even a fraction of the power which a socialist planning board would possess" (*ibidem*, pp. 148-9).

possiamo eliminarlo, ma possiamo impedire che ve ne sia troppo. Il libero gioco delle forze economiche individuali è preferibile alla minaccia dell'oppressione che scaturirebbe dal tentativo di realizzare un'idea di bene o di giustizia. Il dilemma tra intervento e non intervento dello Stato non è però il modo corretto di porre la questione. Per i liberali del dopoguerra su questo non c'è più alcun dubbio: lo Stato deve certamente intervenire. È semmai sull'entità dell'intervento che le opinioni tendono a divergere. La sua azione deve essere, in ogni caso, prevedibile nei suoi risultati<sup>17</sup>. La convinzione giuridica di fondo è la stessa di Hans Kelsen: che il diritto vada pensato in termini di efficienza matematica – non nell'orizzonte della verità o della giustizia, ma in quello della prevedibilità dei risultati e della loro ripetibilità. La macchina deve funzionare, il sistema dare risultati certi e prevedibili; il solo ordinamento da rifiutare a priori è quello fondato sull'arbitrio di pochi. Il liberalismo non ha “hard-and-fast rules”, non ha cioè una forma stabile<sup>18</sup>, ma rifiuta ogni formalità. Non vi è realmente una forma statale propria del liberalismo. Esso, nel suo pretendere la sostanziale autonomia della sfera economica su scala globale, può essere abbracciato da qualsiasi regime. La non interferenza col desiderio individuale si traduce in una legislazione quanto più possibile generale e astratta: nello Stato amministrativo dell'uguaglianza formale. Poi, nel gioco della concorrenza, qualcuno deve pur perdere. Il *rule of Law* significa allora, e Hayek non lo nasconde, l'irriducibile permanenza di una disuguaglianza economico-sociale<sup>19</sup>. In una pianificazione economica totale la disuguaglianza rimaneva ugualmente, ma era dovuta all'arbitrio dell'autorità e non a “circumstances which nobody controls, and which it is impossible to foresee with certain-

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>18</sup> “The fundamental principle that in the ordering of our affairs we should make as much use as possible of the spontaneous forces of society, and resort as little as possible to coercion, is capable of an infinite variety of applications” (*ibidem*, p. 17).

<sup>19</sup> “To produce the same result for different people it is necessary to treat them differently. To give different people the same objective opportunities is not to give them the same subjective chance. It cannot be denied that the Rule of Law produces economic inequality-all that can be claimed for it is that this inequality is not designed to affect particular people in a particular way” (*ibidem*, p. 82).

ty”<sup>20</sup>. Non c’è qui alcuna promessa di giustizia, né potrebbe esserci. Certo, la competizione non sarà tra eguali, con pari opportunità. Qualcuno avrà una dotazione di partenza superiore agli altri e le disuguaglianze tra uomini ci saranno sempre, ma il punto è la possibilità:

Although under competition the probability that a man who starts poor will reach great wealth is much smaller than is true of the man who has inherited property, it is not only possible for the former, but the competitive system is the only one where it depends solely on him and not on the favours of the mighty, and where nobody can prevent a man from attempting to achieve this result<sup>21</sup>.

Noi possiamo avere la nostra idea di un “giusto prezzo” o di un “equo salario”, ma essa è soltanto il risultato di circostanze economiche che derivano dall’incontrollabile competizione. Se siamo noi a stabilirlo, pervertiamo il caos della competizione imprimendogli una forma: dimentichiamo che quella forma è anch’essa qualcosa che deriva dal caos<sup>22</sup>. Ogni posizione, anche quella che appare più luminosa e caritatevole, è un punto di vista figlio della potenza. Non che alla morale, come autonomo disporre dei mezzi in vista dei fini, venga sostituito il mercato, piuttosto nel libero mercato viene dissolta qualsiasi posizione morale: ogni bene o felicità è in fondo condizionato da quell’accumulo di possibilità (cioè di denaro) che soltanto la più ampia assenza di barriere al commercio può garantire. “Tutto dipende dal singolo”, ma cos’è questo “tutto”, che è anche l’oggetto da raggiungere? Cosa spinge il singolo a competere? Nel mondo privo di sostanza non vi sono nemmeno, scrive Hayek, “motivazioni economiche” in senso stretto: esse non sono altro che “the desire for general opportunity, the desire for power to achieve unspecified ends”<sup>23</sup>. All’accumulo di capitale consegue l’ampliarsi dello spettro delle possibilità realizzabili. La ricerca individuale si orienta verso l’unico scopo perseguibile, che è l’accrescimento del-

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 92.

la potenza, cioè qualcosa che è in sé nulla. Questo non nel senso che non abbia conseguenze – anzi è carico delle più tragiche – ma che questa potenza prosegue all’infinito e non riesce a determinarsi. In questo senso la realizzazione del profitto è del tutto disorientata e priva di scopo, è realmente χάος, la voragine di un’assenza.

## 2. Ragione, società, mercato

Il modo migliore di guidare gli sforzi individuali è l’instaurazione di un’effettiva competizione; resta tuttavia che per l’instaurazione e il funzionamento di tale competizione è richiesto “a carefully thought-out legal framework”<sup>24</sup>. Ma l’intera architettura deve preservare l’interazione individuale come rapporto tra diversi, perché questa diversità costituisce la “vita del pensiero”. La crescita della ragione è un processo collettivo e sociale ma, poiché non possiamo sapere cosa riserva il futuro, nemmeno possiamo in qualche modo prevedere cosa sarà utile alla ragione e cosa no: “to ‘plan’ or ‘organise’ the growth of mind, or, for that matter, progress in general, is a contradiction in terms”. Altrove, Hayek definirà il “vero individualismo” come “primarily a *theory* of society”<sup>25</sup>. Non dovrebbe cioè muovere dall’atomismo degli individui, ma dal mondo sociale: il punto di partenza dell’individualismo sarebbe la società, di cui però l’individuo non può mai comprendere la complessità nella sua interezza. Hayek non nega certo l’origine sociale dell’uomo singolo, ma piuttosto nega che di questa origine l’individuo possa

---

<sup>24</sup> “The functioning of competition not only requires adequate organisation of certain institutions like money, markets, and channels of information-some of which can never be adequately provided by private enterprise-but it depends above all on the existence of an appropriate legal system, a legal system designed both to preserve competition and to make it operate as beneficially as possible” (*ibidem*, p. 39). Per esempio, è assolutamente imprescindibile il riconoscimento e la tutela dell’attuale configurazione della proprietà privata. Ma chi decide sulla proprietà? Ovvero, chi decide che il presente assetto proprietario della società è legittimo?

<sup>25</sup> F.A. HAYEK, *Individualism: True and False*, in ID., *Individualism and economic order*, University of Chicago Press, Chicago, 1948, p. 6.



venire a capo. È una mossa che consente di contrastare le teorie sociali o altre forme di collettivismo muovendo di fatto dallo stesso ineliminabile presupposto (che ci sia una società e che sia innanzitutto essa a condizionare il modo che hanno gli uomini di stare al mondo). Eppure, se si nega la possibilità di comprendere l'origine, non si spiega allora da dove venga effettivamente fuori l'individualismo. Lo stesso vale per la razionalità:

human Reason, with a capital R, does not exist in the singular, as given or available to any particular person, as the rationalist approach seems to assume, but must be, conceived as an interpersonal process in which anyone's contribution is tested and corrected by others<sup>26</sup>.

C'è la ragione, che è il risultato di un processo intersoggettivo, ma che, nel suo costituirsi, come risultato dell'interazione di tutti e di ciascuno, rimane, rispetto alla ragione dell'individuo, alcunché di esterno e inattuabile. L'intersoggettività della ragione, tuttavia, non delimita affatto lo spazio irenico di una collaborazione disinteressata, ma è simile all'agone concorrenziale del mercato: così come nella sfera intellettuale, anche in quella materiale la concorrenza è il mezzo più efficace per scoprire il modo migliore di raggiungere i fini umani. La tesi della concorrenzialità del mercato non presume soltanto una determinata fondazione antropologica, ma si proietta anche come una filosofia della storia. Il mercato è in prima istanza ciò che permette il miglioramento morale (ogni attore deve disciplinare se stesso per partecipare con successo alla gara) e quindi il veicolo del progresso umano. Solo una civiltà liberale porta avanti la storia, mentre le altre rimangono indietro e si condannano a varie sfumature di obsolescenza. Solo uno stato di libera concorrenza permette al mondo di progredire verso il meglio<sup>27</sup>. Tuttavia, l'umanità non ha alcun modo di controllare i mezzi del suo progresso: "the tragedy of collectivist thought is that while it

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>27</sup> Per quanto riguarda l'individuo, scrive Mises, "the market directs him and reveals to him in what way he can best promote his own welfare as well as that of other people. The market is supreme. The market alone puts the whole social system in order and provides it with sense and meaning" (L. MISES, *Human Action*, 4<sup>th</sup> rev. ed., Fox and Wilkes, San Francisco, 1996, p. 257).

starts out to make reason supreme, it ends by destroying reason because it misconceives the process on which the growth of reason depends”<sup>28</sup>. Non è possibile impiegare la ragione per la crescita della ragione, dunque non si deve tentare: la ragione non può sapere cosa le sarà utile e cosa no. Essa non conosce se stessa, non è del tutto trasparente a se medesima. Al fondo della ragione c’è qualcosa che le sfugge e rimane di un’opacità irriducibile. Di nuovo, non si viene a capo dell’origine<sup>29</sup>. La manifestazione della ragione universale è in sé irrazionale: quando le singole ragioni tentano di ottenerne il controllo, finiscono col distruggere se stesse. Quella manifestazione però non è differente dall’associarsi delle ragioni singole che intendono dominarla, se non per estensione. Per Hayek bisogna rinunciare a ogni pretesa di onnicomprensività e rassegnarsi a lasciar operare il processo:

It was men’s submission to the impersonal forces of the market that in the past has made possible the growth of a civilization which without this could not have developed; it is by thus submitting that we are every day helping to build something that is greater than anyone of us can fully comprehend. It does not matter whether men in the past did submit from beliefs which some now regard as superstitious: from a religious spirit of humility, or an exaggerated respect for the crude teachings of the early economists. The crucial point is that it is infinitely more difficult rationally to comprehend the necessity of submitting to forces whose operation we cannot follow in detail, than to do so out of the humble awe which religion, or even the respect for the doctrines of economics, did inspire<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> F.A. HAYEK, *The Road to Serfdom*, cit., p. 169.

<sup>29</sup> In modo speculare, anche la psicologia di Hayek esclude che l’apparato conoscitivo sia a sua volta del tutto conoscibile: il funzionamento della mente umana rimane, nella sua costituzione fondamentale, imperscrutabile all’uomo stesso. Vedi F.A. HAYEK, *The Sensory Order*, University of Chicago Press, Chicago, 1952, in particolare pp. 184-90.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 210. Hayek prosegue asserendo che il razionalismo “is incomplete because it fails to comprehend that the co-ordination of the multifarious individual efforts in a complex society must take account of facts no individual can completely survey. And it fails to see that, unless this complex society is to be destroyed, the only alternative to submission to the impersonal and seemingly irra-

Non c'è una scelta irrazionale per la ragione, ma una decisione razionale per i suoi limiti. Ci si ritrova davanti lo stesso dilemma di Kelsen: o l'ordinamento è guidato da norme impersonali oppure è guidato da individui (dunque, dai loro desideri privati). Stavolta però l'impersonalità delle norme significa l'accettazione esplicita di un certo *quantum* di disordine<sup>31</sup>. Non si tratta qui in nessun modo di una religione del capitale. Abbiamo il "che", e dobbiamo accontentarci. Chiunque pretenda di arrivare con in mano il "perché", ha degli interessi di dominio. Il giurista e l'economista si costituiscono così come tecnici, al servizio di una macchina che, almeno apparentemente, non dipende da loro. È in fondo la pretesa che il regno dell'artificiale (la politica, come il diritto o l'economia) fiorisca quando viene sottratto alla mano umana, in virtù di una sua vagheggiata naturalità. La risoluta decisione di tutti gli esseri umani interessati non può certo impedire al sole di sorgere, può tuttavia modificare concretamente le strutture sociali in cui si trovano ad agire. La libertà di Hayek scaturisce invece da una scelta positiva per un certo grado d'ignoranza e, in fondo, per un certo disimpegno.

### 3. Stato e mercato

Il grande eroe del primo liberalismo era Robinson Crusoe, non a caso un parto del giornalismo anglosassone. Il quale, innamorato dell'avventura, con le sue valutazioni e il suo accorto utilizzo dei mezzi e delle risorse a sua disposizione, s'impegnava razionalmente a conseguire il massimo profitto possibile. Nonostante affronti due volte il naufragio delle sue aspettative nella marea inospitale, egli resta per sempre l'eroe del calcolo, che trae le sue fortune da una vittoria sulla natura che è in grado di controllare e ordinare. La sua salvezza giunge infine da una fede mai scossa nella razionalità

---

tional forces of the market is submission to an equally uncontrollable and therefore arbitrary power of other men. In his anxiety to escape the irksome restraints which he now feels, man does not realise that the new authoritarian restraints which will have to be deliberately imposed in their stead will be even more painful".

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 25.

dell'efficienza, civilizzando i cannibali a fucilate. Non è questo l'eroe di Hayek, nel quale anzi l'eroismo è messo al bando: "there are fields where this craving for intelligibility cannot be fully satisfied and where at the same time a refusal to submit to anything we cannot understand must lead to the destruction of our civilization"<sup>32</sup>. La teoria dei limiti dello Stato diviene teoria dei limiti della ragione. Per esercitare una qualche forma di razionalità nel mercato concorrenziale, va riconosciuto un al di là della razionalità economica che, se travalicato, porta al declino della ragione stessa. Lo Stato deve farsi il più indietro possibile, deve rendersi il più debole possibile. Per trovare un'eventualità di salvezza, la pesante nube del mondo contemporaneo deve rarefarsi sino all'atomo economico fondamentale: il desiderio del singolo. In una frase: "Our freedom of choice in a competitive society rests on the fact that, if one person refuses to satisfy our wishes we can turn to another"<sup>33</sup>. A ogni individuo corrisponde una volontà desiderante e, seguendone il movimento, altri individui mettono a disposizione le merci oggetto del desiderio. Il mondo è diviso così in consumatori e venditori. Il valore della merce non è determinato dal lavoro umano che l'ha prodotta, tale intricata questione è anzi lasciata del tutto in ombra. In queste considerazioni, Hayek appartiene a pieno titolo alla scuola marginalista austriaca: quanto valga qualcosa è determinato essenzialmente dall'interazione tra domanda e offerta. La conseguenza più immediata è che il valore, ridotto all'assoluta relatività, è tradotto in convenzione: diventa prezzo, la cui determinazione è slegata dall'operare. Il lavoro umano si mantiene, da un lato, come residuo ineliminabile all'interno della cosa prodotta, mentre dall'altro, in assenza di un desiderio sufficiente della cosa (cioè di una domanda adeguata), si prospetta anche nella sua nullità, come possibilità di non valere niente. Lo stesso relativismo si rivolge alla soddisfazione tratta dal bene: tanto più esso viene consumato, tanto meno esso diventa desiderabile (*Grenznutzen*). Proprio le "cose", di cui stiamo parlando, non hanno e non possono avere un qualche valore "oggettivo". Esse sono nient'altro che il risultato di un'opinio-

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 209.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 96.

ne, di un vago conoscere e volere: “Neither a ‘commodity’ or an ‘economic good’, nor ‘food’ or ‘money’, can be defined in physical terms but only in terms of views people hold about things”<sup>34</sup>. La stessa concorrenza non è un rapporto oggettivo tra cose, ma solo il flusso soggettivo delle opinioni sulle cose. Essa è anzi il processo stesso con cui si formano quelle opinioni<sup>35</sup>.

A questo punto non c'è più alcun ostacolo a considerare il lavoro inessenziale. O, detto in altri termini: se il valore del lavoro deve dipendere integralmente dal gioco della domanda e dell'offerta, allora il lavoro non è che una merce come tutte le altre. Nulla impedisce, ad esempio, la delocalizzazione della produzione industriale in un paese in cui venga “offerto” per un corrispettivo inferiore, con tutto ciò che questo generalmente comporta. Il disprezzo del lavoro agisce anche come impedimento a una comprensione dialettica. Col lavoro si toglie anche il riferimento a un modo preciso di produrre, storicamente situato, per restare nella pura astrazione. Con ciò si esclude che gl'impulsi individuali in conflitto possano essere compresi come rapporto reciproco: che essi siano quello che sono soltanto perché in opposizione ad altro, quell'altro che gli è allo stesso tempo identico nella sua costituzione più intima. Insomma, che la loro verità sia il loro essere in relazione. Se così fosse, il sostrato fondamentale dell'economia sarebbe relazionale, collettivo. Ma ciò implicherebbe che il lavoro, in quanto essenziale, dovrebbe essere il perno della teoria economica, non cadere fuori di essa. Se il lavoro è qualcosa che attiene all'essenza stessa dell'uomo, il suo sfruttamento dovrebbe esser considerato disumano e un potere collettivo dovrebbe bandirlo. Di nuovo, agli occhi del liberale, verrebbe a crearsi una minacciosa concrezione: sul lavoro possono essere fondati gli Stati.

---

<sup>34</sup> F.A. HAYEK, *The Counter-Revolution of Science*, Free Press, Glencoe, 1952, p. 31.

<sup>35</sup> “Competition is essentially a process of the formation of opinion: by spreading information, it creates that unity and coherence of the economic system which we presuppose when we think of it as one market. It creates the views people have about what is best and cheapest, and it is because of it that people know at least as much about possibilities and opportunities as they in fact do” (F.A. HAYEK, *The Meaning of Competition in Individualism and economic order*, cit., p. 106).

L'obiettivo principale dei liberismi degli anni '30-'40 era invece, a detta di Foucault<sup>36</sup>, l'idea di fondare lo Stato sul mercato<sup>37</sup>. Da un lato c'è la teorizzazione che la libertà passa necessariamente per la limitazione dell'intervento statale in economia, dall'altro la necessità di rendere possibile e operante una costante sorveglianza e correzione delle storture generate dal sistema. Lo Stato dovrebbe quindi da una parte ritrarsi, dall'altra mantenere un potere di controllo extra-economico. Se è necessario che sia lo Stato a creare e mantenere un *legal framework* dove gli attori economici possano liberamente agire, allora ne consegue che si è già affermato il carattere artificiale della libertà. Lo Stato è ciò che rende possibile la libertà, non soltanto l'autorità che la restringe. Tuttavia, perché esso abbia un ruolo limitato e correttivo, è comunque necessario che detenga un potere realmente sovraordinato all'economia. Trattando di politica estera, la contraddizione si mostra limpidamente nelle stesse parole di Hayek. Completamente recusata l'idea di un organo di controllo internazionale dell'economia, è auspicato invece un "superior political power" il quale "can hold the economic interests in check, and in the conflict between them can truly hold the scales" proprio in virtù del suo essere "not mixed up in the economic game". Dunque "an international political authority which, without power to direct the different people what they must do, must be able to restrain them from action which will damage others". Il minimo di potere, ancora meno dello Stato nazionale. Qualcosa come un "parlamento mondiale" o la cooperazione economica internazionale sono assurdità che si potrebbero realizzare soltanto con la violenza<sup>38</sup>. Ma se non si può certamente realizzare un accordo poli-

---

<sup>36</sup> "Ce dont il est question, c'est de savoir si, effectivement, une économie de marché peut servir de principe, de forme et de modèle pour un État [des défauts duquel actuellement, à droite comme à gauche [da Sombart come da Marcuse], pour une raison ou pour une autre, tout le monde se méfie" (M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, Gallimard, Parigi, 1979, p. 121).

<sup>37</sup> O, più propriamente, di fondare lo Stato in modo che il mercato sia possibile.

<sup>38</sup> "What these dangerous idealists do not see is that where the assumption of a moral responsibility involves that one's moral views should by force be made to prevail over those dominant in other communities, the assumption of such responsibility may place one in a position in which it becomes impossible to act morally" (F.A. HAYEK, *The Road to Serfdom*, cit., p. 234).

tico mondiale, è però anche qui necessario che vi sia un controllo autoritario. A quest'organo internazionale, di natura politica, ma con l'unico scopo di controllare le derive economiche (cioè le eventuali situazioni di monopolio), spetta un'attribuzione di poteri modellata sullo "ultraliberal 'laissez-faire'", vale a dire: lo stretto indispensabile<sup>39</sup>. Dev'essere un guardiano che nega soltanto:

there must be a power which can restrain the different nations from action harmful to their neighbours, a set of rules which defines what a state may do, and an authority capable of enforcing these rules. The powers which such an authority would need are mainly of a negative kind: it must above all be able to say "no" to all sorts of restrictive measures<sup>40</sup>.

Quando Hayek attacca il monopolio, esso è sostanzialmente identificato con lo Stato in quanto, al tempo, il più probabile candidato a costituirne uno. Lo Stato è ciò che deve proteggerci dai monopoli e al tempo stesso non deve formarne. Deve avere abbastanza potere per imporsi sull'andamento economico, ma deve poi rimanervi estraneo (e non si capisce dove dovrebbe trovare questo "potere", che è in fin dei conti "denaro", come spiega Hayek, se è un pericolo per l'attività economica). Hayek suggerisce appunto che lo Stato eserciti il suo potere di controllo sui monopoli privati, imponendo sì delle notevoli restrizioni, ma lasciandoli privati<sup>41</sup>. Ora, cosa succede se i monopolisti privati non sono più confinati in una sola nazione? Certo, allora non si era ancora verificato l'emergere di monopoli globali non statali<sup>42</sup>.

Sarebbe forse troppo semplice dire che Hayek, mentre si sforza di escludere ogni valutazione morale, si pone proprio come moralista. Indicare il mercato concorrenziale come unica via per ricominciare la vita in Europa è la strada della libertà: una "policy of freedom for the individual" è "the only truly progressive policy"<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 238.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> *Ibidem*, pp. 203-4.

<sup>42</sup> "Private monopoly is scarcely ever complete and even more rarely of long duration or able to disregard potential competition" (*ibidem*, p. 203).

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 246.

Ma cosa resta di queste affermazioni, quando proprio Hayek ha negato che le stesse valutazioni morali abbiano un contenuto di verità (sono valori, bisogni, indifferenti in mezzo agli altri: l'onore di qualcuno non vale né più né meno del fatto che qualcun altro abbia fame)? La libertà non è un bene da inseguire più di quanto non sia una conseguenza: non si aspira alla libertà per qualcosa, ma si vuole la libertà proprio perché si vuole, si desidera (immediatezza). Il desiderio comanda la libertà, sempre più libertà, per essere, per continuare a desiderare. La strada della libertà guida sino in fondo all'estrema vertigine. Non si rende il mondo migliore o più giusto, si abbattono dei muri, si tolgono delle barriere. E al tempo stesso si sospetta di ogni moralista, di ogni ideale luminoso che crei intorno a sé delle adesioni. I primi a radunarsi in massa sotto una bandiera o sotto una croce sono i più suggestionabili, gli ultimi, i deboli<sup>44</sup>. Anche il più povero e oppresso può farsi carico della sua miseria e inseguire il successo, che quasi sicuramente non otterrà. Questa promessa, fondata sul presupposto che non possiamo credere che agli individui e ai loro desideri privati, è invero la negazione di ogni emancipazione possibile. La natura sociale dell'uomo è tutta risolta nell'essere imprenditore di sé in una condizione generale di scarsità delle risorse disponibili. L'uomo è essenzialmente il suo individuale e indipendente farsi (un continuo divenire altro), ma questo non è che una possibilità. Una parte considerevole di quelle possibilità non si realizzerà, perché la realizzazione di uno deve implicare il fallimento, anche solo parziale, di altri. Questi fallimenti sono, per gli standard che fissano la normalità statistico-demografica, accettabili scarti. Una metafora molto frequente nella letteratura liberale è quella della gara sportiva, dove la sconfitta di qualcuno dei contendenti è già necessariamente prefigurata alla linea di partenza. Ma a priori, non si danno risorse sufficienti perché tutti possano realizzare quel farsi che è iscritto nella sua stessa natura. Vale a dire: l'antropologia economica fa di un presupposto strutturale una colpa individuale.

La lezione di Hayek è che l'accumulo di potere ha forti chance di risultare nell'oppressione. Ma l'origine del potere è il singolo at-

---

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 153.



tore economico. Dunque, se l'individuo non è limitato (o è limitato il meno possibile) nell'utilizzo del suo potere, esso rimarrà a sua disposizione e non sarà più disponibile per accrescere il Moloch statale. Lo Stato deve funzionare come un meccanismo al servizio del mercato. Allo sprofondare di esso nella paralizzante burocratizzazione dei suoi apparati (giudiziari, legislativi, scolastici ...) corrisponde l'incondizionata libertà di movimento e d'azione del capitale. L'individualismo liberale non è tanto una questione di giustizia, quanto di optare razionalmente per un argine al propagarsi della distruzione. Ma quella distruzione, come irrazionalità delle forze in gioco del mercato che va semplicemente accettata, rimane all'interno dell'individuo<sup>45</sup>. Il concetto d'individualità forgiato da Hayek si rivela insoddisfacente.

#### 4. Il paradosso del liberalismo

È a lungo esistita una stretta corrispondenza tra Stato come indicazione geopolitica (l'esempio più immediato: i confini) e come luogo di sviluppo della vita individuale e sociale. Oggi, per la prima volta da secoli, le forme attraverso le quali gli uomini interagiscono sono perlopiù sottratte alla subordinazione statale. Cioè, rispetto allo Stato non sono né sottoposte né antagoniste, ma esterne, da un'altra parte. Slegato da ogni vincolo spaziale, il terreno della vita sociale diventa aeriforme. Ogni controllo sovraordinato ci sembra ora il relitto di un'epoca passata: "censura" è una parola che suona molto più distante di quanto non sia. Ciò che la visione liberale dell'individualità e del potere voleva realizzare, e che storicamente ha realizzato a partire dagli anni '80 del secolo scorso, è una transustanziazione: il valore del diritto pubblico convertito in quello privato. La protezione dell'universalità e della collettività si

---

<sup>45</sup> Mentre i fallimenti del sistema vengono presi in considerazione solo fino ad un certo punto. Come i liberali di settant'anni fa rifiutavano di considerare tra le cause dei totalitarismi la Grande Depressione, quelli più recenti trovano per la crisi del 2008 giustificazioni variopinte, omettendone spesso il fattore principale: l'implosione dei rapporti di prestito interbancario.

subordina a quella della libertà economica individuale. In questa apparente glorificazione della potenza e delle risorse del singolo, l'attualità appare all'occidente come la conquista di una maggior porzione di libertà per ognuno. Tuttavia, la verità solo parziale di quest'affermazione incontra una durissima obiezione: mai come oggi la vita sociale di ognuno è controllata, vigilata e scomposta in dati, i quali vengono accorpati e scandagliati con cura. L'attuale sorveglianza è imparagonabile a qualsiasi situazione si sia mai data nella storia. Vale a dire, si è venuto comunque formando quel controllo dispotico che il liberalismo, secondo Hayek e i suoi continuatori, avrebbe dovuto arginare. Non solo l'autoregolazione del mercato non ha frenato il crearsi di monopoli, com'è oggi il caso cinese – che dimostra platealmente come lo sviluppo del capitalismo non stia in alcun rapporto di reciprocità con quello della libertà individuale (il capitale realizza nient'altro che se stesso e, nel riprodursi, eradica tutti gli ostacoli) –, ma il potere economico, abdicato dallo Stato liberale, lungi dal rimanere in capo ai singoli, è stato raccolto da agenti non statali. Sono quest'ultimi oggi a esercitare nel modo più capillare la sorveglianza del corpo sociale. La speranza che non si ergesse un Moloch sopra gli individui, se solo quest'ultimi fossero stati lasciati liberi col loro disincanto, dimentica che il sacrificio può anche essere "spontaneo", "volontario". I singoli sono ben disposti, probabilmente senza rendersene conto, a cedere continuamente la loro libertà, ad esempio sotto forma di cessione delle proprie informazioni personali, di religiosa permanenza su motori di ricerca e di vendita che operano una selezione a priori dei contenuti mostrati e così via. Si è costruito un Leviatano digitale che sovrasta il mondo intero, e risponde con sdegnosa superiorità. Di contro, l'unica arma rimasta in mano agli Stati è il coltello spuntato del diritto dell'economia. Così l'Europa può, di tanto in tanto, sanzionare le grandi multinazionali di qualche miliardo per abuso di posizione dominante. Una mossa perdente, decisioni del genere non fanno altro che confermare lo stato di cose: è la forza del diritto pubblico impiegata nella difesa del principio di libera concorrenza tra imprese private. Contemporaneamente, quelle stesse aziende, che operano su scala continentale e globale, si delocalizzano tranquillamente sul territorio europeo abusando del suo mai omogeneizzato sistema fiscale.

La globalizzazione non è una ridefinizione dello spazio, ma la sua disintegrazione. Lo spazio non si pone più come una sfida da raccogliere, neanche la luna è più qualcosa che evoca in noi l'immagine di una vera distanza. Il globo, attraversato da innumerevoli linee di trasporto e comunicazione ad alta velocità, si appiattisce sino all'irrelevanza. Il viaggio perde ogni meraviglia e avventura, appare perlopiù come un'inconvenienza da sbrigare. Così, agli occhi del capitale, i confini giuridici di un determinato Stato non sono diversi da una miniera: in entrambi i casi si tratta di risorse da sfruttare sino alla consunzione; avvenuta la quale, il capitale potrà immediatamente ricostituirsi da un'altra parte. Anche la politica statunitense sembra andare ormai in questo senso: ritirata e chiusura. Il progressivo abbandono del contestabile ruolo di "polizia mondiale" è al tempo stesso sintomo dell'incapacità di oltrepassare i propri confini. All'espandersi dell'influenza del cosiddetto mercato mondiale, si è verificato il contrarsi timoroso degli Stati, come animali che si ripiegano su se stessi sperando di passare inosservati davanti al grande divoratore. Il punto è che il liberalismo *ha tradito la sua promessa*: alla riduzione dello Stato non siamo divenuti più liberi, non c'è stato uno scatenamento di forze, ma una contrazione.

Dove il neoliberalismo di stampo anglofono ha lavorato alla soppressione dello Stato, risolvendosi in una sorta di anarchismo, l'ordoliberalismo tedesco ne ha proposto una profonda rimodulazione. Il *Wirtschaftsordnung* prospettato da Eucken è il tentativo di risolvere la contraddizione enunciandola: la libera competizione è qualcosa che dobbiamo preservare e incoraggiare, tuttavia l'andamento del mercato non può essere lasciato a se stesso (perché se ne sono viste le conseguenze), poiché la competizione è possibile solo se il mercato sussiste ed è configurato in un certo modo<sup>46</sup>. Dunque: il mercato va costituito indirettamente, tramite interventi che lo ordinino in quel modo<sup>47</sup>. Lo Stato ha bisogno del mercato (e viceversa), ma non deve esserne annientato, al contrario, per indirizzare l'economia, deve essere "forte". Al posto del "suitable legal framework" di Hayek, l'or-

---

<sup>46</sup> Ad es., tale da prevenire situazioni di centralizzazione o tale da incoraggiare la media imprenditoria.

<sup>47</sup> Cfr. ad es. W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Springer, Heidelberg, 1959 [1939], in particolare p. 234 ss.

doliberalismo propone una vera e propria costituzione economica e sembra ribadire la priorità della dimensione politica. Il mercato viene posto in essere dallo Stato, che lo ordina. Non è però differente il punto di partenza, l'individuo, come si mostra in Eucken nella costante celebrazione della figura dell'imprenditore. Nemmeno sono, in fondo, differenti i risultati, in un'epoca di mercato globale, dove sono gli Stati a essere inseriti dentro l'economia e non l'economia a svilupparsi all'interno dello Stato. Nel momento stesso in cui gli apparati statali devono rispondere alla soddisfazione di performance modellate sull'imprenditoria privata, l'essenza dell'intervento pubblico come tale è già compromessa. Il Leviatano, per quanto anche *automaton*, non poteva essere del tutto macchina, in quanto costantemente in rapporto con una base di bisogni concreti; il mercato può selezionare i bisogni di cui occuparsi e tralasciare quelli che ritiene inutili o sconvenienti. Non ha vocazione pubblica, tutt'al più settoriale.

## 5. Conclusione

Il liberalismo ha osteggiato e delegittimato in ogni modo il ruolo dello Stato. Eppure, al tempo stesso, non è stato in grado di produrre alternative. Nonostante la solerzia nello scavargli la fossa, lo Stato non è stato abbattuto. Che lo si consideri più o meno depotenziato o delegittimato, sussiste ancora oggi come l'unica forma reale di convivenza tra uomini. Se non è possibile destituirlo concretamente, ancora meno è auspicabile la sua declinazione in uno Stato minimo, con ruolo assistenziale, che faccia da ricovero per i diseredati del capitalismo. Si mantiene in ogni caso una contraddizione evidente tra la struttura economica e quella politica, nella misura in cui la prima ingerisce e penetra nelle prerogative della seconda<sup>48</sup>. Sinché a questa contraddizione si vorrà opporre da entrambe le parti delle misure giuridiche, il cui unico discrimine è la disponibilità finanziaria, non si troverà mai una soluzione. Ma non

---

<sup>48</sup> In questo senso, si può leggere il programma ordoliberalista come un tentativo di neutralizzare (e non negare) la forza politica incanalandola nella gestione dell'economia e nell'ammortizzamento delle sue conseguenze.

è proprio la soluzione ciò che questa corrente di pensiero esclude: che sia possibile una mediazione tra individuale e universale, che essi non solo non possano essere conciliati, ma che l'essenza dell'ordinamento stia proprio nella loro inevitabile separazione e che l'apparato statale sia in ogni caso l'articolazione, più o meno estesa, di questa frattura?

Il mercato è lo spazio del desiderio, è caos. Non permette alcuna fondazione o appoggio: ciò che il neoliberismo ha voluto sancire, ne fosse a conoscenza o meno, è l'impossibilità di stabilire l'ordine sul disordine, se non attraverso una violenza necessariamente superiore a quella, accidentale, che il disordine può provocare se lasciato a se stesso. C'è nella libera concorrenzialità di mercato un residuo di quella violenza costantemente dispiegata nello stato di natura. Il mercato è essenzialmente caotico, e anche la competizione infinita è qualcosa di "artificiale", qualcosa che non sussiste di per sé se non accidentalmente e per breve tempo; essa, lasciata da sola, giunge alla sua estinzione. Pertanto, è qualcosa che va incentivato e protetto. È un'idea regolativa, un concetto preso a fondamento, dunque di nuovo una forma, il grande avversario. Pur proponendo un'ideale, non si accetta che la natura della cosa comprenda in sé la sua opposizione: che la competizione libera produca incessantemente le condizioni che l'abbattono. Proprio l'espandersi del digitale ha reintrodotta la contraddizione originaria: perché il disordine e il desiderio operino nella maggior libertà, essi non possono davvero esser lasciati liberi. Per soddisfare il desiderio nel modo più efficiente è necessario il controllo. Ciò che il neoliberismo doveva escludere e combattere al massimo grado, il monopolio, che pensava fossero appannaggio soltanto statale, si ricostituisce in altre mani e con nuovi mezzi. Le multinazionali digitali non giocano "lealmente" col caos del mercato, con la bolgia dei desideri, ma lo trasformano in dati, lo passano al setaccio, lo controllano. Soltanto dopo lo studio e la minimizzazione dei rischi passano all'opera. Non che prima dell'avvento massificato della rete la corrispondenza tra libero mercato e sorveglianza non ci fosse, era soltanto meno evidente. È una lotta che si combatte sulla manipolazione delle informazioni. Ora, la stessa forma di controllo e calcolabilità propria della produzione si è estesa, con nuovi e più potenti dispositivi, all'ambito pre-produttivo. Attraverso la rete, ogni desiderio è sotto-

posto a monitoraggio sin dal momento iniziale del suo formarsi. Come qualsiasi osservazione, essa dovrà in qualche modo penetrare nel processo, non è indifferente (né potrebbe esserlo) al risultato. Il prodursi stesso della domanda è sottoposto alla stessa coattività della produzione industriale. Allora, l'idea che l'individuo sia questo fascio d'impulsi e potenze viene smentito dalla prassi degli stessi attori economici che pubblicamente alimentano quel paradigma. In quanto può direttamente ricalcare i contorni del desiderio in un'efficiente soddisfazione, il fluido dominio dell'informazione e dell'analisi annulla la distanza tra desiderio e prodotto. Il successo della pianificazione totale dei grandi colossi digitali mostra come quegli impulsi e desideri siano tutt'altro che incontrollabili e imprevedibili. Ne manifesta, seppure al livello più basso, quello dell'immediata soddisfazione, l'alto grado di conciliabilità. Anche il desiderio, per quanto privato, non è unico.

Non soltanto si sono creati al suo interno monopoli di portata globale, ma il digitale ha anche sostituito tutte quelle piattaforme di mediazione che costituivano l'evidenza quotidiana dell'interrelazione necessaria tra i singoli, dissolvendo e ricostituendo gli spazi della socialità, della partecipazione politica e dell'interazione economica. Quest'ultima sfera subisce qui un'altra negazione dei presupposti liberali. Le grandi imprese digitali operano spesso attraverso "liberi professionisti" (produttori e venditori, come anche fattorini, autisti, proprietari immobiliari...) in regime di autonomia, che vengono però a dipendere integralmente dalle piattaforme stesse. Non solo la decisione sull'azione economica viene loro integralmente sottratta, ma si ritrovano anche spogliati delle garanzie di rapporto proprie della subordinazione. Nei paesi del capitalismo avanzato, viene inoltre a disgregarsi una distinzione chiara tra orario di lavoro e "tempo libero". In un rapporto contrattuale che vincola a dei determinati obiettivi, questa separazione è apparentemente lasciata all'arbitrio del singolo, mentre la struttura premiale del rapporto stesso opera come coercizione a lavorare in ogni momento utile, ad essere costantemente reperibile. Alla stessa maniera, le nuove forme di *governance* si sostituiscono ad ogni livello alle gerarchie precedenti, caratterizzate dalla fissità dei regolamenti e dal comando prescrittivo. Valutazione, rating e simili si porrebbero come criteri soltanto *a posteriori*, ma è chiaro che essi finiscono

col condizionare da principio, in modo più sottile e indiretto, l'azione ad essi sottoposto.

Com'era inevitabile, il sogno della realizzazione indipendente non resta che uno spettro. Inglobando le mediazioni tradizionali, il digitale le spoglia dell'interazione concreta, toglie il rapporto diretto tra uomini. Nella solitudine, si mostra il carattere veramente proprio dell'individuo solo contro il mondo: l'impotenza. Oggi, al *self made man* del primo capitalismo avventuriero si è sostituito un individualismo passivo, una convulsa attenzione rivolta verso se stessi che non corrisponde ad alcuna pretesa di eccezionalità o di audacia: è il brivido senza pericolo di operazioni pianificate che si susseguono su schermi, perché l'eventualità dell'imprevisto è già stata accettata in ogni campo della vita. In qualsiasi ambito si è propagato il mantra della libera concorrenza, cioè dell'instabilità strutturale. Contemporaneamente e per rovescio, la mentalità singola si rivolge a ogni possibile formula assicurativa e, come massima aspirazione, fantastica una rendita finanziaria abbastanza certa da emanciparla dall'incertezza del futuro e dalla condanna del lavoro, ritorno all'edenica indolenza. L'individuo liberale resta una puntellatura inchiodata sul nulla. Il *pathos* dello smascherare, che riporta tutti i valori a interessi, è l'ebbrezza dell'abisso, l'anticipazione del proprio annientamento. La negazione di ogni progettualità che non sia quella individuale e autoriferita, concepita dal pensiero economico contemporaneo, è la risoluta accettazione che, di certo, l'avvenire collettivo non contiene altro che dispotismo e rovina. Ogni crollo è inevitabile, ogni crisi fisiologica, ogni guadagno un *memento mori*. Il carattere predatorio del capitale emerge dalla sua disperazione per l'abbandono della sostanzialità. Il neoliberalismo afferma la centralità dell'impresa individuale per l'autocompiersi dell'uomo e insieme ne sancisce la sostanziale nullità, perché lo rimuove da ogni possibile appartenenza sociale rivolta ad altro che il profitto, mentre la vera realtà non è costituita da individui isolati, né potrebbe esserlo. Di per sé, il singolo è destinato a essere irrilevante e non concretizza altro che la sua ombra. Il suo reale potere scaturisce dal lavoro comune nel costruire il mondo e, insieme, dallo sforzo di comprenderlo.

Silvia Vida

## **Il paternalismo “mite” del *nudge*: su alcuni aspetti della regolazione post-liberale**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Paternalismo asimmetrico. – 3. Quale autonomia? – 4. Mezzi e fini. Tra *nudge* e diritto. – 5. Effettività, obbedienza, *compliance*. – 6. *Nudge* v. *law*. – 7. Manipolazione e post-democrazia.

### **1. Introduzione**

Secondo Cass Sunstein i mezzi tipici della regolazione giuridica sono stati concepiti ignorando che gli agenti decisori non sono gli esseri razionali usciti dai manuali di economia neoclassica bensì soggetti “difettosi”, dalle capacità di ragionamento limitate e condizionate dalle circostanze immediate in cui prendono le loro decisioni. Poiché gli effetti aggregati delle loro scelte potrebbero essere devastanti sia per le collettività sia per gli individui, conviene adottare una forma di regolazione di stampo paternalistico che sia aderente ai difetti della razionalità e al comportamento reale dei soggetti cui le regole si rivolgono e in grado di rendersi compatibile con la libertà e la democrazia<sup>1</sup>. Assieme a Richard Thaler, Sunstein ha immaginato un paternalismo *soft*, cioè non coercitivo, noto come teoria del *nudge* o “spinta gentile”, qualificabile come “libertario” perché concepito per orientare la condotta degli individui ver-

---

<sup>1</sup> C.R. SUNSTEIN, *Semplice. L'arte del governo nel terzo millennio*, Feltrinelli, Milano, 2014.



so esiti coerenti con i loro interessi autonomamente selezionati<sup>2</sup>.

Costruito sulle fondamenta dell'economia e della 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 fatta.

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 cittadini<sup>3</sup>. È quindi facile immaginare che 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 critico. Tuttavia, i suoi fautori contrappongono a queste critiche un argomento ritenuto decisivo, cioè che non si tratta di imporre valori o fini etici *ex auctoritate*, bensì di basarsi sugli esiti sperimentali delle scienze comportamentali, soprattutto su quelli che hanno individuato il potere delle cosiddette “architetture della scelta”, per immaginare una regolazione flessibile in grado di adattarsi alle euristiche del ragionamento e ai *bias* della razionalità umana e indurre i soggetti regolati a scegliere per il meglio. Oltre a funzionare sfruttando i limiti cognitivi dei *nudgee*, il paternalismo del *nudge* tende a non avvalersi della coercizione giuridica ma di dispositivi regolativi che contano sulla debolezza cognitiva degli individui per au-

---

<sup>2</sup>R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Libertarian Paternalism*, in “American Economic Review”, 93, 2, 2003, pp. 175-9; C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, in “The University of Chicago Law Review”, 70, 4, 2003: pp. 1159-202; R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Feltrinelli, Milano, 2009.

<sup>3</sup>M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo liberario*, IF Press, Roma, 2018, cap. 1.

mentare la razionalità delle decisioni risultanti. Limiti, difetti, abitudini e preferenze delle persone diventano parti integranti dell’architettura della scelta.

Ciò che rende stupefacente il paternalismo del *nudge* è proprio il fatto di affermarsi in un contesto giuridico e politico che continua a caratterizzarsi per l’unanime consenso attorno alle forme di governo democratico-liberali, assecondando, al tempo stesso, la tendenza a subordinare il limite all’intrusione autoritaria nelle scelte dei singoli a complessi calcoli di utilità sociale. Difendendo questa forma di paternalismo, 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<sup>4</sup>. L’importante è trovare una giustificazione liberale del paternalismo, e il carattere post-ideologico di questo tipo di misure, basate sui dati empirici – di per sé irrefutabili – delle scienze sociali su cui i *nudge* si fondano, è funzionale a questo scopo. L’apertura a forme aggiornate di paternalismo si fonderebbe cioè sugli appelli all’efficienza e alla presunta neutralità delle evidenze sperimentali. Tutto ciò renderebbe superfluo un paternalismo vecchio stile (e illiberale) e legittimerebbe, anche in senso democratico, il paternalismo *soft* anticoercitivo<sup>5</sup>.

Poiché Thaler e Sunstein insistono che promuovere le spinte gentili significa gettare le basi di una nuova filosofia delle politiche pubbliche che può sostituirsi almeno parzialmente alla regolazione giuridica coercitiva<sup>6</sup>, occorre portare l’indagine sul carattere *mite* del paternalismo del *nudge* più in profondità. A essere rilevante è il

---

<sup>4</sup> M. CUONO, R. SAU, *Ripensare il paternalismo in epoca neoliberale*, in “Meridiana. Rivista di storia e scienze sociali”, 79, pp. 29-46; F. ZAPPINO, *Il paternalismo, tra “proibizione” e “disciplinamento”*: un percorso critico nella letteratura contemporanea, in “Meridiana. Rivista di storia e scienze sociali”, 79, 2014, pp. 151-63; V. MURA, *Paternalismo e democrazia liberale: un equivoco da chiarire*, in “Meridiana. Rivista di storia e scienze sociali”, 79, 2014, pp. 47-69.

<sup>5</sup> A riprova, C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge. La politica del paternalismo liberario*, Università Bocconi Editore, Milano, 2015, pp. 47-8: “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”.

<sup>6</sup> C.R. SUNSTEIN, *Semplice*, cit.; cfr. R.H. THALER, *Misbehaving. La nascita dell’economia comportamentale*, Einaudi, Torino, 2018, p. 397.

requisito che, per un'autorità pubblica che decida di influenzare il comportamento mediante spinte paternalistiche, non ha molto senso emancipare il soggetto dai suoi limiti addestrandolo a ragionare in maniera più corretta e utile per sé. Se le architetture della scelta funzionano includendo al loro interno un "pungolo", o spinta gentile, in direzione di comportamenti virtuosi, si tratta di rispondere alle capacità limitate degli individui sfruttando l'effetto di *framing*, cioè la comprovata incidenza delle circostanze immediate sull'esito della scelta. Occorre quindi chiedersi come sia possibile legittimare un simile paternalismo se la razionalità imputabile al soggetto democratico non è nemmeno in questione, visto che proprio sui limiti della razionalità si può fare leva nell'interesse collettivo.

In secondo luogo, è utile domandarsi se la regolazione immaginata da Sunstein e Thaler si differenzi *in toto* da quella di stampo giuridico e quali relazioni intrattenga con essa. Nella letteratura disponibile, il *nudge* viene infatti rappresentato sia come un dispositivo di influenza dei comportamenti, sia come un mezzo di regolazione che si inserisce in un processo di ridefinizione di modalità di attuazione e valutazione delle politiche pubbliche. I due autori lo definiscono così:

Un pungolo (*nudge*) [...] è appunto una spinta gentile, cioè 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. Per essere considerato un semplice pungolo, l'intervento deve poter essere evitato facilmente e senza costi eccessivi. I pungoli non sono imposizioni, sono spinte gentili<sup>7</sup>.

Il fatto è che il *nudge* dimostra di essere molto di più di una spinta gentile paternalistica e assurge 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 da parte della politica<sup>8</sup>. Quello che è accaduto

---

<sup>7</sup> R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, cit., p. 12.

<sup>8</sup> Cfr. M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., cap. 8; R.H. THALER, *Misbehaving*, cit.

dopo l’uscita di *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*<sup>9</sup>, il best seller di Thaler e Sunstein che ha fatto uscire il dibattito sulla regolazione paternalistica dall’ambito statunitense in cui era per lo più relegato, supera le modalità tipiche di un dibattito scientifico. Le idee qui contenute hanno conosciuto una traduzione istituzionale: dalla riattivazione dell’OIRA negli Stati Uniti, fino alla creazione del britannico Behavioural Insights Team (BIT, o “Nudge Unit”) e della Foresight and Behavioural Insights Unit da parte della Commissione europea<sup>10</sup>, si è assistito alla nascita di agenzie che, al di qua e al di là dell’Atlantico, si occupano di politiche regolative a basso impatto da utilizzare a livello nazionale e sovranazionale segnalando un interesse ben più che modesto per questo strumento di governo.

La relazione dialettica tra *nudging* e diritto 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 sarebbe possibile produrre scelte “buone” più di quanto non avvenga puntando sull’obbedienza a obblighi o divieti. Con quali costi, o vantaggi, lo vedremo nel corso della nostra analisi.

---

<sup>9</sup> R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, New Haven, 2008.

<sup>10</sup> La prima delle due agenzie è l’Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA), rinata sotto l’amministrazione di Barack Obama, mentre il Behavioural Insights Team (BIT) è inizialmente collegato al Gabinetto del Primo Ministro David Cameron. Il BIT, ufficiosamente noto col nome di “Nudge Unit”, è ormai uscito dal circuito pubblico. Per comprendere l’operato di tali agenzie, v. C.R. SUNSTEIN, *Semplice*, cit., p. 20 ss.; D. HALPERN, *We Try to Avoid Legislation and Ordering*, in “The Guardian”, 5 febbraio, 2013: [theguardian.com/society/2013/feb/05/david-halpern-govern-ment-nudge-unit](http://theguardian.com/society/2013/feb/05/david-halpern-govern-ment-nudge-unit). Per una panoramica aggiornata al 2018 delle istituzioni pubbliche erette sulle applicazioni della teoria del nudge, v. J. CHEVALLIER, *Les nudges dans la modernisation de l’action publique*, in M. BOZZO-REY, A. BRUNON-ERNST (eds.), *Nudges et normativités. Généalogie, concepts et applications*, Hermann, Paris, 2018, pp. 227-37; F. NARU, W. BELOW, F. CAVASSINI, *Développement des nudges dans les politiques publiques*, in M. BOZZO-REY, A. BRUNON-ERNST (eds.), *Nudges et normativités*, cit., pp. 257-84. Cfr. anche il sito del britannico Behavioural Insights Team: <https://www.behaviouralinsights.co.uk/>.

## 2. Paternalismo asimmetrico

Per giustificare l'approccio paternalistico alle politiche pubbliche Sunstein e Thaler ci ricordano che le scelte delle 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 no<sup>11</sup>. Facciamo esperienza di queste architetture quando consultiamo il menù 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. Non ha perciò molto senso salvaguardare la libertà di scelta, né insistere sulla possibilità che essa si eserciti in un ambiente sociale (irrealisticamente) neutrale; ne ha molto di più costruire architetture della scelta semplici e utili. La spinta gentile acquista infatti un significato politico libertario se è capace di limitarsi a cambiare la presentazione (delle opzioni) della scelta in modo che, per un individuo, sia automatico scegliere le opzioni per lui migliori, nascondendogli quelle più dannose. Ciò vuol dire, concretamente, che ogni *nudge* racchiude al suo interno degli automatismi o *default* che orientano l'agente decisore verso l'opzione per lui "migliore", quella che selezionerebbe se non rimanesse vittima dei pregiudizi cognitivi e della complessità e non neutralità dei contesti della scelta.

Presentare i *default* come meri automatismi, e non come scelte obbligate, soddisfa il carattere non coercitivo della spinta paternalistica e scongiura il rischio di manipolazione delle scelte, perché è sempre possibile evitarli grazie alla presenza, entro l'architettura del *nudge*, del meccanismo *opt-in/opt-out*<sup>12</sup>, come, ad esempio, quello che include automaticamente i cittadini distratti e inerti nel programma di previdenza ritenuto più adatto, o nel gruppo dei donatori di organi, prevedendo al contempo la possibilità di un atto di volontà contrario. Detto altrimenti, per un regolatore pubblico il *nudging* consiste nel proporre agli individui un ventaglio ristretto

---

<sup>11</sup> C.R. SUNSTEIN, *Semplice*, cit., p. 22.

<sup>12</sup> Cfr. C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, cit.

di soluzioni possibili in relazione a determinati obiettivi e nel rendere evidente la convenienza che essi non riuscirebbero a cogliere per via delle falle non razionali, emotive, ecc. del proprio giudizio. Si tratta, in sostanza, di 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 cosiddetta “*choice architecture*”, con l’obiettivo di suggerire agli individui determinati comportamenti “responsabili” (non inquinare l’ambiente, fumare meno, mangiare meno grassi, accendere un’assicurazione, donare gli organi, ecc.), e per scoraggiarne, per sottrazione, altri ritenuti “irresponsabili”. Questa motivazione avrebbe cioè una natura meramente “idraulica”, in quanto spinge o inibisce le persone a tenere un certo comportamento senza essere un “motivo” o una “ragione” per fare o non fare questa azione, e senza che i difetti della razionalità compromettano le scelte e i loro esiti.

In cosa consiste, dunque, la razionalità limitata che dovrebbe indurre i *policy maker* ad adottare regole sociali diverse dalle norme coercitive del diritto? La risposta si trova nella giustificazione stessa del paternalismo libertario, cioè nel fatto che, come sostengono Thaler e Sunstein, l’“anti-paternalismo dogmatico di numerosi analisti del diritto” poggia su due fraintendimenti e una falsa premessa. Il primo fraintendimento è che il paternalismo sarebbe evitabile, ossia che gli ambienti in cui gli agenti scelgono sono “neutrali”, cioè scevri da decisioni prese da altri agenti (pubblici o privati) e capaci di orientare le scelte. L’altro equivoco consisterebbe nel credere che il paternalismo implica necessariamente la coercizione, mentre proprio la sua variante libertaria mostrerebbe il contrario. La falsa premessa, infine, è che l’individuo sarebbe il miglior giudice di ciò che è nel suo interesse, il che, secondo Sunstein e Thaler, sarebbe falso in modo ovvio<sup>13</sup>.

La spiegazione più calzante dei comportamenti umani sarebbe infatti fornita da un modello che suddivide la mente in due sistemi cognitivi, uno impulsivo, il Sistema 1, e l’altro riflessivo, il Sistema 2, che la teoria del *nudge* trasforma in una vera e propria antropo-

---

<sup>13</sup> R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, cit., pp. 15-8.

logia duale e, in definitiva, gerarchica<sup>14</sup>. Ai due sistemi corrisponderebbero due specie di *hominines*: l'*homo oeconomicus* – mitico soggetto ideale della scienza economica classica e neoclassica – e l'*homo sapiens*, reale e fallibile. L'antropologia differenziale contrappone perciò gli "Umani" (*Humans*), schiavi del Sistema 1, agli "Econi" (*Econs*), tarati secondo il Sistema 2 e, a differenza dei primi, razionali. Nel capitolo di *Nudge* intitolato "Umani ed Econi"<sup>15</sup>, la distinzione tra *Econs* e *Humans* gioca il ruolo della contrapposizione tra individui che inferiscono validamente gli schemi delle loro azioni a partire da desideri, preferenze e informazioni sul mondo<sup>16</sup>, e le evidenze sul comportamento umano provenienti dalla psicologia cognitiva e dall'economia comportamentale degli ultimi decenni. L'economia comportamentale ha rivelato che comportamento e scelte umani esibiscono una razionalità limitata (*bounded*), un auto-interesse limitato e una forza di volontà limitata<sup>17</sup>. Nella

---

<sup>14</sup> Sunstein e Thaler si riferiscono espressamente al modello della razionalità limitata di Kahneman e Tversky: si veda D. KAHNEMAN, *Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics*, in "The American Economic Review", 93, 5, 2003, pp. 1449-75; D. KAHNEMAN, *Thinking. Fast and Slow*, Farrar, Straus and Giroux, London, 2011; A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, in "Science", 211, 4481, 1981, pp. 453-8; D. KAHNEMAN, A. TVERSKY (eds.), *Choices, Values, and Frames*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000; D. KAHNEMAN, P. SLOVIC, A. TVERSKY (eds.), *Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Cambridge University Press, Cambridge, 1982. Cfr. R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, cit., pp. 12-5; C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge*, cit., pp. 21-8. La tesi della mente duale è tutt'altro che pacifica: cfr. N.-E. SAHLIN, A. WALLIN, H. PERSSON, *Decision Science: From Ramsey to Dual Process Theories*, in "Synthese", 172, 1, 2010, pp. 129-43; G. GIGERENZER, *On the Supposed Evidence for Libertarian Paternalism*, in "Review of Philosophy and Psychology", 6, 3, 2015, pp. 361-83; G. GIGERENZER, P.M. TODD, *Ecological Rationality: The Normative Study of Heuristics*, in IDD. (eds.), *Ecological Rationality: Intelligence in the World*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 487-97.

<sup>15</sup> R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, cit., pp. 25-34.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN, R. THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in "Stanford Law Review", 50, 5, 1998, pp. 1471-550; cfr. R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, 2009. *Nudge. La spinta gentile*, cit., p. 12.

teoria neoclassica della decisione, va da sé, non c'è spazio per il *nudge* e non ci sono ragioni per promuovere il paternalismo libertario. Infatti Thaler e Sunstein fanno leva sul gap tra le buone intenzioni e il comportamento reale, indicando 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 proprio allo studio dei *bias* cognitivi e produce una difesa del *nudge* basata sulla decostruzione di un modello ideale di agente economico<sup>18</sup>: si tratta di far sì che, malgrado i difetti della volontà e della ragione, gli individui siano messi in grado di scegliere ciò che è meglio per loro.

In sostanza, il concetto di *nudge* è condizionato dalla consapevolezza che i meccanismi della decisione degli Umani sono compromessi dai limiti e dai difetti cognitivi in un modo che può essere facilmente utilizzato per promuovere determinate condotte. Il vantaggio del paternalismo *soft* del *nudge* è che “non si basa sulla coercizione giuridica, ma su una ‘assistenza istituzionale al processo decisionale’”<sup>19</sup>, 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. Il *nudging* si limita ad agire sul *frame* al quale è suscettibile il Sistema 1. A riprova, Sunstein e Thaler scrivono che: “un pungolo è qualsiasi elemento che incide in misura significativa sul comportamento degli Umani ma che viene ignorato dagli Econi”<sup>20</sup>.

In apparenza, questa definizione non dice nulla dei limiti e dei difetti degli Umani, né del “parametro antropologico” di cui si avvale l'economia neoclassica, cioè l'Econe. Tuttavia, Daniel Hausman e Brynn Welch sostengono che i *nudge* “sono chiamati in cau-

---

<sup>18</sup> Se Thaler e Sunstein parlano di *bias* del ragionamento per segnalarci tutti gli abbagli che siamo in grado di prendere come soggetti decisorio (R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, cit., pp. 25-47), è seguendo Singler che possiamo identificare sei fondamentali *bias* cognitivi che spiegano il gap tra le decisioni reali e sub-ottimali e le decisioni “razionali” di soggetti decisorio ideali: cfr. E. SINGLER, *Nudge marketing. Comment changer efficacement les comportements*, Pearson, Paris, 2015, pp. 69-81.

<sup>19</sup> J.D. TROUT, *Paternalism and Cognitive Bias*, in “Law and Philosophy”, 24, 4, 2005, p. 393.

<sup>20</sup> R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, cit., p. 14.



sa dai difetti nel processo decisionale individuale, e lavorano facendo uso di questi difetti”<sup>21</sup>. Con questa osservazione essi sono diventati l’emblema delle critiche che puntano agli effetti infantilizzanti del *nudge*, poiché esplicitano ciò 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. Se alcune condizioni di base influenzano i comportamenti degli Econi rendendoli “tragicamente” Umani (tali sono le opzioni di scelta disponibili, cioè l’ambiente di 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 in considerazione.

In sostanza, la chiave delle politiche pubbliche improntate al *nudge* è che i *bias* degli Umani sono sistematici, quindi prevedibili. Su di essi si possono costruire regolazioni standardizzate il cui scopo è promuovere al contempo interessi individuali e collettivi. Matteo Galletti sostiene che il tono pragmatico e semi-utilitaristico utilizzato per propugnare il *nudge* rivela che la critica dell’antipaternalismo sviluppata da autori come Sunstein e Thaler è “a posteriori” e insiste sulla falsificabilità empirica dell’antropologia dell’avversario, ossia la teoria della scelta razionale su cui si basa l’ideologia dell’*homo oeconomicus*. Ciò “configura il paternalismo libertario come una teoria naturalistica”, cioè normativamente valida nella misura in cui è attestata da fatti<sup>22</sup>. Su un piano esclusivamente metateorico, e usando un’espressione di Peter Railton<sup>23</sup>, il paternalismo libertario è una forma di “naturalismo metodologico” che supporta una teoria morale naturalistica. Ma se ciò è vero, allora la descrizione empiricamente informata dell’agente umano basata sulle conoscenze dell’economia e della psicologia comportamentali fa dell’asimmetria antropologica che fonda il *nudge* il presupposto per concludere che le spinte gentili devono sollecitare il Sistema 1 in-

---

<sup>21</sup> D.M. HAUSMAN, B. WELCH, *To Nudge or Not to Nudge*, in “The Journal of Political Philosophy”, 18, 1, 2010, p. 126.

<sup>22</sup> M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., pp. 67-8.

<sup>23</sup> P. RAILTON, *Naturalism and Prescriptivity*, in “Social Philosophy & Policy”, 7, 1, 1989, pp. 155-56.

vece di fare appello al raziocinio del Sistema 2. Inoltre, poiché il *nudging* si basa sul presupposto che le regole di *default* sono un tributo al potere dell’inerzia dell’agente decisore, è difficile evitare il sospetto che il paternalismo *soft* sottenda una concezione più perfezionistica che neutrale del “bene” racchiuso nei *frame* della scelta. Su questo punto dovremo tornare<sup>24</sup>. Per ora è sufficiente notare che, proprio a causa del sospetto che il *nudging* non si limiti a influenzare le scelte ma le condizioni in senso perfezionistico e non emancipativo, la critica al paternalismo libertario si concentra sulle sue derive manipolatorie e sui suoi aspetti infantilizzanti. Le obiezioni più interessanti, tuttavia, sono quelle che mettono in discussione l’argomento psicologico alla base della proposta di Thaler e Sunstein: se tutto il *nudge* si fonda sull’idea che la razionalità umana è limitata e continuamente soggetta a errori, perché si dovrebbe ritenere che i *nudger* e le istituzioni che se ne avvalgono siano diversi? Di fronte a questo contro-argomento, un vero e proprio boomerang lanciato contro il *nudging*, non rimane che ammettere che, sebbene quello della razionalità limitata sia un argomento vecchio<sup>25</sup>, i teorici del *nudge* lo sanno usare in maniera innovativa nel senso che lo ritengono inapplicabile ai *nudger*, gli architetti della scelta. Ecco perché essi affermano di abbracciare una forma di “paternalismo asimmetrico” che finisce per adottare un’antropologia differenziale: vi sono soggetti razionali e morali “migliori”, le cui spinte gentili si applicano ad altri “inferiori” e vulnerabili, incapaci di usare la propria autonomia *comme il faut*<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Sunstein e Thaler affermano a più riprese che l’impiego di spinte gentili promette risparmi economici, un miglioramento significativo della salute della popolazione, e un aumento generale della speranza di vita. In che senso tutto questo è neutrale rispetto ai beni valutabili dal Sistema 2? Se ne riparerà dal § 4 in poi, *infra*.

<sup>25</sup> Cfr. H. SIMON, *A Behavioral Model of Rational Choice*, in “Quarterly Journal of Economics”, 69, 1955, pp. 99-188; H. SIMON, *Models of Bounded Rationality*, The MIT Press, Cambridge, 1982; V. MURA, *Paternalismo e democrazia liberale*, cit.; R. VIALE, *Oltre il nudge. Libertà di scelta, felicità e comportamento*, il Mulino, Bologna, 2018, p. 17 ss.; M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., cap. 5.

<sup>26</sup> R.H. THALER, *Misbehaving*, cit., p. 386; R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, cit., p. 242; C. CAMERER, S. ISSACHAROFF, G. LOEWENSTEIN, T. O’DONOGHUE, M. RABIN, *Regulation for Conservatives: Behavior-*

Chi siano i soggetti inferiori da sollecitare con il *nudge* paternalistico diventa evidente in alcune iniziative pubbliche, diffuse soprattutto in alcuni paesi nordeuropei (ve n'è traccia per lo meno in Francia e in Lussemburgo), intese a indurre le persone che si trovano in luoghi pubblici a gettare i mozziconi di sigaretta in finte "urne elettorali" aggirando così la razionalità difettosa e diffusa che porta solitamente i fumatori a buttarli per terra. In pratica, alle persone in attesa alla fermata degli autobus capita di vedere delle cassette con la scritta "Et maintenant?", in un apparente invito alla riflessione: "Bus o a piedi?". Si vota "bus" infilando il mozzicone in un orifizio a sinistra, "a piedi" scegliendo quello a destra. Poiché i due vani della cassetta sono trasparenti l'"elettore" può vedere in tempo reale i risultati dello scrutinio: i mucchi di mozziconi compongono un istogramma. Questo dispositivo si chiama Ballot Bin ed è un piccolo capolavoro concepito dai laboratori del *nudge* per creare un complesso spiazzamento cognitivo. Il fumatore medio getta mozziconi a terra con noncuranza perché non attribuisce alcun peso al suo gesto individuale e probabilmente ne ignora le conseguenze a livello aggregato; votare, invece, è una cosa seria, a tal punto che conserva il suo prestigio anche quando l'elettore usa un mozzicone in luogo di una scheda ed è chiamato a esprimersi sul più futile dei dilemmi: autobus o a piedi? Oppure, qual è il miglior superpotere: volare o rendersi invisibili? Meglio l'isola dell'amore o un'isola deserta? E così via<sup>27</sup>. Grazie a Ballot Bin, un soggetto inaffidabile, insensibile all'ambiente, democratico solo per gioco e persino autolesionista (fuma), è distolto da un'abitudine che crede insignificante, anche perché non ne vede le conseguenze sul piano collettivo e aggregato, per compiere un gesto realmente insignificante (come votare sui superpoteri) ma subliminalmente avvertito come importante e la cui dimensione collettiva è resa manifesta dall'istogramma a colonne di mozziconi.

Ballot Bin sintetizza alla perfezione la filosofia del *nudge*: l'u-

---

*al Economics and the Case for "Asymmetric Paternalism"*, in "University of Pennsylvania Law Review", 151, 3, 2003, pp. 1211-54; G. LOEWENSTEIN, *Asymmetric Paternalism to Improve Health Behaviors*, in "Journal of American Medical Association", 298, 20, 2007, pp. 2415-7.

<sup>27</sup> Per ulteriori esempi e altri ragguagli si veda il sito web di Ballot Bin, <https://ballotbin.co.uk>.

nico modo di estrarre utilità da un soggetto razionalmente limitato, potremmo dire inutile, è indurlo a compiere gesti (apparentemente) inutili con conseguenze utili<sup>28</sup>. Esso è concepito per gli Umani, non per gli Econi. Se le persone alla fermata dell’autobus sono indotte a scegliere tra andare a piedi o in bus, il pungolo del dilemma agisce su preferenze a breve termine e non a lungo termine come quella di contribuire alla tutela dell’ambiente. Ciò che interessa ai governanti è l’efficacia dell’azione di *nudging* rispetto al risultato atteso. Non si tratta di obbedienza alla norma giuridica, ma di adesione automatica e involontaria. Si è lontani da qualsiasi tipo di disciplina giuridica di stampo liberale. È evidente, infatti, che i comportamenti benefici che i *nudgee* sono spinti a scegliere non sono né intenzionali né deliberati: l’unica forma di autonomia lasciata al soggetto della scelta è il rifiuto di assecondare la spinta paternalistica, che nel nostro caso consisterebbe nel non partecipare al finto scrutinio. La persona sollecitata potrebbe trovare Ballot Bin assurdo e irritante, o incomprensibile, e buttare il mozzicone per terra: difficile che qualcuno lo sanzoni, certo non per aver “disertato le urne”. D’altro canto, il soggetto che asseconda la spinta gentile non ha in cambio la certezza di compiere un gesto vantaggioso per sé e gli altri, tutt’al più una vaga intuizione. La sua vita interiore non cambierà, tanto meno le sue convinzioni morali. Questo perché il grado di autonomia e la dignità riconosciuta al soggetto liberale non sono per lui, a conferma che le tecnologie del *government* post-liberali sono paternalistiche nel senso che concepiscono soggetti infantilizzati<sup>29</sup>, e si avvalgono di un’antropologia differenzia-

---

<sup>28</sup> Gli aspetti propriamente utilitaristici della regolazione di stampo comportamentale e neopaternalistico, come ad esempio il *nudging*, sono lasciati ai margini di questo lavoro per motivi di spazio. Per queste critiche v., ad esempio: A. BRUNON-ERNST, *Back to the Sources of Nudges*, in “The Toqueville Review”, 37, 1, 2016, pp. 99-122; S. ENGELMANN, *Nudging Bentham: Indirect Legislation as (Neo-)Liberal Politics*, in “History of European Ideas”, 43, 1, 2017, pp. 70-82; M. QUINN, *Jeremy Bentham Choice Architect: Law, Indirect Legislation, and the Context of Choice*, in “History of European Ideas”, 43, 1, 2017, pp. 11-33; J. KELLY, *Libertarian Paternalism, Utilitarianism and Justice*, in C. COONS, M. WEBER (eds.), *Paternalism. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 216-30; M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., capp. 6 e 7.

<sup>29</sup> Come afferma Bovens, l’uso sistematico di *nudge* è d’ostacolo allo sviluppo morale e potrebbe essere percepito dai cittadini come strategia regolativa di “in-

le che segna per lo meno la distanza tra *nudger* e *nudgee*.

Anche se Ballot Bin non è il *nudge* nella sua forma canonica<sup>30</sup> – quella raccontata dai testi di Thaler e Sunstein – la teoria del *nudge* e gli esperimenti di Ballot Bin condividono l’idea che presentarsi come *soft* (non coercitivo) non implica necessariamente il tradursi in un paternalismo che preserva in ogni caso l’autonomia. È questa la ragione che induce un’autentica paternalista *hard* come Sarah Conly a dichiarare la sua preferenza per un tipo di paternalismo più

---

fantilizzazione” (v. L. BOVENS, *Real Nudge*, in “European Journal of Risk Regulation”, 3, 1, 2012: pp. 42-3). In generale, il nesso tra *nudge* e paternalismo è problematico ed è oggetto di molte critiche, come si evince, *inter alia*, da P. JOHN, *How Far to Nudge? Assessing Behavioural Public Policy*, Elgar, Cheltenham, 2018; A. KEMMERER, C. MOLLERS, M. STEINBEIS, G. WAGNER (eds.), *Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging*, Nomos, Baden-Baden, 2016; P.G. HANSEN, *The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism: Does the Hand Fit the Glove?*, in “European Journal of Risk Regulation”, 7, 1, 2016, pp. 155-74; R. CALO, *Code, Nudge, or Notice*, in “Iowa Law Review”, 99, 2, 2014, pp. 773-803; P. LUNN, *Regulatory Policy and Behavioural Economics*, OECD Publishing, Paris, 2014.; S. CONLY, *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013; M.D. WHITE, *The Manipulation of Choice. Ethics and Libertarian Paternalism*, Palgrave Macmillan, New York, 2013; A. RANDAZZO, *The Case Against Libertarian Paternalism*, in “Reason”, 23 aprile 2013, <http://reason.com/archives/2013/04/23/the-case-against-libertarian-paternalism>; T. PLOUG, S. HOLM, J. BRODERSEN, *To Nudge or Not To Nudge: Cancer Screening Programmes and the Limits of Libertarian Paternalism*, in “Journal of Epidemiology and Community Health”, 66, 12, 2012, pp. 1193-6; R. REBONATO, *Taking Liberties. A Critical Examination of Libertarian Paternalism*, Palgrave Macmillan, London, 2012; 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](http://www.slate.com/articles/health_and_science/new_scientist/2011).

<sup>30</sup> Si parla ormai di “seconda” e “terza generazione” del *nudge* e della possibilità che esso si trasformi da dispositivo passivo di infantilizzazione in una soluzione regolativa tesa all’*empowerment* cognitivo. Ballot Bin assomiglia però al *nudge* di “prima generazione” e richiede passività più che emancipazione e/o intraprendenza dei soggetti coinvolti. Per questa letteratura si veda M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., capp. 2, 7. Cfr. C.R. SUNSTEIN, *Nudging: A Very Short Guide*, in “Journal of Consumer Policy”, 37, 4, 2014, pp. 583-8; C.R. SUNSTEIN, *The Ethics of Nudging*, in “Yale Journal on Regulation”, 32, 2015, pp. 413-50; R. BALDWIN, *From Regulation to Behaviour Change: Giving Nudge the Third Degree*, in “The Modern Law Review”, 77, 6, 2014, pp. 831-57; 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](https://eprints.lse.ac.uk/64049/1/Policy%20Briefing%207_2015.pdf); R. CALO, *Code, Nudge, or Notice*, cit., pp. 773-803; P. JOHN, *How Far to Nudge?*, cit.

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 condizionata. Il pregio di questa critica è che identifica il tratto paternalistico del *nudge* non nel tentativo di incanalare scelte oggettivamente più virtuose, bensì, ancora una volta, nell’infantilizzazione (a loro insaputa) degli individui sottesa alle politiche di *nudging*.

### 3. Quale autonomia?

Il paternalismo asimmetrico è il prezzo da pagare in cambio dell’utilità sociale. Se l’architettura della scelta scaturisce dalla prevedibilità dell’errore umano, le regole di *default* sono sufficienti a salvaguardare il Sistema 2 dalla manipolazione, riducendo i danni potenzialmente compiuti dal Sistema 1 e assicurando che l’autonomia della scelta venga 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 agire rifiutando l’automatismo con cui si tende a orientare il Sistema 1<sup>31</sup>. Il paternalismo del *nudge*, in definitiva, è un paternalismo dei mezzi, e questo basterebbe a mantenerlo entro il perimetro *libertarian* e *soft*<sup>32</sup>.

La mitezza dei dispositivi del *nudge* trova espressione nell’idea che i *nudger* debbano rendere massimamente semplici le architetture della scelta, al punto che la semplificazione è una delle finalità fondamentali della regolazione neopaternalistica. La semplificazione dell’architettura consente di superare più facilmente i *bias* del ragionamento e della volontà e al paternalista di usare regole personalizzate, cioè massimamente flessibili, purché nessuno scelga

---

<sup>31</sup> C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge*, cit., p. 95 ss.; C.R. SUNSTEIN, *Semplice*, cit., p. 86 ss.

<sup>32</sup> C.R. SUNSTEIN, *Semplice*, cit., p. 248 ss.; C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge*, cit., pp. 41-69.

quel che è dannoso per sé e la società<sup>33</sup>. Di qui i ripetuti appelli alla responsabilità dei *nudger* pubblici e 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 via<sup>34</sup>. Il *nudger* predilige sempre la scelta di "standard operativi flessibili" rispetto a "standard progettuali rigidi" e individua "le modalità migliori per far sì che il settore privato scelga in che modo perseguire finalità sociali. Questo approccio riduce i costi. Promuove la libertà"<sup>35</sup>.

In effetti, 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 autodeterminazione. La teoria liberale considera il paternalismo mite come fundamentalmente legittimo, anche se non mancano le voci critiche come, ad esempio, quelle che sostengono che i problemi di legittimità sorgono in contesti concreti in cui i confini tra *soft*, *hard*, e tra paternalismo morale e giuridico diventano incerti. In questi casi la determinazione del *range* di applicazione del paternalismo *soft* si rivela problematica<sup>36</sup>, soprattutto perché esso richiede, per essere tale, il rispetto delle decisioni autonome di persone competenti, cioè di comprovata autonomia.

Il discorso si complica se pensiamo che anche il concetto di "persona autonoma" conosce usi differenti. Di solito designa un ideale cui le persone reali possono solo tendere – l'autonomia, in questo senso, è qualcosa di graduale, una persona può essere più o meno autonoma –; ma può anche essere intesa come la capacità di secondo livello che una persona ha di riflettere criticamente su pre-

---

<sup>33</sup> C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge*, cit., p. 80.

<sup>34</sup> Su questo v. soprattutto C.R. 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 della statunitense OIRA.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 25; cfr. M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., cap. 8.

<sup>36</sup> B. FATEH-MOGHADAM, T. GUTMANN, *Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of "Soft Paternalism"*, in "Ethical Theory and Moral Practice", 17, 3, 2014, pp. 383-97.

ferenze e desideri propri, cioè la capacità di confermare o cambiare preferenze e desideri alla luce di preferenze, desideri e valori di livello superiore<sup>37</sup>. 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, con piena consapevolezza dei fattori rilevanti e dopo attenta considerazione delle conseguenze<sup>38</sup>. “Autonomia” può essere intesa come la libertà da poteri eteronomi<sup>39</sup>, o da poteri motivazionali esercitati da altri<sup>40</sup>; come capacità di formarsi desideri<sup>41</sup>, o come emancipazione dai limiti cognitivi<sup>42</sup>.

Col significato di “autodeterminazione”, cioè un diritto morale o giuridico da esercitare nella sfera protetta della libertà individuale<sup>43</sup>, l’autonomia acquista il senso di un concetto-soglia<sup>44</sup>: agli in-

<sup>37</sup>Una persona è autonoma quando è in grado di fornire ragioni per le sue scelte (B. BEROFSKY, *Liberation from Self. A Theory of Personal Autonomy*, Cambridge University Press, New York, 1995); oppure è capace di interpretare autenticamente i propri obiettivi reali e valutarli rispetto ai propri conseguimenti e alla propria identità morale complessiva (S.I. BENN, *Freedom, Autonomy and the Concept of a Person*, in “Proceedings of the Aristotelian Society”, New Series, 76, 1975-1976, pp. 109-30; S.I. BENN, *A Theory of Freedom*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988); oppure è in grado di formarsi desideri di secondo livello (desiderare di desiderare X) o di identificarsi con i propri desideri (H.G. FRANKFURT, *The Importance of What We Care about. Philosophical Essays*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998; G. DWORKIN, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, pp. 14-8).

<sup>38</sup>J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1983, par. 63.

<sup>39</sup>S.I. BENN, *A Theory of Freedom*, cit., pp. 164 ss.; 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.

<sup>40</sup>P. BAUMANN, *Handlung, Willensbildung und Macht*, in “Conceptus”, 72, 1995, pp. 21-42.

<sup>41</sup>J. ELSTER, *Uva acerba: versioni non ortodosse della razionalità*, Feltrinelli, Milano, 1989, p. 109 ss.

<sup>42</sup>B. BEROFSKY, *Liberation from Self*, cit.

<sup>43</sup>Nel seguito non approfondiremo il tema del rapporto tra *nudge* e diritti umani, per il quale si rimanda a P.G. KIRCHSCHLAEGER, *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, Limita-*



dividui si attribuisce una determinata 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. Quanto all'autonomia giuridica, essa definisce un concetto-soglia che assicura le condizioni minime sotto le quali gli individui hanno la libertà di compiere scelte irragionevoli. Ciò nonostante Sunstein e Thaler considerano inevitabile che il governo modifichi i *framework* esistenti, allo scopo di favorire determinate decisioni e promuovere la buona salute dei decisori<sup>45</sup>. Per questa ragione, il primo compito di una teoria paternalistica *soft* è stabilire quando e in che misura la soglia deve essere innalzata, determinando il confine tra intervento *hard* e *soft*<sup>46</sup>.

---

*tions and Applications in European Law and Economics*, Springer, Dordrecht, 2016, pp. 59-67.

<sup>44</sup> Idea che si ritrova per lo meno in J. FEINBERG, *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1984, p. 29; S.I. BENN, *A Theory of Freedom*, cit., p. 10; D. VAN DE VEER, *Paternalistic Intervention: The Moral Bounds on Benevolence*, Princeton University Press, Princeton, 1986, p. 351.

<sup>45</sup> C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, cit., pp. 1164, 1171, 1182; R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, cit., pp. 89 ss.; cfr. C.R. SUNSTEIN, *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, New York, 2005, p. 180. Secondo alcuni, ciò conduce a un inevitabile effetto manipolatorio attraverso un paternalismo che non è neutrale (almeno) rispetto alla libertà, e che, come si è visto, sfrutta sistematicamente i fattori non razionali che influenzano la decisione: cfr. J. ANDERSON, *Review: "Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness"*, in "Economics and Philosophy", 26, 3, 2010, pp. 369-76; D.M. HAUSMAN, B. WELCH, *To Nudge or Not to Nudge*, cit.

<sup>46</sup> Se la soglia è mantenuta bassa, si garantisce un concetto di autonomia fondamentalmente egualitario e inclusivo. Ma, come scrive Anderson (J. ANDERSON, *Regimes of Autonomy*, in "Ethical Theory and Moral Practice", 17, 3, 2014, pp. 355-68), 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 data società. I benefici derivanti da interventi paternalisti sono cioè determinati almeno in parte dalla *autonomy-competence* che i soggetti sviluppano "naturalmente", 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 posi-

L'idea di autonomia come concetto-soglia si trova in Sunstein. Egli scrive a più riprese che tale nozione non coincide con la capacità di scelta *tout court*. 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 di concentrarsi su azioni e attività che sembrano più degne di attenzione. È come ammettere 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. Di conseguenza, il paternalismo è mite se non interferisce con l'autonomia di secondo livello che guarda a fini più alti, il che sembra implicare che essa sia appannaggio di alcuni. Sunstein non dice mai se e a quali condizioni chi è sollevato dalle fatiche del primo livello possa conquistare autonomamente un dominio su quelle di secondo livello. È invece chiaro che il paternalismo *soft* si basa sul presupposto che l'autonomia di primo livello vada limitata, dato che gli studi empirici delle scienze comportamentali hanno mostrato l'inadeguatezza della teoria classica della scelta razionale, producendo in tal modo la transizione tacita dal piano dell'autonomia a quello della razionalità come giustificazione di questo tipo di paternalismo.

In conclusione, 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 che consiste nel mettere in discussione il caposaldo della cultura politica liberale e democratica, ossia "il binomio libertà-ragione", con lo scopo di "affievolirne la portata" e "depotenziarne la carica emancipatrice", sottoponendo l'esercizio dell'autonomia individuale a tali vincoli e condizioni da giustificare l'interferenza "benevola" dello stato in moltissimi casi"<sup>47</sup>.

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. Per i neopa-

---

zione dei più vulnerabili. Innalzando la soglia, coloro che possono beneficiarne diminuiranno significativamente, con la conseguenza che l'intervento paternalistico, per quanto mite, sarà maggiormente sospettabile di essere discriminatorio.

<sup>47</sup> V. MURA, *Paternalismo e democrazia liberale*, cit., p. 55.

ternalisti è invece una leva potentissima per 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<sup>48</sup>. Lo spazio sottratto all'autonomia individuale si amplia strategicamente, e qualunque intervento dello stato volto a evitare decisioni autolesionistiche è potenzialmente legittimato.

#### 4. Mezzi e fini. Tra *nudge* e diritto

In definitiva, il senso del paternalismo libertario sta per i suoi fautori nel seguente requisito: la scelta autonoma dei *fini* individuali, che spetta al Sistema 2, non viene intaccata dai dispositivi del *nudge*, che investe invece i *mezzi* della scelta. Questa "divisione del lavoro" deve essere rispettata dai *nudger* nel momento in cui predispongono i pungoli nascondendoli nelle architetture della scelta. Se non lo facessero il paternalismo si trasformerebbe in una modalità della regolazione onerosa, coercitiva, "vecchio stile" e illiberale<sup>49</sup>. A questo proposito assume rilevanza uno degli aspetti forse più trascurati dai neopaternalisti, cioè il tema della normatività del *nudge*. Esso si impone in virtù del fatto che il *nudge* è esplicitamente ricalcato sulla razionalità umana *reale*, e per questo capace, più di quanto non sia la norma giuridica, di regolare condotte e scelte in modo efficace. La normatività del *nudge* è affine a quella del diritto oppure se ne distanzia significativamente? Il fatto che il paternalismo del *nudge* non sia classicamente coercitivo, cioè *legal*, e venga

---

<sup>48</sup> Su *harm principle* e neopaternalismo libertario v. M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., cap. 4.

<sup>49</sup> Ecco perché in *Why Nudge?*, e in *The Ethics of Influence* (C.R. SUNSTEIN, *The Ethics of Influence. Government in the Age of Behavioral Science*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016). Sunstein discute a fondo i limiti dell'intervento paternalistico nella sfera privata servendosi degli argomenti milliani basati sull'*harm principle*, il paradigma al quale ogni intervento deve essere commisurato.

presentato come un’alternativa alla regolazione tradizionale, cioè giuridica, non solo implica la necessità di dimostrarne la superiore efficacia rispetto al diritto, ma anche solleva la questione della sua legittimità e della legittimazione di politiche pubbliche concepite a partire dagli esiti delle scienze comportamentali<sup>50</sup>.

L’enfasi sull’effettività come virtù del *nudge* paternalistico implica inoltre una riflessione sulla tenuta democratica di un tipo di paternalismo apparentemente strutturato sull’efficacia di certi mezzi di regolazione neutrali rispetto ai fini. Occorre cioè chiedersi se il paternalismo dei mezzi nasconda, dietro l’obiettivo dell’efficacia, la capacità di funzionare come un paternalismo dei fini che occulta intenti perfezionistici e manipolatori. In effetti il sospetto di perfezionismo e manipolazione si giustifica di fronte a ordinamenti, come i nostri, sempre più declinati in senso comportamentale<sup>51</sup>.

Seguendo una suggestione di Fritz Sharpf<sup>52</sup>, il paternalismo liberario e le spinte gentili di cui si serve possono essere letti come 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

---

<sup>50</sup> È quanto incoraggia a fare la riflessione contenuta nei più recenti contributi di Sunstein, tra il 2014 e il 2018, di cui si rende conto in M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., cap. 7. Qui segnaliamo la raccolta di saggi curata da Sunstein e Reisch: C.R. SUNSTEIN, L.A. REISCH (eds.), *The Economics of Nudge*. 4 Vols, Routledge, London-New York, 2017; C.R. SUNSTEIN, *Human Agency and Behavioral Economics. Nudging Fast and Slow*, Palgrave Macmillan, Cham, 2017; C.R. SUNSTEIN, “Better off, as Judged by Themselves”: A Comment on Evaluating Nudges, in “International Review of Economics”, 65, 1, 2018, pp. 1-8; cfr. R. SUDGEN, *Do People Really Want to Be Nudged Towards Healthy Lifestyles?*, in “International Review of Economics”, 64, 2, 2017, pp. 113-23; R. SUDGEN, “Better off, as Judged by Themselves”: A Reply to Cass Sunstein, in “International Review of Economics”, 65, 1, 2018, pp. 9-13. Rilevante, in prospettiva sia di epistemologia giuridica sia di teoria politica, la riflessione di molti contributi del Symposium: *The Ethics of Nudging. Evaluating Libertarian Paternalism*, pubblicati in “Georgetown Journal of Law and Public Policy”, 14, Special Issue, 2016.

<sup>51</sup> Il tema è approfondito in M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., cap. 3.

<sup>52</sup> F. SCHARPF, *Gouverner l’Europe*, Les Presses de Sciences Po, Paris, 2000, p. 21.

basata sul conseguimento di un bene collettivo sottratto alla decisione politica. Il *nudge* rifletterebbe la nuova ortodossia delle pratiche di governo fondate su 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 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.

Prima di Sharpf, François Ost e Michel van de Kerchove hanno parlato 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”<sup>53</sup>. 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. Benché i teorici del *nudge* affermino di lasciare gli individui liberi di perseguire autonomamente i loro interessi e assicurino che il *nudge* aiuti gli individui incapaci di scegliere per il meglio a conseguire il proprio bene, essi danno per inteso che questo sia oggettivamente identificabile e fanno entrare nella regolazione paternalista l'ovvio presupposto che si dia prevedibilità e controllo della condotta individuale e collettiva, in aperto contrasto con le intenzioni dichiarate.

Dall'accostamento di queste premesse discendono tre tipi di problemi: epistemici, etici, e pratici. I primi originano dal semplice dato che *nudger* e *policy maker* affermano di guidare le scelte delle persone verso il loro interesse. Ma a causa della confutazione (fatta

---

<sup>53</sup> F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des FUSL, Bruxelles, 1987, p. 524.

dagli stessi teorici del neopaternalismo) dell'argomento epistemico che i soggetti individuali sono i migliori interpreti dei propri interessi<sup>54</sup>, 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*. A dispetto delle intenzioni professate, essi impongono ai *nudgee* interessi e fini guidandoli verso gli obiettivi che hanno individuato per loro e al posto loro in maniera eteronoma, ed è proprio l'opacità epistemica degli interessi di coloro che cercano di guidare o condizionare a implicare necessariamente questa conseguenza<sup>55</sup>.

Il problema etico scaturisce da quello epistemico: se il *nudger* non conosce i veri interessi degli individui e per questo impone fini eteronomi che confliggono con l'autonomia e il diritto (liberale ed epistemicamente connotato) delle persone di autodeterminarsi, sostenere, come fanno i paternalisti libertari, che gli individui rimangono liberi di prendere decisioni oltre quelle a cui vengono gentilmente spinti fa nascere per lo meno il sospetto che sia la manipola-

---

<sup>54</sup> È evidente che il *nudging* non avrebbe senso se non mettesse in discussione uno dei presupposti dell'approccio liberale classico, cioè il milliano “argomento epistemico” secondo cui l'uomo e la donna “ordinari” hanno mezzi cognitivi sufficienti per conoscere le proprie condizioni e i propri sentimenti meglio di chiunque altro, e sono quindi in grado di identificare (meglio di chiunque altro) i propri interessi: cfr. R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, cit., pp. 15-6; C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge*, cit., pp. 86-7; M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., p. 161 ss.

<sup>55</sup> Se l'idea neopaternalistica è che non ci si può fidare delle decisioni di individui che non sanno scegliere il proprio bene, questo giudizio, come si è detto, presuppone qualcosa di impossibile, cioè che i fini e gli interessi reali delle persone siano invece accessibili al paternalista. A questo proposito v. M.D. WHITE, *The Crucial Importance of Interests in Libertarian Paternalism*, in K. MATHIS, A. TOR (eds.), *Nudging. Possibilities. Limitations and Applications in European Law and Economics*, cit., p. 36; cfr. M.D. WHITE, *The Illusion of Well-being: Economic Policymaking Based on Respect and Responsiveness*, Palgrave Macmillan, Cham, 2014; 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/>.

zione psicologica, per quanto sottile, a rendere efficaci i *nudge*. Questo ne smentisce l'aspetto libertario<sup>56</sup>, tanto più se l'economia comportamentale assume che le preferenze dei *nudgee* siano basate su un unico criterio sostantivo di utilità – cioè il benessere materiale ed economico –, nonostante sia banalmente vero che gli esseri umani non perseguono un solo fine, bensì obiettivi molteplici e complessi<sup>57</sup>.

Infine, anche i problemi pratici del *nudge* discendono dai suoi difetti epistemici: semplificando, le spinte gentili non mantengono le promesse di migliorare le scelte individuali nell'interesse dei singoli perché i *policy maker* non conoscono questi interessi e possono solo sostituirli con interessi identificati "oggettivamente". Pertanto, anche quando le spinte gentili modificano efficacemente il comportamento – la verifica della loro efficacia, come vedremo, costituisce un tema fondamentale per la modalità governamentale del *nudge* –, 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 *policymaking* neopaternalistico. Verificare l'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 soggettivi in quanto tali (quelli che i soggetti sceglierebbero di soddisfare se fossero nelle condizioni migliori per conoscerli, come si suppone siano i razionali Econi), perché di questi non è possibile avere una conoscenza certa. Di conseguenza, la verifica non può che ridursi alla pura e semplice constatazione che si è prodotto un cambiamento delle condotte<sup>58</sup>. Quando le tesi del comportamentismo economico sui processi

---

<sup>56</sup> M.D. WHITE, *The Crucial Importance of Interests in Libertarian Paternalism*, cit., p. 23.

<sup>57</sup> Cfr. M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., p. 98 ss.; 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. 615-91.

<sup>58</sup> Nonostante questo, 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*, cit., 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. ABDUKADIROV (ed.), *Nudge Theory in Action. Behavioral Design in Policy and Markets*, Palgrave Advanced, Cham,

decisionali vengono incorporate nelle pratiche del *nudging*, la visione limitata della motivazione che portano con sé si traduce in un approccio alla definizione delle politiche welfariste che, per quanto miope, è in grado di mostrare la potenza dell'oggettivismo etico, come se 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'esterno. A essere verificabile è solo l'efficacia con cui le spinte gentili sollecitano gli individui a scegliere in un certo modo.

È facile concludere che questo accade proprio perché i difetti epistemologici del *nudge* e le loro ripercussioni pratiche hanno reso (praticamente) irrilevante la distinzione tra mezzi e fini paternalistici, rendendo problematica l'accezione neopaternalistica del paternalismo *soft*. Nonostante gli sforzi 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.

Del resto, 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. Sebbene la strategia argomentativa di Thaler e Sunstein consista nel negare il presupposto dell'oggettivismo etico, il perfezionismo del *nudge* si rivela nell'enfasi posta su un certo standard oggettivo del bene – essenzial-

---

2016, pp. 37-64. Se pensiamo al caso del piano pensionistico "Save More Tomorrow", portato come esempio di successo di un dispositivo paternalistico (R.H. THALER, S. BENARTZI, *Save More Tomorrow: Using Behavioral Economics to Increase Employee Saving*, in "Journal of Political Economy", 112, 1, 2004, pp. 164-87; R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, cit., pp. 113 ss.), la sua riuscita coincide con un cambiamento delle condotte, non certo con la valutazione della capacità effettiva di tale mezzo di produrre un miglioramento nel conseguimento degli interessi del lavoratore che 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 preminente (cfr. M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., cap. 4).



mente materiale – implicito in tutti gli esempi utilizzati dagli autori relativi a interventi paternalistici che riguardano salute, benessere e prosperità<sup>59</sup>, cioè beni oggettivamente individuabili, quindi misurabili<sup>60</sup>. Pertanto, anche se i suoi fautori affermano la tesi insostenibile che il *nudge* si limita ad aiutare gli individui a perseguire gli interessi che loro stessi si sono scelti, l’immagine di una regolazione paternalistica più efficace della regolazione giuridica nel condizionare le condotte e nell’indurre atteggiamenti di obbedienza “spontanea” si offusca di fronte al 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. E non importa sottolineare che gli obiettivi economici non siano esplicitati in molti provvedimenti (per esempio, quelli relativi alla scuola, alla salute o all’ambiente); né si può dire 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 inevitabili.

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.

---

<sup>59</sup> Blumenthal-Barby parla di “standard perfezionistici sottesi al bene, cioè ricchezza e salute, verso i quali i diversi nudge guidano le masse”: J.S. BLUMENTHAL-BARBY, *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, p. 180.

<sup>60</sup> Chi mai negherebbe che questi beni sono un interesse di tutti? Si tratta di una forma di oggettività intuitiva basata su truismi neopaternalistici. 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*, in “American Political Science Review”, 111, 2, 2017, p. 406. Cfr. C. CAMERER, S. ISSACHAROFF, G. LOEWENSTEIN, T. O’DONOGHUE, M. RABIN, *Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for “Asymmetric Paternalism”*, cit., p. 1222.

## 5. Effettività, obbedienza, *compliance*

L'esigenza di una maggiore effettività della regolazione non è solo un appello al vecchio tema dell'efficacia delle leggi ma risponde al bisogno indotto dalla prospettiva comportamentale di modulare norme, regole, politiche che siano compatibili con le reali capacità di adempimento dei destinatari. Questa è la ragione che spinge Sunstein a parlare della inevitabilità del *nudge* e dell'architettura della scelta come strumenti di regolazione, per sottolineare la necessità che il nuovo tipo di *government* sia concepito per aderire alla “reale” psicologia dei governati<sup>61</sup>.

Come noto, il tema dell'efficacia della regolazione non è esclusivo del paternalismo comportamentale ma riscuote un rinnovato interesse anche in ambito giuridico da quando Robert Baldwin ha parlato di effettività dei dispositivi della regolazione giuridica in senso *formale* e *sostanziale*. L'efficacia è classicamente formale quando è la capacità di una regola (di diritto) di dotarsi di meccanismi adeguati a indurne l'adempimento; è sostanziale quando si traduce nella capacità di rispondere all'interesse generale perseguito dalla decisione regolativa e indicato dalla norma cui questa dà attuazione. I due aspetti sono inseparabili<sup>62</sup>. Ragionare in questi termini complessi 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 valutare l'effettività sostanziale può voler dire mettere in discussione anche il tipo di regola scelta per il perse-

---

<sup>61</sup> Cfr. le osservazioni di Sunstein in C.R. SUNSTEIN, *Foreword. The Ethics of Nudging*, in A. ALEMANNI, A.-L. SIBONY (eds.), *Nudge and the Law. A European Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2015, pp. v-xviii. Sul nesso tra *insights* delle scienze comportamentali ed efficacia dei dispositivi di regolazione sociale, v. A. ALEMANNI, A.-L. SIBONY, *Epilogue: Future of EU Behavioural Policy-Making*, in A. ALEMANNI, A.-L. SIBONY (eds.), *Nudge and the Law*, cit., pp. 338-42.

<sup>62</sup> R. BALDWIN, *Rules and Government*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 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.

guimento di un determinato obiettivo. Pertanto, poiché il comportamentismo ha individuato e propagandato la superiorità del *nudge* nel vantaggio, che esso possiederebbe rispetto al diritto coattivo tradizionale, di rispecchiare le reali dinamiche del processo decisionale, non si tratta più di riflettere sui meccanismi tradizionali dell'*enforcement* delle regole del diritto. Il problema non è indurre con mezzi coercitivi l'adesione a un imperativo o a una norma, cioè l'obbedienza, ma predisporre le condizioni che portano le persone 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. Il superamento del diritto attraverso forme di regolazione alternative avviene infatti sulla scorta della consapevolezza che 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<sup>63</sup>. 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 politici, economisti comportamentali), gli stessi che hanno portato a vedere nel *nudging* maggiori possibilità di efficacia condizionante. L'idea, ancora una volta, è che occorre abbandonare (come suggerisce il comportamentismo economico) la "presunzione di razionalità" in favore della presunzione di irrazionalità della *compliance*. È un invito a dismettere gli strumenti regolativi tradizionali finalizzati a garantire l'effettività delle regole giuridiche (sanzioni come incentivi o disincentivi) per puntare su fattori diversi dalla razionalità intrinseca ai meccanismi della deterrenza, considerandoli come leve dell'adempimento e come meccanismi della decisione stessa<sup>64</sup>. Ciò richiede "una radi-

---

<sup>63</sup> Cfr. R. VIALE, *Oltre il nudge*, cit., p. 16.

<sup>64</sup> In sostanza, non si parla più di "minacciare la sanzione", ma di educare, informare, puntando su cooperazione/supporto, e su *nudging/empowerment* (E. KIRCHLER, S. MUEHLBACHER, B. KASTLUNGER, I. WAHL, *Why Pay Taxes? A Re-*

cale revisione del processo decisionale 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”<sup>65</sup>. Per perseguire una superiore effettività delle norme occorre cioè impostare “*ex ante* meccanismi di *enforcement*”, e predisporre “monitoraggio e valutazione *ex post*”<sup>66</sup>, esplicitando strumenti e modalità di realizzazione di tutti i sistemi di verifica (quale ufficio, con quali risorse, attraverso quali indicatori di rilevazione).

Come abbiamo già sottolineato, sembra 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 possibilità di verificare la coerenza della regolazione con i criteri decisionali di amministrati e amministratori<sup>67</sup>. Il fine, infatti, non è l’ob-

---

*view 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; cfr. N. RANGONE, *Strumenti tradizionali e nuovi per l’effettività delle decisioni amministrative*, cit.): l’effettività delle regole e delle strategie di *enforcement* è assicurata se regole e strategie regolative sono concepite coerentemente coi meccanismi di conformità adottati dai destinatari. Le strategie di *enforcement* sono definite dal decisore pubblico e attengono a “cosa applicare, come allocare le risorse per le ispezioni, e quali strumenti potenziare per produrre *enforcement*. 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 (eds.), *Explaining Compliance. Business Responses to Regulation*, Elgar, Cheltenham, 2011, p. 223). La *compliance* è quindi definibile come “la panoplia 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).

<sup>65</sup> N. RANGONE, *Strumenti tradizionali e nuovi per l’effettività delle decisioni amministrative*, cit., p. 3.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

<sup>67</sup> A questo riguardo, è stato sostenuto che regole eccessivamente dettagliate e precise deprimono l’innovazione e rischiano di aumentare le occasioni di “creative compliance” (cfr. I. EHRLICH, R. POSNER, *An Economic Analysis of Legal Rule-Making*, in “The Journal of Legal Studies”, 3, 1, 1974, pp. 257-86), cioè un

bedienza, 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*, quanto piuttosto *behaviourally-tested*, esattamente come auspicato dalla Commissione europea<sup>68</sup>. Non di rado ci si imbatte in coloro che ritengono che, data la diversa predisposizione degli individui a subirne le conseguenze<sup>69</sup>, le regole andrebbero differenziate in base ai destinatari<sup>70</sup>. Gli strumenti attraverso cui la regolazione trova attuazione, ad esempio i “better regulation tools” nell’accezione eu-

---

adempiimento che rispetta la lettera delle previsioni pur violandone lo spirito, o 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, e in un modo manipolatorio, 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*, in “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*, in “Capital Markets Law Journal”, 3, 4, 2008, p. 438). Tali regole portano all’ineffettività “se i costi di gestione di tali norme risultano costosi o troppo complicati” (R. BALDWIN, *Rules and Government*, cit., p. 179).

<sup>68</sup> 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>, p. 17.

<sup>69</sup> R. BALDWIN, *Nudge: Three Degrees of Concern*, cit., p. 3.

<sup>70</sup> “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). 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 R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, cit.; cfr. C.R. SUNSTEIN, *The Ethics of Influence*, cit.; C.R. SUNSTEIN, *Semplice*, cit.

ropea, diventano 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 di identificare gli strumenti più adeguati per realizzarli – dai criteri redazionali fino alla revisione della regolazione, quando necessario, passando per la verifica dell'adeguatezza *in concreto* dell'uso dei mezzi regolativi. La flessibilità (e la semplificazione) dei dispositivi sembra il requisito epistemico più cogente dei nuovi mezzi di regolazione; e poiché l'efficacia delle regole dipende soprattutto dalla reazione dei destinatari e dai meccanismi decisionali che devono innescare, occorre chiedersi come vadano rilevati *bias*, euristiche, dinamiche motivazionali e norme sociali nella *compliance*.

Conoscere i *bias* in grado di compromettere l'effettività dei dispositivi regolativi – com'è compito degli scienziati cognitivi – avrebbe lo scopo di raccogliere informazioni comportamentali e valutare preventivamente l'impatto della regolazione. Ciò porta a pensare che, più che soggette a un cambiamento attraverso le norme, le nostre condotte siano passibili di controllo e previsione, attraverso processi di valutazione preventivi, successivi e sperimentali. Lo si può evincere, per quanto indirettamente, da un'osservazione sul carattere delle tecniche di *nudging*, in cui si nota 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 misure personalizzate”<sup>71</sup>. Ma il fatto che il *nudge* non sia coercitivo non impedisce certo di vederlo come un intervento nella sfera d'azione degli individui. Anne van Aaken<sup>72</sup>, per esempio, sostiene

---

<sup>71</sup> A. ALEMANNI, A. SPINA, *Nudging Legally: On the Checks and Balances of Behavioural Regulation*, in “International Journal of Constitutional Law”, 12, 2014, p. 450.

<sup>72</sup> A. VAN AAKEN, *The Constitutional Limits of Nudging*, in “Law and Economics Working Papers”, n. 3, 2015, University of St. Gallen Law School; A. VAN AAKEN, *Judge the Nudge: In Search of the Legal Limits of Paternalistic Nudging in the EU*, in A. ALEMANNI, A.-L. SIBONY (eds.), *Nudge and the Law*, cit., pp. 83-114.

che, benché non espressamente coercitivo, tale intervento si manifesta sotto la forma di un mezzo di regolazione *soft* persuasivo, invisibile, che gioca non sulla razionalità ma sulle emozioni ed è per questo in grado di sottrarsi al controllo della legge molto più delle misure paternalistiche di tipo tradizionale<sup>73</sup>. Anche se volessimo vedere l'uso governamentale del *nudge* non come l'esercizio di un potere pubblico ma, più "laicamente" (cioè senza il filtro delle ossessioni anti-paternalistiche), come una regolazione benefica e "a bassa intensità", rimane vero che la semplificazione del processo decisionale attraverso il *nudging* e l'uso dei *default* sembrano 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 mettono a loro disposizione i dati necessari, ma anche nella forma di agenzie che si occupano di rilevare l'incidenza della regolazione e la conformità dei comportamenti individuali e collettivi<sup>74</sup>. Tutto ciò ri-

---

<sup>73</sup> Per una critica al BIT come tentativo di sottrarsi al circuito legislativo costituzionalmente garantito, v. A. BENJAMIN, *David Halpern: 'We Try to Avoid Legislation and Ordering'*, in "The Guardian", 5 febbraio 2013: <https://www.theguardian.com/society/2013/feb/05/david-halpern-government-nudge-unit>. Riflessioni critiche sulla capacità di elusione democratica del *nudging* (sottrazione al dibattito pubblico e ai circuiti della deliberazione democratica) e sulle conseguenze a livello costituzionale si trovano in S. HARGREAVES-HEAP, *Behavioural Public Policy: The Constitutional Approach*, in "Behavioural Public Policy", 1, 2, 2017, pp. 252-65.

<sup>74</sup> Sulla burocratizzazione del *nudging* si veda M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., cap. 8. 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, rappresentano una prospettiva nuova per l'Europa, dal momento che la Commissione europea ha incluso di recente i *biased behaviours* tra i problemi che possono giustificare l'adozione di certe regole pubbliche, anche se è evidente che il regolatore comunitario fa un uso assai limitato degli *insights* comportamentali rispetto all'alto numero delle regole adottate: cfr. A. ALEMANNI, A.-L. SIBONY, *The Emergence of Behavioural Policy-Making*, in A. ALEMANNI, A.-L. SIBONY (eds.), *Nudge and the Law*, cit., p. 20; *European Commission, Better Regulation Toolbox*, 2015, [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-toolbox\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-toolbox_2.pdf), p. 209. Per una descrizione di esperimenti cognitivi in fatto di effettività della regolazione si rinvia al rapporto OCSE, *Behavioural Insights and Public Policy. Lessons from*

chiede 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, esperti di unità specializzate (dipendenti o indipendenti) affiancano funzionari di amministrazioni pubbliche nei compiti del concepimento della regolazione, del *policymaking* e della verifica d’impatto. 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 Unit.

Siamo di fronte non solo a un’inquietante produzione di regole che superano preventivamente la prova di una potenziale e prevedibile *compliance*, ma anche 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<sup>75</sup>); e, oltre all’utilizzo del *nudging*, è accolto positivamente il ricorso all’*empowerment cognitivo*<sup>76</sup>. Entrambi i tipi di mezzi possono essere introdotti sia come strumenti complementari al diritto, sia prescindendo da una fonte giuridica o da una decisione amministrativa che li imponga.

---

*Around the World*, 2017, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264270480-en>, 106-7. Scrive N. 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”.

<sup>75</sup> Cfr. *ibidem*, p. 19 ss.

<sup>76</sup> M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., cap. 2.



Ma proprio per questo è visto con favore il fatto che questi strumenti siano snelli al punto da travalicare i confini dello stato di diritto, cioè i vincoli rappresentati dal rapporto tra poteri pubblici e dal controllo pubblico e critico a cui i circuiti democratici classici dovrebbero sottoporli<sup>77</sup>.

La distorsione del concetto di obbedienza alle norme e la sua transizione verso la conformità modificano l'idea di effettività della regolazione anche nel senso che, come è facile notare, il grado di effettività del *nudging* è intrinsecamente connesso al livello di adesione al contesto normativo di riferimento, 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 giuridica<sup>78</sup>. 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 non sembrano pensate 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 determi-

---

<sup>77</sup> C. MCCRUDDEN, J. KING, *The Dark Side of Nudging*, in A. KEMMERER, C. MOLLERS, M. STEINBEIS, G. WAGNER (eds.), *Choice Architecture in Democracies*, cit., pp. 75-139. Il crescente interesse per il *nudging* non solo può innescare processi di regolazione inediti, ma anche predisporre i suoi critici e i suoi sostenitori a considerarlo come la continuazione di un programma di deregolamentazione tipicamente liberista. La Nudge Unit britannica, ad esempio, ha visto nel *nudging* “un passo nel perseguimento di un programma di deregolamentazione (deregulation agenda)” (D. HALPERN, *We Try to Avoid Legislation and Ordering*, cit.). Cfr. 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. 719-47; M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., cap. 8.

<sup>78</sup> G. FELLNER et al., *Testing Enforcement Strategies in the Field: Threat, Moral Appeal and Social Information*, in “Journal of the European Economic Association”, 11, 3, 2018, pp. 634-60; B.G. VOYER, *Nudging Behaviours in Healthcare Management: Insights from Behavioural Economics*, in “British Journal of Healthcare Management”, 21, 3, 2015, pp. 130-5; M. HALLSWORTH et al., *Stating Appointment Costs in SMS Reminders Reduces Missed Hospital Appointments: Findings from Two Randomised Controlled Trials*, in “PLoS One”, 10, 9, 2015, pp. 1-14.

nato comportamento senza che sia facilmente deliberabile il sottrarsi a esso. Stando così le cose, è difficile persino pensare che il *nudging* sia giuridico in senso proprio.

Da qui un primo bilancio: il discorso sul *nudge* e sull’effettività della regolazione rende più difficile rispondere alla domanda se il *nudge* sia o non sia diritto, se abbia oppure no natura giuridica<sup>79</sup>. 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 diritto, nel senso che è autorizzato e applicato in accordo con esso<sup>80</sup>. Ma esistono studi che si concentrano sul modo in cui i risultati sperimentali delle scienze comportamentali integrano l’elaborazione delle politiche pubbliche. Essi sollevano il dubbio a volte non esplicito che la domanda sulla qualità normativa del *nudge* non possa ridursi alla questione se gli interventi regolativi che utilizzano dispositivi comportamentali possano essere realizzati in maniera istituzionale, cioè attraverso il diritto inteso come “legge”, ma debba intendersi come la domanda se il *nudge* rappresenti un modo di regolazione autenticamente distinguibile dal diritto, ossia dotato di una forma peculiare di normatività<sup>81</sup>.

Non a caso in *Nudge and the Law: A European perspective*<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> L’attribuzione di una natura “extra-giuridica” al *nudge*, visto come “techno-regulation and mandatory disclosure”, è esplicita in R. CALO, *Code, Nudge, or Notice*, in “Iowa Law Review”, 99, 2, 2014, pp. 773-803, anche se il suo contributo può essere inteso come un tentativo di riflettere sulla possibilità che il *nudge* possa essere situato, al pari di altri meccanismi “non-legal regulatory”, entro o oltre il paradigma del diritto come legge (*law*).

<sup>80</sup> Al punto che molte analisi trascurano il tema della dimensione giuridica del *nudging*, nonostante manifestino un interesse per i *behavioural insights*, in senso sia teorico sia pratico, nella loro applicazione all’economia e al policy making. La scarsa attenzione riservata 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*, Elgar, Cheltenham, 2013; A. OLIVER, *Behavioural Public Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

<sup>81</sup> P. CSERNE, *Is Nudging Extra-Legal?*, in “The Tocqueville Review”, 37, 1, 2016, p. 159; P. CSERNE, *Making-Sense of Nudge-Scepticism: Three Challenges to EU Law’s Learning from Behavioural Sciences*, in A. ALEMANNI, A.-L. SIBONY (eds.), *Nudge and the Law*, cit., pp. 279-300.

<sup>82</sup> A. ALEMANNI, A.-L. SIBONY, *The Emergence of Behavioural Policy-Making*, cit., p. 6.

Alberto Alemanno e Anne-Lise 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 giuridiche. 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*. Tuttavia, è abbastanza evidente che le due questioni si intersecano al punto da apparire quasi inestricabili. 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"<sup>83</sup>, la possibilità di considerarlo giuridico a tutti gli effetti sembra minacciata. Su questa linea, il rapporto tra *nudge* e *law* 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 legge<sup>84</sup>, nella misura in cui – a differenza delle regole del diritto che, per quanto coercitive, sono ragioni per l'azione e puntano sulla razionalità del soggetto che vi adempie – si fondano sull'irrazionalità facendo leva sull'inerzia, i pregiudizi e i limiti cognitivi degli agenti individuali, e finiscono per distinguersi da ogni altro tipo di dispositivo regolativo che punta a fornire informazioni destinate alla razionalità deliberativa dell'agente. In una parola, i *nudge* eludono l'*agency*.

Questa mossa epistemologica, per quanto ovvia, può condurre a conseguenze inaspettatamente "scomode": la prima è che a pregiudicare la comprensione del *nudge* è l'estromissione del ruolo dei fini dalla sua definizione e dalla sua struttura<sup>85</sup>, essendo il *nudge* presentato come un mero mezzo. Al contrario, è evidente che valu-

---

<sup>83</sup> *Ibidem*, pp. 18-19.

<sup>84</sup> P. CSERNE, *Is Nudging Extra-Legal?*, cit., pp. 18-9; M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., cap. 3.

<sup>85</sup> 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 liberario. Si veda § 4, *supra*.

tazione dei mezzi e valutazione dei fini sono intrecciate. La seconda, già rilevata, è che la considerazione della razionalità deliberativa come prerequisito dell’efficacia della norma giuridica non si estende al *nudge*. Per finire, a complicare il quadro del rapporto tra normatività mite del *nudge* e coattività del diritto è il nesso tra *nudge* e scienze comportamentali, che conferisce alle politiche pubbliche neopaternalistiche lo status di una scientificità per così dire autolegittimante. 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* rompe il nesso di implicazione tra base scientifica e intervento paternalistico<sup>86</sup>. L’economia comportamentale è un campo molto più vasto di quanto presuppongono le disquisizioni sui risvolti politici delle sue applicazioni, tanto che alcuni studiosi invitano alla prudenza rispetto alla possibilità di impiegarla nelle politiche pubbliche<sup>87</sup>.

## 6. *Nudge v. law*

A giudicare almeno da *Why Nudge?* e *Simpler* di Sunstein e da *Misbehaving* di Thaler<sup>88</sup>, un ponderoso studio retrospettivo sul campo di ricerca – l’economia comportamentale – che egli ha contribuito a fondare e plasmare, nell’ultimo decennio i teorici del *nudge* sembrano impegnati nella predisposizione di una sorta di “*nudge agenda*”<sup>89</sup>. In questi scritti i due autori non si concentrano sulla

---

<sup>86</sup> M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., capp. 2, 5.

<sup>87</sup> Si veda S.T. TRAUTMANN, *Empirical Knowledge in Legislation and Regulation: A Decision Making Perspective*, in “Theory and Practice of Legislation”, 1, 3, 2013, pp. 533-42.

<sup>88</sup> Rispettivamente, C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge*, cit.; C.R. SUNSTEIN, *Semplice*, cit.; R.H. THALER, *Misbehaving*, cit.

<sup>89</sup> A. ANGER, *Behavioral Welfare Economics, Libertarian Paternalism, and the Nudge Agenda*, GMU Working Paper in Economics, No. 15-29, 2015, <http://ssrn.com/abstract=2580523>.

definizione della natura normativa e/o giuridica del *nudge*, e nemmeno sugli obiettivi specificamente regolativi che perseguono attraverso di esso: parlano di promozione dell'autonomia, rispetto della libera scelta e di dignità<sup>90</sup>, di forme di influenza sul comportamento che rifuggono dalla manipolazione; estromettono dal *nudging* l'imposizione di fini eteronomi; parlano dello *human flourishing* e del benessere per una vasta maggioranza di persone; insistono sulle facilitazioni 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, e pochissimi sono i riferimenti a questioni costituzionali<sup>91</sup>.

Studi relativamente recenti come *Nudge and the Law* e *Nudging. Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*<sup>92</sup> condensano dibattiti che, al contrario, hanno evidenziato i difficili rapporti che il *nudging* pubblico intrattiene non solo col diritto statunitense, ma anche col diritto della Unione europea, l'ambito del diritto amministrativo e del diritto costituzionale<sup>93</sup>. Essi sollevano questioni tecniche, dottrinali, politiche e metaetiche che rimandano alla comprensione almeno implicita di cosa sia la legalità e cosa comporti la fioritura della regolazione pubblica di stampo comportamentale nelle nostre democrazie. Onorare questi dibattiti comporterebbe l'approfondimento "fenomenologico" della presenza del *nudging* nei nostri ordinamenti<sup>94</sup>, ciò che eccede l'am-

---

<sup>90</sup> Ad esempio, C.R. SUNSTEIN, *Foreword. The Ethics of Nudging*, cit.

<sup>91</sup> Sono però esplicitamente affrontati in A. VAN AAKEN, *The Constitutional Limits of Nudging*, cit.; A. VAN AAKEN, *Judge the Nudge*, cit.; A. VAN AAKEN, *Constitutional Limits to Paternalistic Nudging: A Proportionality Assessment*, in A. KEMMERER, C. MOLLERS, M. STEINBEIS, G. WAGNER (eds.), *Choice Architecture in Democracies*, cit., pp. 161-96; C. MCCRUDDEN, J. KING, *The Dark Side of Nudging*, cit., pp. 75-139.

<sup>92</sup> K. MATHIS, A. TOR (eds.), *Nudging. Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Springer, Dordrecht, 2016.

<sup>93</sup> Cfr., inter alia, A. ALEMANNI, A. SPINA, *Nudging Legally*, cit.; A. ALEMANNI, *Nudge and the European Union*, in A. ALEMANNI, A.-L. SIBONY (eds.), *Nudge and the Law*, cit., pp. 271-84; A. VAN AAKEN, *Constitutional Limits to Paternalistic Nudging*, cit.

<sup>94</sup> Data la vastità del tema, per il quale lo spazio di questo contributo è insuffi-

bito di questo saggio. Seguendo la linea di riflessione inaugurata da Peter Cserne<sup>95</sup>, è invece il caso di rispondere all’esigenza di chiarire la natura normativa e/o giuridica del *nudge* mettendo alla prova le seguenti idee: il *nudge* sembra concettualmente eterogeneo rispetto al diritto perché, in primo luogo, (1) la spinta gentile ha la natura di un “consiglio” o di una “raccomandazione”, e, in secondo luogo, (2) ha tra i suoi requisiti il fatto di non rispettare l’*agency*<sup>96</sup>. 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*”.

Da un lato, c’è l’argomento che le spinte gentili sono troppo “soft” o “weak” per essere considerate diritto in senso proprio, e 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 per definizione non coercitivo, non può essere definito come un dispositivo giuridico a tutti gli effetti. Ebbene, alla luce della tradizione imperativistica di Bentham e Austin, è immediato concludere che la natura non coercitiva dei *nudge* comporti la loro esclusione dal dominio delle norme intese come comandi del sovrano (o come “obblighi”, secondo la tradizione normativistica). È una conclusione 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*<sup>97</sup>. Per Hobbes, “Command” è “the mark of law-

---

ciente, si rimanda a A. ALEMANNI, A.-L. SIBONY (eds.), *Nudge and the Law*, cit.; M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., cap. 7.

<sup>95</sup> P. CSERNE, *Is Nudging Extra-Legal?*, cit.

<sup>96</sup> M. GALLETI, M., S. VIDA. 2018. *Libertà vigilata*, cit., cap. 3.

<sup>97</sup> “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

giving”, e di conseguenza “the province of the sovereign”<sup>98</sup>; il comando è a vantaggio di colui che lo emana<sup>99</sup>; diversamente, il tratto distintivo del consiglio è che, anche se espresso nel modo imperativo, mira al bene delle persone alle quali è indirizzato<sup>100</sup>. In altre parole, a differenza di quanto avviene 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 di quest’ultima, colui che dà consigli non fornisce ragioni ma usa modi di persuasione non razionali<sup>101</sup>, dal momento che il consiglio è rivolto a una moltitudine e che un individuo chie-

---

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. HOBBS, *De Cive*, Editori Riuniti, Roma, 1992, pp. 204-5). Si veda la voce “Command and counsel (imperatum et consilium)”, in A.P. MARTINICH (ed.), *Command and counsel (imperatum et consilium)*, in *A Hobbes Dictionary*, Blackwell, Oxford, 1992; cfr. G. NEWAY, *The Routledge Guidebook to Hobbes’ Leviathan*, Routledge, London, 2014, pp. 94, 196.

<sup>98</sup> G. NEWAY, *The Routledge Guidebook to Hobbes’ Leviathan*, cit., p. 196.

<sup>99</sup> T. HOBBS, *Leviatano*, Laterza, Roma-Bari, 1996, p. 211.

<sup>100</sup> *Ibidem*.

<sup>101</sup> “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” (T. HOBBS, *Leviatano*, cit., pp. 212-13).

derebbe 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)<sup>102</sup>. Calato nella tradizione dell'*Analytical Jurisprudence*, il *nudge* può perciò essere 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 autoritario<sup>103</sup>.

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*<sup>104</sup>; ma anche (2) 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 tra le possibili forme di coercizione coinvolge non solo quella della norma giuridica ma anche quella esercitata dal *nudge*. Con riguardo a (1) (la natura del

---

<sup>102</sup> Hobbes aggiunge che ciò che fa di un consigliere un buon consigliere è l'esperienza e la base conoscitiva empirica; cfr. P. CSERNE, *Is Nudging Extra-Legal?*, cit., p. 165.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 166. Cserne ci ricorda che è possibile trovare la distinzione tra law e counsel anche in altri autori della prima modernità anteriori a Hobbes: v. S. DARWALL, *Honor, History, and Relationship: Essays in Second-Personal Ethics*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 158, 171, il quale analizza il modo in cui la distinzione tra law e counsel viene rappresentata nella discussione groziana del diritto naturale come fonte dell'obbligo morale, estendendo l'analisi al contrasto tra Grozio e Suarez: cfr. *ibidem*, pp. 171, n. 27, pp. 176-8.

<sup>104</sup> 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 R. BUBB, R. PILDES, *How Behavioral Economics Trims Its Sails and Why*, in “Harvard Law Review”, 127, 6, 2014, p. 1605; Y. FELDMAN, O. LOBEL, *Behavioural Trade-offs: Beyond the Land of Nudges Spans the World of Law and Psychology*, in A. ALEMANNI, A.-L. SIBONY (eds.), *Nudge and the Law*, cit., pp. 301-24. Se il *nudging* è efficace perché fa leva sull'emozionalità 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. Si esprime *contra* A. VAN AAKEN, *The Constitutional Limits of Nudging*, cit., pp. 10-2, la quale 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 sottoposto alla sua azione.



*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 i tipi di regolazione odierni. 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 dire che il *nudging by the government* "è giuridico semplicemente perché emana dal sovrano"<sup>105</sup>, cioè 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*<sup>106</sup>. 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, ci sono ragioni che inducono un agente ad agire in modo diverso da quello che conduce al proprio bene<sup>107</sup>, per esempio in presenza di leggi giuste che potrebbero richiedere alle persone di agire contro il proprio interesse. Per quanto queste teorie esulino dal nostro discorso, esse hanno il merito di rappresentare norme e comandi non solo mediante il requisito della coercibilità, ma anche nei termini di ragioni (moralì). Ciò nonostante, la normatività del *nudge* continua a eccedere dai *framework* tipici della teoria del diritto: il

---

<sup>105</sup> P. CSERNE, *Is Nudging Extra-Legal?*, cit., p. 166.

<sup>106</sup> Il tema è analizzato da un punto di vista meta-etico in M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., cap. 3.

<sup>107</sup> P. CSERNE, *Is Nudging Extra-Legal?*, cit., p. 167.

*modus operandi* di un *counsel* (come ragione prudenziale) in quanto *nudge* è decisamente diverso – almeno nelle intenzioni dei suoi artefici – da quello delle ragioni morali. Concludendo, la dicotomia “comando vs. consiglio” non aiuta la nostra indagine.

La seconda dicotomia esaminata da Cserne è quella tra “*norma giuridica come guida della condotta e nudge come manipolazione dell’architettura della scelta*”, che mette in luce una concezione della norma giuridica fondata non sulla coercizione ma sul suo carattere *reason-giving* o *action-guiding*, suggerendo l’ipotesi che (almeno) alcuni *nudge* non siano giuridici perché non possiedono il carattere *reason-giving*. Il dubbio che scaturisce da questo confronto è che il *nudging* sia incompatibile con la *human agency* sottesa al positivismo giuridico di stampo liberale<sup>108</sup>. 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.

Herbert Hart, per esempio, fa appello a requisiti di questo tipo nell’ottavo capitolo di *The Concept of Law*, quando parla dei truismi sulla natura o condizione umana che rappresentano il contenuto minimo di diritto naturale racchiuso negli ordinamenti giuridici. Le norme giuridiche, scrive Hart<sup>109</sup>, 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 nella misura in cui essi perseguono deliberativamente il *telos* della sopravvivenza. Sono le condizioni sotto le quali acquista senso per una collettività ricorrere o meno alla coercitività del diritto, 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 diven-

---

<sup>108</sup> Cfr. P. CSERNE, *Making-Sense of Nudge-Scepticism*, cit.; F. ESPOSITO, *Book Review of Nudge and the Law*, in “Humana. Mente Journal of Philosophical Studies”, 28, 2015, pp. 267-9.

<sup>109</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*. 3<sup>rd</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2012.

tare, un agente responsabile, capace di comprendere e seguire regole, e “answerable for his defaults”<sup>110</sup>.

A ben vedere, 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’azione<sup>111</sup>, 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. Anche per questa ragione, parlando di effettività del *nudge* abbiamo preferito usare “conformità” (*compliance*) invece che “obbedienza”, la quale implica un’adesione deliberata. Quando è così, che all’opera vi 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.

Pertanto, la domanda se un *nudge* possa essere chiamato “giuridico” lascia spazio a un ulteriore interrogativo che sposta il discorso dal piano concettuale e descrittivo al piano normativo: 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”

---

<sup>110</sup> L.L. FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1964, p. 162.

<sup>111</sup> 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*, in “Legisprudence”, 5, 2, 2011, pp. 143-69.

oltre che una perversione del diritto. Il fatto di considerare l’agentività umana o di estrometterla dai mezzi del *nudging* 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* e tuttavia paternalistiche, manipolare un’architettura della scelta non si trasforma automaticamente in un’azione di *nudging*. Occorre mettere in atto una specifica manipolazione, ossia quella paternalistica. Ma questo rimette al centro il problema del rapporto tra mezzi e fini della regolazione e dell’autonomia limitata (*biased*) su cui si basa la teoria del *nudge*.

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*<sup>112</sup>. Potremmo chiamarla “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 intercambiabili<sup>113</sup>. 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”, o,

---

<sup>112</sup>R.J. ARNESON, *Perfectionism and Politics*, in “Ethics”, 111, 1, 2000, p. 38.

<sup>113</sup>F. EWALD, *Norms, Discipline, and the Law*, in “Representations”, 30, 1990, p. 140.

come scrivono Thaler e Sunstein in *Nudge*: “se avessero avuto più consapevolezza e autocontrollo, o informazioni rilevanti”<sup>114</sup>.

In altre parole, strutturare un *frame* della scelta che promuove salute e benessere è giustificato non perché questi sono beni di per sé, 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 stessi. Si tace il dato che le architetture della scelta sono disegnate per indirizzare le persone verso beni generici, e per 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.

## 7. Manipolazione e post-democrazia

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'egualianza nella libertà. L'autonomia non è per tutti, e non è da intendersi come esercizio autonomo del potere decisionale che rende ognuno di noi, in un senso tutto liberale, sovrano anche nel prendere scelte dannose per sé.

---

<sup>114</sup>R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, cit., p. 5.

In una maniera che vorrebbe suonare rassicurante, in the *Ethics of Influence* Sunstein scrive che il fulcro della tutela dell'autonomia per il paternalismo libertario consiste nel non imporre costi eccessivi sulle scelte possibili, e che, nella sostanza, le tecniche di *nudging* devono limitarsi a rendere più difficile per chi sceglie la selezione di certe opzioni (rispetto ad altre selezionate dal *nudger*). Questa alterazione dei disincentivi potrebbe essere giustificata in alcune circostanze se il loro aumento fosse capace di spingere le persone a scegliere di andare nella direzione che realmente vorrebbero scegliere:

Se le persone soffrono di *bias* comportamentali, questi costi potrebbero essere ben accetti, o almeno potrebbero essere ben accetti in condizioni ideali. Se [...] 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 indebolita <sup>115</sup>.

In pratica, secondo Sunstein è possibile che gli individui accettino un'alterazione dei costi che li diriga verso obiettivi che essi stessi vogliono realizzare e li difenda dalle manipolazioni del mercato, ma si tratta di ipotesi totalmente ideali: non c'è garanzia che le persone accolgano con benevolenza questi tipi di manipolazione, né che il consenso verso questo genere di limitazione della loro autonomia di scelta sia possibile alla luce degli effettivi meccanismi che regolano, anche sul piano psicologico, la relazione tra governanti e governati <sup>116</sup>. Ciò identifica un problema legato all'utilizzo delle tecniche di regolazione comportamentali, cioè il collegamento tra la preferenza

---

<sup>115</sup> C.R. SUNSTEIN, *The Ethics of Influence*, cit., p. 64.

<sup>116</sup> Secondo Sunstein il problema non si presenterebbe per le spinte gentili, perché non impongono costi, se non psichici irrisori, e consentono sempre di sottrarsi alla loro influenza attraverso l'*opting-out* e l'uso dei default: cfr. *ibidem*, p. 67.

indotta dal *nudge* e lo schema globale delle preferenze individuali: il problema, in effetti, non è il cambiamento delle preferenze soggettive contingenti, come nell'esempio di Ballot Bin, ma un cambiamento più profondo nella razionalità dell'individuo messo in grado di liberarsi dai pregiudizi cognitivi costitutivi della sua personalità e dai *bias* che possono dipendere dalla complessità dell'ambiente della scelta. L'utilizzo del *nudge* postula una concezione della razionalità che considera solo errori occasionali, ma non fa riferimento a un quadro più generale (di preferenze) che potrebbe essere utilizzato da un individuo che fa le sue scelte in modo volontario e motivato. L'interesse di questa ipotesi è concepire un soggetto 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 del *nudge*, né degli architetti della scelta, tanto meno del paternalismo: è il soggetto liberale pienamente autonomo, rispetto al quale il sussistere di queste misure sembra mettere in campo un'ipotesi manipolatoria.

Secondo una teoria molto diffusa, manipolare vuol dire influenzare il comportamento di qualcuno inibendo le sue capacità razionali: A manipola B quando riesce a ottenere che B agisca senza esercitare la sua capacità di riflettere sulle ragioni per compiere o non compiere una certa azione<sup>117</sup>. Amplificare certi stati emotivi è un modo per ottenere questo risultato. Indurre un comportamento mediante spinte gentili che sollecitando le risposte automatiche del Sistema 1 è, in fondo, un modo per impedire alle persone di utilizzare il Sistema 2. Ballot Bin fa questo quando, invece di indurre a riflettere su comportamenti responsabili verso l'ambiente, sollecita a reagire istintivamente allo scrutinio e a infilare i mozziconi negli orifizi elettorali<sup>118</sup>. Con questo ci allontaniamo non solo dall'idea

---

<sup>117</sup> Cfr. J.S. BLUMENTHAL-BARBY, *Between Reason and Coercion: Ethically Permissible Influence in Health Care and Health Policy Contexts*, in "Kennedy Institute of Ethics Journal", 22, 4, 2012, pp. 345-66; J.S. BLUMENTHAL-BARBY, H. BURROUGHS, *Seeking Better Health Care Outcomes: The Ethics of Using the "Nudge"*, in "American Journal of Bioethics", 12, 2, 2012, pp. 1-10; J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 377-8; R. NOGGLE, *The Ethics of Manipulation*, in N. ZALTA (ed.), "Stanford Encyclopedia of Philosophy" (2018), <https://plato.stanford.edu/entries/ethics-manipulation/>.

<sup>118</sup> Sunstein stesso sostiene che un atto è manipolatorio "se non impegna o fa

liberale del diritto che postula l'autonomia del decisore pienamente razionale davanti alla norma giuridica<sup>119</sup>, ma anche dal presupposto democratico del coinvolgimento dei cittadini nella costruzione dei fondamenti etico-politici di una società. Questo tema rimane del tutto estraneo alle nuove forme di regolazione concepite da esperti il cui scopo, appunto, “non è cercare ragionevoli convergenze politiche nella regolazione dei rapporti, ma strumenti efficaci per indirizzare i cittadini verso scopi oggettivamente dati ed estrinseci a ogni procedura deliberativa di stampo democratico”<sup>120</sup>.

Non è un caso che Sunstein assuma una concezione “leggera” dell'autonomia, identificata con il desiderio delle persone di scegliere da sé<sup>121</sup>. Se questa è la spia del fatto che nel *nudge* “l'elemento paternalistico cannibalizz[a] quello liberale”<sup>122</sup>, ciò dipende dal fatto che la posta in gioco non è incrementare l'autonomia decisionale ai fini della deliberazione democratica, ma addestrare i soggetti a scegliere in modo funzionale agli scopi della regolazione. Dietro una facciata liberale, insomma, le nuove forme di regolazione nascondono un volto dispotico e manipolatorio, una pro-

---

appello in modo insufficiente alla capacità di riflessione e deliberazione” (C.R. SUNSTEIN, *The Ethics of Influence*, cit., pp. 82, 110-1). Per una posizione analoga, cfr. J. HANNA, *Libertarian Paternalism, Manipulation, and the Shaping of Preferences*, in “Social Theory and Practice”, 41, 4, 2015, pp. 618-43; B. ENGELEN, *Les concepts d'autonomie et de rationalité dans la théorie des “nudges”*, in M. BOZZO-REY, A. BRUNON-ERNST (eds.), *Nudges et normativités*, cit., pp. 152-6; T.M. WILKINSON, *Nudging and Manipulation*, in “Political Studies”, 61, 2, 2013, p. 350.

<sup>119</sup> Per rispondere a questa critica sono state ipotizzate alcune tassonomie del *nudging*, ad esempio quella di Baldwin che distingue tre gradi del *nudge* a seconda del suo impatto sull'autonomia individuale (R. BALDWIN, *From Regulation to Behaviour Change*, cit.); o quella di Sunstein che distingue tra “paternalistic nudges”, “educative nudges”, e “nudges that enlist or exploit behavioral biases” (C.R. SUNSTEIN, *Nudging: A Very Short Guide*, cit. Cfr. nota 30, *supra*).

<sup>120</sup> M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., p. 139.

<sup>121</sup> C.R. SUNSTEIN, *The Ethics of Influence*, cit., pp. 64, 67. Sunstein risponde alle critiche di Jeremy Waldron (J. WALDRON, *It's All for Your Own Good*, The New York Review of Books, 9 October 2014, <https://www.nybooks.com/articles/2014/10/09/cass-sunstein-its-all-your-own-good>) che argomenta contro il *nudging* associando autonomia e dignità. Sul punto v. le osservazioni di Galletti in M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., pp. 133-4.

<sup>122</sup> M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., p. 139.



pensione per l'eteronomia e forse lo scopo di mantenere i soggetti in un permanente "stato di minorità"<sup>123</sup>.

Il tema del carattere manipolatorio del *nudge*, che è al tempo stesso il tema della condanna politica del ricorso a questo tipo di strategie, prende corpo nel momento in cui, più che all'effetto che produce, si guarda al meccanismo che ne incarna il dispositivo, cioè appena si riconosce che, una volta disvelate, tali tecniche perdono la loro efficacia e dunque la loro ragion d'essere. Questa è l'ovvia conseguenza del fatto che tali strategie non hanno lo scopo di correggere i nostri errori di ragionamento bensì di sfruttarli. 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 giustificabile, ma implicherebbe l'inevitabile riduzione della loro efficacia<sup>124</sup>. O si salva la legittimazione democratica rinunciando alla *compliance*, all'omologazione e alla normalizzazione delle condotte, cioè alla loro prevedibilità, o si punta all'effettività del *nudging* rinunciando alla trasparenza democratica.

In un contesto, come quello fin qui rappresentato, in cui l'etica dell'efficacia regolativa è il fondamento delle politiche *output oriented*, i vantaggi apportati dalle scienze comportamentali nella strutturazione della regolazione pubblica sono soprattutto di ordine economico<sup>125</sup>. Essi sono in grado di legittimare – anche se non in

---

<sup>123</sup> Cfr. L. BOVENS, *Real Nudge*, cit., p. 44.

<sup>124</sup> Efficacia che, in ogni caso, dev'essere dimostrata: v. G. LOEWENSTEIN, C. BRYCE, D. HAGMANN, S. RAJPAL, *Warning: You Are about to Be Nudged*, in "Behavioral Science & Policy", 1, 1, 2015, pp. 35-42, i quali mostrano il contrario (cioè l'inefficacia) nel caso della scelta per default. Sunstein risponde in C.R. SUNSTEIN, *Human Agency and Behavioral Economics. Nudging Fast and Slow*, Palgrave Macmillan, Cham, 2017, pp. 17-39.

<sup>125</sup> A. ALEMANNI, *L'Union européenne et le nudging*, cit., p. 25 conclude così in accordo con C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN, R. THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in "Stanford Law Review", 50, 5, 1998, pp. 1471-1550; si esprimono invece criticamente R. JONES, J. PYKETT, M. WHITEHEAD, *Changing Behaviours. On the Rise of the Psychological State*, cit., p. 163 ss. Secondo A. ALEMANNI, *L'Union européenne et le nudging*, cit., p. 25, 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".

senso politico – interventi tecnocratici dall’alto, come quelli neopaternalistici, che sono un vero e proprio invito alla spoliticizzazione della regolazione e alla giustificazione di un tecno-potere che avanza grazie al suo appello all’efficacia e alla scienza. Non a caso, parlando di un “lato oscuro del *nudging*”, Christopher McCrudden e Jeff King ci informano che, nella patria della prima Nudge Unit, il Science and Technology Select Committee dell’Upper House del Parlamento del Regno Unito ha prodotto, tra il 2010 e il 2011, un parere sugli effetti dell’introduzione del *nudging* nella regolazione governativa, giungendo alla conclusione che essa “distoglie il governo dalla sua responsabilità di usare altri e più efficaci strumenti [regolativi]”<sup>126</sup>, riducendo le opportunità dei processi di decisione che pertengono alla democrazia deliberativa a vantaggio di una “manipolazione tecnocratica non trasparente”<sup>127</sup>. Non è certo un pentimento tardivo, bensì un monito inascoltato. Che il *nudging* possa rappresentare in molti casi questo tipo di deriva post-democratica non sembra certo opinabile.

---

<sup>126</sup> C. MCCRUDDEN, J. KING, *The Dark Side of Nudging*, cit., p. 92.

<sup>127</sup> Si veda House of Lords, Science and Technology Select Committee, *Behaviour Change*, luglio 2011, <https://publications.parliament.uk/pa/ld201012/ldselect/ldsctech/179/179.pdf>. 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”. Per C. MCCRUDDEN, J. KING (*The Dark Side of Nudging*, cit.), è l’occasione per riflettere sull’uso del *nudging* pubblico e sull’idea di una manipolazione potenziale della condotta in base alla definizione di A. WOOD, *Coercion, Manipulation, Exploitation*, in C. COONS, M. WEBER (eds.), *Manipulation. Theory and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 17, 35: “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”. Cfr. S. LEMAIRE, *Nudges, information et manipulation*, in M. BOZZO-REY, A. BRUNON-ERNST (eds.), *Nudges et normativités*, cit., pp. 175-98.



Alberto Artosi

## **Con i dosaggi esatti degli esperti. Per un'analitica del potere tecno-disciplinare**

SOMMARIO: 1. Indicatori. – 2. Che genere di norme? – 3. *Damned to expertocracy*. – 4. Conclusioni. – Appendice. Nota sul rituale.

*A motivo della loro conoscenza esperta, gli specialisti occupano una posizione incontrastata nelle società contemporanee in quanto la complessità dei sistemi contemporanei e le questioni di cui essi si occupano li pongono al di fuori dei “controlli effettivi del demos”<sup>1</sup>.*

*... sembrerebbe che molte delle questioni di fondo della vita individuale e sociale siano semplicissime, così semplici, in realtà, che tutti dovrebbero essere tenuti a capirle. Il farle apparire così enormemente complicate che solo uno “specialista” può comprenderle – e anche lui solo nel suo campo specifico di competenza – tende in realtà – e spesso intende – scoraggiare la fiducia delle persone nella propria capacità di riflettere sui problemi che davvero contano<sup>2</sup>.*

Le norme tecniche costituiscono un genere di norme che, nonostante la loro diffusa proliferazione in un'ampia varietà di contesti regolativi, resta confinato in una zona d'ombra normativa. Ciò può essere dovuto a diverse ragioni, a cominciare dal fatto che il loro incerto status normativo le ha perlopiù sottratte all'attenzione dei teorici della norma. Lo scopo di questo articolo è riparare in parte a

---

<sup>1</sup> A. GIRI, *Audited Accountability and the Imperative of Responsibility: Beyond the Primacy of the Political*, in M. STRATHERN (ed.), *Audit Cultures. Anthropological Studies in Accountability, Ethics and the Academy*, Routledge, London, 2000, p. 186.

<sup>2</sup> E. FROMM, *Fuga dalla libertà*, Mondadori, Milano, 1987, p. 196.

questa mancanza creando i presupposti per un'analisi delle norme tecniche che non si limiti a gettare luce sulla loro natura, ma si estenda anche a una comprensione delle conseguenze comportate dalla loro crescente occupazione dello spazio regolativo. L'analisi si concentrerà su un particolare tipo di norme la cui importanza è andata continuamente aumentando con l'espandersi del dominio della regolazione tecnica a livello globale. Il termine – ingannevolmente neutro – sotto il quale sono conosciute tali norme è “indicatori”. In realtà, come vedremo, questo termine nasconde una potente tecnologia regolativa che presenta tutti i caratteri di un classico meccanismo di disciplinamento, di cui costituisce in effetti una versione attualizzata sia per il modo di azione, sia per il suo trarre origine e legittimazione da un potere esperto dichiaratamente funzionale alla gestione di una società in cui “la dispersione delle capacità e delle risorse rilevanti per l'esercizio del potere”<sup>3</sup> si interseca con i processi di riconfigurazione del ruolo e dell'autorità dello stato.

## 1. Indicatori

Benché il termine “indicatore” sia ormai entrato stabilmente nell'uso, non esiste a oggi nessuna definizione che ne circoscriva l'applicazione a un oggetto normativo chiaramente identificato. La cosa che più si avvicina a una simile definizione si trova nel seguente passaggio:

Un indicatore è una collezione identificata da un *nome* di dati gerarchicamente ordinati (*rank-ordered*) che intende rappresentare la performance passata o progettata di differenti unità. I dati sono generati mediante un processo che *semplifica* i dati relativi a un fenomeno sociale complesso. I dati, in questa forma semplificata e processata, pos-

---

<sup>3</sup>C. SCOTT, *Regulation in the Age of Governance: the Rise of the Post-regulatory State*, in J. JORDANA and D. LEVI-FAUR (eds.), *The Politics of Regulation. Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, Elgar, Cheltenham, 2004, p. 145.

sono essere usati per *comparare* particolari unità di analisi (come paesi o istituzioni o imprese) sincronicamente nel corso del tempo, e *valutare* la loro performance in relazione a uno o più standard<sup>4</sup>.

I termini in corsivo identificano gli ingredienti concettuali di base della nozione di indicatore: denominazione, classificazione, semplificazione, comparazione e valutazione.

- Denominare un indicatore serve non solo a identificare il fenomeno che intende rappresentare – ad esempio “sviluppo umano” – ma può addirittura crearlo, come è il caso, ad esempio, del GPA (Grade Point Average) Index impiegato per misurare la performance accademica.

- Gli indicatori sono dispositivi di classificazione. Per esempio, la QS World University Rankings (QSWUR) combina sei indicatori – Academic peer review, Employer review, Faculty/student ratio, Citations per faculty, International staff ratio e International student ratio – in uno *score* complessivo che determina il *ranking* dell’università.

- Un indicatore mira a semplificare un fenomeno complesso riducendolo a una rappresentazione numerica per facilitarne la comparazione con altri fenomeni numericamente rappresentati. Il processo di semplificazione è altamente selettivo: la semplificazione è ottenuta filtrando ed escludendo “determinati dati, inclusi valori anomali e altri dati considerati inaffidabili o irrilevanti”<sup>5</sup>.

- Un indicatore stabilisce uno standard di valutazione; ad esempio la QS World University Rankings stabilisce gli standard in riferimento ai quali dev’essere misurata la performance di ciascuna università al fine di determinare il suo *rank*.

Questa descrizione, mentre dà un’idea abbastanza precisa di che cos’è un indicatore, non dice nulla sul modo in cui si esplicano i suoi effetti regolativi. Difatti, su questo punto la letteratura acca-

---

<sup>4</sup>K.E. DAVIS, B. KINGSBURY and S. ENGLE MERRY, *Introduction: Global Governance by Indicators*, in K.E. DAVIS, A. FISHER, B. KINGSBURY and S. ENGLE MERRY (eds.), *Governance by Indicators. Global Power through Quantification and Rankings*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 6.

<sup>5</sup>*Ibidem*, pp. 6-7.

demica è singolarmente silenziosa. Da essa tuttavia filtrano qua e là alcune osservazioni che convergono nel formare un quadro notevolmente significativo. La prima osservazione sul *modus operandi* degli indicatori sembra evocare il Panopticon benthamiano:

La ricerca in psicologia ed economia comportamentale ha mostrato che sapere di essere osservati porta gli esseri umani a cambiare il loro comportamento in modi che [...] l'osservato si aspetta suscitino la più grande approvazione da parte dell'osservatore. Gli indicatori comunicano il comportamento desiderato (o più precisamente ciò che l'osservatore vorrebbe vedere) in modo sottile, ma molto chiaro mediante *scores* e *rankings*, rendendoli strumenti ideali per evocare cambiamenti comportamentali mediante osservazione<sup>6</sup>.

Gli indicatori sono “panottici” precisamente nel senso che influenzano il comportamento dell'osservato nella direzione desiderata sottoponendolo alla pressione di una continua sorveglianza da parte dell'osservatore. La panotticità implica chiaramente che l'osservatore abbia deciso in anticipo ciò che “vorrebbe vedere” così da elicitare esattamente – e rendere per ciò stesso prevedibili – quei cambiamenti comportamenti che desidera osservare. In secondo luogo,

I destinatari finali di un indicatore si trovano di fronte a incentivi sia materiali sia socio-politici all'adattamento comportamentale – probabilmente, anche se non necessariamente, nella direzione dell'ideale definito dall'indicatore<sup>7</sup>.

Ciò chiarisce un ulteriore aspetto del modo in cui gli indicatori inducono l'osservato a modificare il proprio comportamento secondo i desideri dall'osservatore: essi agiscono come ideali regolativi che provocano l'adattamento comportamentale attraverso meccanismi di *enforcement* costituiti da vari tipi di incentivi sia positi-

---

<sup>6</sup> T. BÜTHE, *Beyond Supply and Demand: A Political-Economic Conceptual Model*, in K.E. DAVIS, A. FISHER, B. KINGSBURY and S. ENGLE MERRY (eds.), *Governance by Indicators. Global Power through Quantification and Rankings*, cit., pp. 43-4.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 44.

vi, sia (come si vedrà) negativi – e, soprattutto, operano in modo del tutto indipendente dall'accettazione dell'osservato. Ad esempio,

I presidi delle scuole di legge e la facoltà possono essere in maggioranza contrari all'uso dell'indicatore come misura della qualità dell'educazione giuridica, ma si sentono pressoché unanimemente costretti a prestarvi la massima attenzione e a cercare di migliorare il *rank* della loro scuola, dato che i potenziali studenti e i loro futuri datori di lavoro useranno tale indicatore<sup>8</sup>.

In questo senso, l'adozione di un indicatore da parte di alcuni agenti diventa in se stessa un incentivo per altri agenti ad adattare il loro comportamento all'ideale definito dall'indicatore. Infine,

Gli indicatori – e il risultante *rating* o *ranking* – dovrebbe rendere più facile alle parti interessate all'interno del gruppo sociale o anche al di là di esso [...] esercitare sui destinatari una pressione affinché “migliorino” il loro comportamento in modo da produrre uno *score* più alto (cioè un *rating* più alto o magari anche un *ranking* più alto)<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> *Ibidem*. Osservazioni del genere ricorrono frequentemente nella letteratura. Ad esempio, A. VINOKUR, *La normalization de l'université*, in B. FRYDMAN et A. VAN WAEYENBERGE (sous la direction de), *Gouverner par le standards et les indicateurs. De Hume aux rankings*, Bruylant, Brussels, 2014, pp. 242-3: “[I]l presidente di una università francese, membro del Comitato nazionale di valutazione delle università, scriveva nel 2004: “Tutte le classifiche sono contestabili, e i criteri di questa si concentrano unicamente sulla ricerca, favoriscono le scienze dure classiche, sottovalutano la tecnologia e le matematiche, e fanno pressoché sparire le scienze umane. Certamente, si può pensare che queste classifiche sono prive di importanza o che la qualità dell'insegnamento non ha niente a che vedere con quella della ricerca. Ma allora bisogna convincerne gli studiosi e i docenti di tutto il mondo che si apprestano a studiare o a lavorare in un altro paese”. L'effetto supposto delle classifiche sugli altri agenti interessati giustifica da solo l'allineamento su una sola fonte di *rating* ...”. Vedi anche C. SHORE and S. WRIGHT, *Coercive Accountability. The Rise of Audit Culture in Higher Education*, in M. STRATHERN (ed.), *Audit Cultures. Anthropological Studies in Accountability, Ethics and the Academy*, cit., p. 76 e W.N. ESPELAND and M. SAUDER, *The Dynamism of Indicators*, in K.E. DAVIS, A. FISHER, B. KINGSBURY and S. ENGLE MERRY (eds.), *Governance by Indicators. Global Power through Quantification and Rankings*, cit., p. 89.

<sup>9</sup> T. BÜTHE, *Beyond Supply and Demand: A Political-Economic Conceptual Model*, cit., pp. 43-5.



Questo significa che gli indicatori funzionano come ideali regolativi nel senso proprio che non solo operano come dispositivi di adattamento comportamentale, ma costringono l'osservato a tendere verso l'ideale definito dall'indicatore in un continuo sforzo di migliorare l'adattamento. Tale *modus operandi* è spesso associato a un altro peculiare meccanismo:

La gestione per obiettivi opera mediante una delle più potenti e interessanti tecnologie del nuovo management: il *benchmarking*. Il suo semplicissimo principio consiste nel fissare il livello di performance che dev'essere raggiunto in riferimento a un modello definito in generale dalle performance di un'altra impresa leader del mercato<sup>10</sup>.

Il *benchmarking* funziona

in base al principio di migliorare le performance dell'*x*% rispetto all'anno precedente, in un processo di continuo miglioramento della qualità, del rendimento, dei profitti, ecc. Di più, la tecnologia del management per indicatori e del *benchmarking* può essere specificata al fine di analizzare, all'interno della stessa impresa, le performance nel tempo di agenti ed équipes e di compararle fra loro [...] La tecnologia del *benchmarking* consente di specificare la gestione per obiettivi al livello di ogni servizio e di ogni agente e, al tempo stesso, di classificare le performance degli uni e degli altri (il *ranking*) e di renderle pubbliche al fine di elogiare e premiare i migliori e biasimare e sanzionare i peggiori<sup>11</sup>.

Il risultato è un regime di valutazione permanente che, grazie a opportuni incentivi positivi e negativi, stimola la competitività interpersonale e, ciò che più conta, intrapersonale:

Questi dispositivi, associati con degli incentivi appropriati (premi o sanzioni, promozioni o licenziamenti), creano delle potenti motivazioni, ma anche forti pressioni, fra i lavoratori dell'impresa e gli agenti

---

<sup>10</sup> B. FRYDMAN, *Prendre le standards et les indicateurs au sérieux*, in B. FRYDMAN et A. VAN WAHEYENBERGE (sous la direction de), *Gouverner par le standards et les indicateur. De Hume aux rankings*, cit., p. 30.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 30-1.

economici in generale, che vi reagiscono con forza e spesso addirittura le anticipano, adattando a esse il loro comportamento. Il dispositivo è al tempo stesso efficace e poco costoso nella misura in cui gli agenti stessi diventano i loro propri sorveglianti<sup>12</sup>.

Cioè, per dirla in termini psicologici, sono indotti a interiorizzare il dispositivo diventando così gli onnipresenti osservatori di se stessi<sup>13</sup>.

## 2. Che genere di norme?

La conclusione, inevitabile, è che ci troviamo di fronte a un peculiare tipo di operatività normativa: più che essere soggetto a un cambiamento *attraverso le norme*, il comportamento dell'agente è soggetto a un continuo processo di *valutazione della sua conformità a esse*. Di conseguenza, gli agenti sono indotti non solo a conformarsi alla norma, ma, ciò che più importa, a identificarsi con essa fino a perdere di vista la possibilità stessa di non conformarsi<sup>14</sup>. Il che ci porta evidentemente su un terreno radicalmente estraneo all'idea di una normatività giuridica che opera su e con agenti autonomi che assumono le norme come *guide* della loro condotta<sup>15</sup>. E, infatti, non è un caso che gli studiosi delle nuove forme di normazione tecnica tendano a esprimersi nei termini di “influenzare” il comportamento<sup>16</sup>. Così facendo essi tradiscono il vero – anche se

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>13</sup> Così A. VINOKUR, *La normalization de l'université*, cit. p. 236, a proposito dei dispositivi di normalizzazione dell'università. La formazione di disposizioni “interiorizzate” è esplicitamente indicata come obiettivo delle nuove forme di regolazione “flessibile” da S. VALAGUZZA, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, in “Rivista della regolazione dei mercati”, 1, 2017, p. 121.

<sup>14</sup> C. SHORE and S. WRIGHT, *Coercive Accountability. The Rise of Audit Culture in Higher Education*, cit., pp. 62, 76.

<sup>15</sup> M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo liberario*, IF Press, Roma, 2018, p. 341.

<sup>16</sup> Ad esempio, S. DADUSH, *Impact Investment Indicators: A Critical Assess-*

mai dichiarato (e forse neppure sempre consapevole) – scopo, che è quello di sostituire i tradizionali sistemi di controllo con strumenti di calcolata manipolazione del comportamento. Naturalmente, gli indicatori, al pari di altri tipi di norme tecniche, possono – come accade ormai sempre più di frequente – acquistare validità ed efficacia dalla loro incorporazione nella regolazione giuridica. Ma il fatto di essere incorporati nella legislazione giuridica non li fa diventare per questo norme *giuridiche*<sup>17</sup>. Al contrario, esso testimonia della fatale tendenza dello stato a supplire alle inadeguatezze (e ai costi) delle forme di regolazione tradizionali legalizzando dispositivi normativi che sono di fatto espressioni di un potere che trascende l’ambito giuridico:

Le tecnologie disciplinari si fondano [...] su un discorso radicalmente eterogeneo rispetto alla scienza giuridica, un discorso [...] che non è più quello “della legge ma quello della normalizzazione” [...] L’essenza del potere disciplinare, con le sue istanze di normalizzazione, sta appunto nel suo essere un potere limitrofo alla pratica giudiziaria. Un potere che non colpisce infrazioni di una legge ma [...] tende piuttosto a sanzionare delle mere *irregolarità*, delle deviazioni rispetto a un paradigma di normalità. Al centro di tale civiltà normalizzatrice vi sono dunque delle tecnologie politiche che si articolano sullo spettro di un potere che oscilla tra l’istanza medica e l’istanza giudiziaria, avendo come punto focale una figura ibrida, quella dell’*anormale*, che coniuga in sé i tratti del malato e i tratti del criminale<sup>18</sup>.

---

ment, in K.E. DAVIS, A. FISHER, B. KINGSBURY and S. ENGLE MERRY (eds.), *Governance by Indicators. Global Power through Quantification and Rankings*, cit., p. 407; K.E. DAVIS, B. KINGSBURY and S. ENGLE MERRY, *Introduction: Global Governance by Indicators*, cit., pp. 10, 15; A. FISHER, *From Diagnosing Under-immunization to Evaluating Health Care Systems: Immunization Coverage Indicators as a Technology of Global Governance*, in K.E. DAVIS, A. FISHER, B. KINGSBURY and S. ENGLE MERRY (eds.), *Governance by Indicators. Global Power through Quantification and Rankings*, cit., p. 237.

<sup>17</sup> Sul carattere extra-giuridico, per non dire *anti-giuridico*, delle nuove forme di regolazione si veda M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, cit., cap. 5, dove l’argomento è discusso in profondità in riferimento al *nudge*.

<sup>18</sup> G. CAMPESI, *Norma, normatività, normalizzazione. Un itinerario teorico tra Canguilhem e Foucault*, “Sociologia del diritto”, 2, 2008, pp. 24-5. Per i riferimenti a Foucault si vedano le relative note a piè di pagina.

Questa caratterizzazione delle forme classiche di potere disciplinare ha inevitabilmente un sapore un po' retrò, ma non è difficile aggiornarla in modo che si adatti alla "civiltà normalizzatrice" incentrata sulla nuova forma di potere tecno-disciplinare: basta sostituire "istanza medica" ("giudiziaria") con "istanza tecnica" ("regolativa") e la figura tradizionale dell'"anormale" con quella del *non-conforme* (cioè del *non-performante*). Dopodiché i modi di funzionamento dei dispositivi tecno-disciplinari sono esattamente quelli di qualsiasi tecnologia disciplinare:

l'intervento disciplinare tende ad essere correttivo, l'afflizione che esso pratica è centrata sull'esercizio e l'addestramento. Ma allo stesso tempo il suo valore vuole essere qualificante: esso non pratica solo afflizioni, elargisce anche gratificazioni secondo una scala di qualificazione degli individui tarata sui diversi parametri di conformità, "attraverso la microeconomica di una penalità perpetua, si opera una differenziazione che non è più quella degli atti, ma degli individui stessi, della loro natura, delle loro virtualità"<sup>19</sup>.

In altri termini, anche se l'obiettivo immediato dell'intervento tecno-disciplinare è l'adattamento comportamentale, l'obiettivo ultimo è la costituzione di un soggetto conforme a un dato sistema di potere e sapere:

[il] "controllo normalizzatore", istanza di sorveglianza e controllo che "permette di qualificare, classificare e punire", è uno strumento di assoggettamento ed oggettivazione cruciale per il funzionamento dei meccanismi disciplinari [...] Esso consente in primo luogo quella visibilità permanente degli individui che è preconditione stessa del processo d'oggettivazione, ma soprattutto consente la fissazione delle identità individuali all'interno di quel "campo documentario" che costituisce la base indispensabile per "la costituzione dell'individuo oggetto descrivibile, analizzabile"<sup>20</sup>.

Solerti agenzie, dirette emanazioni burocratiche del potere tecno-disciplinare, si assumono il compito capillare di calcolare, misu-

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 24.

rare, valutare, elaborare *spreadsheet*, *checklist*, *league table*, *performance chart* (il “campo documentario” è quanto mai ampio e variato), compilare report, protocolli e dossier (gli *audit working paper*) in cui gli individui devono potersi riconoscere, ma solo come mere “datità” funzionali al sistema che le ha prodotte. Tutto il resto, a cominciare dalla storia personale e dall’identità vera, reale dell’individuo, non conta. Anzi, a forza di vedersi “oggettivato” in quella che, in effetti, altro non è che una nuda valutazione della sua conformità alle direttive del sistema, l’individuo finisce gradualmente per perdere le sue caratteristiche più salienti nello sforzo di riprodurre il tipo di “soggettività” che gli viene imposto come termine ultimo di identificazione. L’intero processo opera in modo straordinariamente efficiente. Accade infatti che anche chi svolge professioni un tempo sinonimo di esemplari caratteristiche (e qualità) personali come, diciamo, il professore di università, venga via via sempre più indotto a offrire al sistema quello che il sistema vuole, e non solo, come abbiamo visto sopra, per le pressioni esterne, ma anche (e soprattutto) accettando di vedere la sua attività e le sue competenze – in una parola la sua stessa esistenza professionale – valutate non per ciò che effettivamente sono, ma per il contributo che esse forniscono alla soddisfazione di certi standard – ad esempio, standard di “qualità” della ricerca, della didattica, ecc. – e impegnandosi con tutte le sue energie a massimizzare il suo adattamento agli standard fissati. Questo risultato è in gran parte dovuto al fatto che la conformità agli standard viene fatta percepire come l’adeguamento a un “paradigma di normalità” (efficienza, performatività) rispetto al quale gli incentivi positivi (“gratificazioni”) e negativi (“afflizioni”) operano come meccanismi, rispettivamente, di inclusione ed esclusione. Ad esempio, i professori che non si qualificano in base ai “parametri di conformità” prescritti dagli indicatori dell’Agenzia Nazionale per la Valutazione della Ricerca (ANVUR) sono esclusi dalla partecipazione alle commissioni nazionali per l’Abilitazione Scientifica Nazionale (ASA), dai collegi dei docenti dei dottorati, o subiscono altre forme di esclusione (perdita di prestigio, di opportunità di azione e di carriera, ecc., ecc.) come sanzione per il loro basso indice di *compliance*<sup>21</sup>. Questo sottile

---

<sup>21</sup> Per una penetrante critica delle procedure di valutazione dell’ANVUR vedi V. PINTO, *Valutare e punire*, Cronopio, Napoli, 2012 (2<sup>nd</sup> ed. 2014).

meccanismo illustra perfettamente l'essenza del potere tecnodisciplinare – ciò che lo rende così “radicalmente eterogeneo rispetto alla scienza giuridica” – e, al tempo stesso, dà ragione del fatto che la legalizzazione di simili meccanismi non può, per dirla con le ben studiate parole di Campesi, che risultare in

una sostanziale alterazione della struttura *funzionale e formale* del diritto. I meccanismi disciplinari tendono, infatti, a trasformare la *legge*, ciò che in tutta la teoria filosofico-giuridica liberale è uno strumento di protezione dell'autonomo agire sociale degli individui ed *ordinamento delle condotte*, in [...] uno strumento di minuta disciplina delle esistenze individuali [...] Il diritto, in quest'ottica, diviene esso stesso una tecnica di ortopedia sociale, strumento per dirigere e modellare le esistenze individuali, produrre nuove forme di soggettività<sup>22</sup>.

Esagerazioni? Forse. E tuttavia le implicazioni della crescente legalizzazione di dispositivi disciplinari vanno ben oltre l'alterazione del diritto – che si sta già verificando per effetto di diversi complessi e concomitanti fenomeni – dal momento che tendono a investire gli stessi processi di legittimazione democratica. Cerchiamo di approfondire la questione.

### 3. *Damned to expertocracy*<sup>23</sup>

I critici accademici del “governo degli standard e degli indicatori” sollevano il problema della legittimità di questo tipo di norme tecniche<sup>24</sup>. L'argomento comunemente avanzato dalle organizzazioni di standardizzazione è che sono “stabilite per consenso e approvate da un corpo riconosciuto”, il che solleva immediatamente

---

<sup>22</sup> G. CAMPESI, *Norma, normatività, normalizzazione. Un itinerario teorico tra Canguilhem e Foucault*, p. 30.

<sup>23</sup> *Damned to expertocracy* è il titolo di un'intervista a Peter Sloterdijk apparsa originariamente in “Der Tagesspiegel”, 24 giugno 2005 (traduzione inglese in *signandsight.com*).

<sup>24</sup> Ad esempio, B. FRYDMAN, *Prendre le standards et les indicateurs au sérieux*, cit., pp. 54-9.

due ulteriori questioni: 1) che genere di consenso? e 2) riconosciuto da chi? La Guida ISO/IEC<sup>25</sup> definisce il consenso come il risultato di una procedura sistematica per la rimozione di dissenso e opposizione:

il consenso è un accordo generale caratterizzato dall'assenza di ferma opposizione su temi sostanziali da parte di qualsiasi rappresentante importante degli interessi in gioco e da un processo che comporta la ricerca e la presa in esame delle posizioni di tutte le parti interessate e la conciliazione di tutti gli argomenti in conflitto [...] . Il consenso è un essenziale principio procedurale che richiede la risoluzione delle obiezioni sostanziali [...] Lo scopo è di risolvere le questioni importanti prima degli stadi finali di sviluppo.

Qui verrebbe spontaneo osservare che il consenso è un criterio notoriamente sospetto, e ancor più sospetto quando – come nel caso in esame – è il risultato di procedure che hanno per fine la rimozione del dissenso. E tuttavia non è questo l'aspetto più critico. L'aspetto più critico è dato dal fatto che l'elaborazione di norme di standardizzazione è una faccenda di pressoché esclusiva competenza di comitati tecnici. Come spiega bene Van Waeyenbege, nel processo di elaborazione

gli scambi tra le parti interessate riposano su dati di carattere scientifico, tecnico o empirico. Ciò si traduce nel fatto che i partecipanti sono nominati nei differenti comitati principalmente in ragione delle loro conoscenze nel dominio considerato e non per una legittimazione politica<sup>26</sup>.

Ne consegue che, del tutto indipendentemente da quanto ampio e “legittimo” possa essere il consenso (ma c'è ragione di dubitare,

---

<sup>25</sup> ISO and IEC stanno, rispettivamente, per International Organization for Standardization e International Electrotechnical Commission. La Guida ISO/IEC è reperibile nel sito ISO/COPOLCO ([https://www.iso.org/sites/ConsumersStandards/1\\_standards.html](https://www.iso.org/sites/ConsumersStandards/1_standards.html)).

<sup>26</sup> A. VAN WAEYENBEGE, *Le norms ISO, CEN et celles issues des consortiums privés: bric à brac ou système pour l'Union européenne?*, in B. FRYDMAN et A. VAN WAEYENBERGE (sous la direction de), *Gouverner par le standards et les indicateurs. De Hume aux rankings*, cit., p. 99.

visto che, ad esempio, la procedura ISO prevede che possa essere il presidente del competente comitato tecnico a decidere quando c'è un consenso sufficiente sugli standard proposti<sup>27</sup>, come dire: *Roma locuta, causa finita est*), la fonte vera e ultima di legittimità del processo di produzione normativa è l'autorità degli esperti (i "corpi riconosciuti" sono tali per nessun'altra ragione che il loro vantato sapere tecnico<sup>28</sup>). La cosa potrebbe anche non destare eccessive preoccupazioni se non fosse che, con la sempre più diffusa inclusione di normative tecniche nella legislazione, gli esperti si trovano ad assumere di fatto il ruolo di legislatori e, per di più, *legibus soluti*, cioè non vincolati alle ordinarie procedure democratiche di formazione della legge<sup>29</sup>. Il fenomeno di per sé è tutt'altro che sorprendente. In realtà, esso si inquadra perfettamente nel più ampio processo di privatizzazione delle funzioni pubbliche che ha interessato tutti gli stati democratici occidentali negli ultimi quarant'anni. Si tratta di cose note e arcinote. Mi sembra tuttavia che Crouch aggiunga un tocco di originalità all'analisi di questo processo<sup>30</sup> quando ne identifica la conseguenza principale, prima ancora che nella perdita di centralità normativa da parte dello stato, in una perdita di competenze e saperi:

Via via che le funzioni dello Stato sono appaltate ai privati, lo Stato comincia a perdere la competenza di fare cose che in precedenza gli riuscivano benissimo; man mano perde addirittura contatto con le conoscenze necessarie a comprendere il funzionamento di certe attività. È costretto dunque a subappaltare ancora di più e a pagare consulenti per farsi dire come fare il suo lavoro. Il governo diviene una sorta di idiota istituzionale, poiché le sue mosse sempre mal informate sono

---

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> K.E. DAVIS, B. KINGSBURY and S. ENGLE MERRY, *Introduction: Global Governance by Indicators*, cit., pp. 15, 18; C. SCOTT, *Standard-Setting in Regulatory Regimes*, in R. BALDWIN, M. CAVE and M. LODGE, *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 114-5.

<sup>29</sup> S. HABERL, *I legislatori occulti. Outsourcing legislativo ed espertocrazia nell'ordinamento tedesco*, "Politica del diritto", 3, 2018, p. 44.

<sup>30</sup> C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003. Ciò che si staglia sullo sfondo dell'impetosa analisi di Crouch è la convulsa rincorsa da parte dello stato del modello dell'impresa e dei suoi presunti criteri di razionalità ed efficienza.



anticipate e quindi sminuite dagli scaltri soggetti che agiscono nel mercato<sup>31</sup>.

Quando alla perdita di conoscenze si accompagna – come fenomeno in parte concomitante e in parte conseguente – la perdita di capacità di regolazione<sup>32</sup>, diventa quasi del tutto naturale per lo stato ricorrere a forme di sapere-potere in grado di svolgere, per suo conto e spesso in suo nome, quelle funzioni che non riesce più a svolgere – ad esempio, ricorrere alla consulenza di studi legali di grido per l’elaborazione di progetti legislativi, come è stato fatto in Germania<sup>33</sup>, oppure di prestigiosi scienziati comportamentali per attuare la sua trasformazione in “stato psicologico”, come è accaduto in Gran Bretagna a partire dalla metà degli anni ’90<sup>34</sup>. In ogni caso, ciò a cui assistiamo è la frenetica appropriazione da parte dello stato di meccanismi regolativi che operano al di fuori, quando non in contrasto, con i principi e i meccanismi su cui si fondava, e attraverso i quali si esercitava, la sua centralità normativa. È un fatto oltremodo significativo che gli effetti del trasferimento dei meccanismi di controllo sociale nelle mani di esperti, con la conseguente dislocazione dei regimi tradizionali di sapere-potere, tendano a imporsi con particolare forza in quello che è stato a lungo il principale centro di produzione del sapere. È il caso, già citato co-

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>32</sup> È essenzialmente a questo fenomeno che si riferisce C. SCOTT, C., *Regulation in the Age of Governance: the Rise of the Post-regulatory State*, cit. quando parla di “stato post-regolatore”. È fonte di qualche confusione il fatto che altri, con una diversa prospettiva analitica (ad esempio K. YEUNG, *The Regulatory State*, in R. BALDWIN, M. CAVE and M. LODGE (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 64-85), si riferiscano allo stesso fenomeno come “stato regolatore”. Per i nostri scopi in questo saggio l’etichetta più appropriata è certamente quella di “stato valutatore” (G. NEAVE, *The Evaluative State. Institutional Autonomy, and Re-engineering Higher Education in Western Europe. The Prince and His Pleasures*, Palgrave, London, 2012; D. GIANNONE, *Neoliberalization by Evaluation. Explaining the Making of Evaluative State*, in “Partecipazione e Conflitto. The Open Journal of Sociopolitical Studies”, 9, 2016, pp. 495-516).

<sup>33</sup> S. HABERL, *I legislatori occulti. Outsourcing legislativo ed espertocrazia nell’ordinamento tedesco*, cit.

<sup>34</sup> R. JONES, J. PYKETT and M. WHITEHEAD, *Changing Behaviours. On the Rise of the Psychological State*, Elgar, Cheltenham, 2013.

me paradigmatico, dell'università, investita da un processo di "normalizzazione" che, oltre a "trasferire fuori dei suoi muri il potere di definire e imporre le proprie norme"<sup>35</sup>, ne ha decretato l'asservimento a logiche aggressive di valutazione, competizione ed esclusione. Gli stessi strumenti tradizionali di garanzia della comunità scientifica sono stati piegati a queste logiche. Ad esempio, la *peer review*, originariamente introdotta per esercitare un controllo sulla pubblicazione dei prodotti della ricerca, è diventata uno strumento di controllo istituzionale e di rafforzamento del relativo "sistema di inclusione ed esclusione"<sup>36</sup>. Nuove identità professionali (e umane) vengono forgiate per effetto degli sforzi congiunti "di nuove categorie di esperti, fra i quali *educational development consultant, quality assurance officer, staff development trainer e teaching quality assessor*"<sup>37</sup>, spesso reclutati tra gli stessi accademici.

Questi specialisti assolvono quattro ruoli principali. Primo, sviluppano una nuova conoscenza esperta e un discorso che creano le classificazioni per un nuovo *framework* o *template* di norme, una griglia normativa per la misurazione e la regolazione della performance organizzativa e individuale. Secondo, la loro griglia ed expertise sono usate per il design di procedure istituzionali finalizzate a impostare obiettivi e valutare risultati. Terzo, alcuni di questi esperti dotano di personale e gestiscono i nuovi meccanismi e sistemi regolativi e giudicano i livelli di *compliance* o di devianza. Quarto, hanno un ruolo terapeutico e salvifico: essi guidano gli individui nell'apprendimento dell'arte di migliorare se stessi e li indirizzano verso le norme desiderate<sup>38</sup>.

Non importa se le "norme desiderate" non sono desiderate dagli individui ai quali sono rivolte, né che il "nuovo *framework* o *template*" normativo coinvolga unicamente quegli aspetti della loro esistenza professionale che trovano corrispondenza nella "forma semplificata e processata", cioè quantificata e standardizzata, che consente di

---

<sup>35</sup> A. VINOKUR, *La normalization de l'université*, cit., p. 236.

<sup>36</sup> G. RAUNIG, *Factories of Knowledge, Industries of Creativity*, semiotext(e), Los Angeles, 2013, p. 35.

<sup>37</sup> C. SHORE and S. WRIGHT, *Coercive Accountability. The Rise of Audit Culture in Higher Education*, cit., p. 62.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

utilizzarli come criteri di misurazione e di regolazione<sup>39</sup> – e ciò malgrado l’ovvia considerazione che gli aspetti facilmente quantificabili sono spesso meno importanti di quanto faccia presumere la rilevanza ad essi conferita dagli indicatori. L’essenziale è che il sistema funziona: alla fine, non solo le singole identità professionali, ma gli stessi processi di produzione della conoscenza vengono riplasmati – incasellati in programmi di ricerca minuziosamente articolati (ad esempio, Horizon 2020), pianificati in progetti di ricerca dettagliatamente formalizzati e sottoposti a selezioni selvaggiamente competitive e a spietate procedure di verifica dei risultati (e, soprattutto, dei finanziamenti) – così da adattarsi alla fondamentale esigenza del tecnopotere di ridurre l’intero dominio del sapere ai suoi criteri.

#### 4. Conclusioni

Potrebbe sembrare avventato – ma a ben riflettere non lo è affatto – dire che ciò che il potere tecno-disciplinare persegue con i suoi mezzi è un progetto normativo che mira a trasformare gli individui in soggetti non solo acquiescenti, ma perfettamente identificati con i suoi fini. Naturalmente, c’è da aspettarsi che coloro che esercitano questo potere saranno piuttosto restii ad ammetterlo: essi dichiarano di agire in nome dell’efficienza, della semplificazione, della razionalità – e non si può escludere che le credano davvero. In ogni caso, il risultato non cambia. Ma non ritengo necessario tornare sull’argomento. Vorrei invece, in conclusione, soffermarmi su un altro argomento. Si sostiene, a ragione, che forme di potere esperto hanno sempre giocato un ruolo centrale in tutti i moderni apparati di governo. Max Weber ha addirittura identificato nel “sapere specializzato” la fonte del sistema formalmente e tecnicamente più razionale di potere<sup>40</sup> – ma pur sempre un potere “di servizio” nel senso che, come chiosa Marcuse<sup>41</sup>, “[p]ropriamente è l’apparato che domina; infatti il potere,

---

<sup>39</sup> N. JOHNSON, *Dons in Decline*, in “Twentieth Century British History”, 5, 1994, p. 379.

<sup>40</sup> M. WEBER, *Economia e società. I. Teoria delle categorie sociologiche*, Edizioni di Comunità, Torino, 1999, p. 218.

<sup>41</sup> H. MARCUSE, *Critica della società repressiva*, Feltrinelli, Milano, 1968, p. 15.

fondato sulla conoscenza specializzata, agisce nell'apparato soltanto quando è adeguato alle sue esigenze e possibilità tecniche". Oggi però i rapporti si sono invertiti. Gruppi di esperti definiti ("legittimati") dalla loro specializzazione nei rispettivi campi di conoscenza impongono all'"apparato" le proprie esigenze e determinano le sue possibilità tecniche. Ovviamente, tutti sono consapevoli che gli esperti si rivelano spesso tutt'altro che affidabili: hanno i loro interessi (che possono entrare – e spesso di fatto entrano – in conflitto con l'interesse pubblico); sono soggetti a pressioni (soprattutto economiche); sono immersi nel *mainstream* delle loro aree di competenza e quindi portatori di opinioni preconcepite e forme di pensiero schematiche (gli indicatori presentano spesso il mondo in bianco e nero<sup>42</sup>, e comunque sono molto meno indipendenti nel loro giudizio di molti profani (e anche molto meno disposti a consentire che esso venga sottoposto a esame critico). Tutto ciò è non solo risaputo, ma anche oggetto di più o meno riusciti tentativi e propositi di porvi riparo<sup>43</sup>. Ciò nondimeno, gli esperti appaiono sempre di più come gli accorti manager di una razionalità che si impone come criterio di regolazione universale. Sul destino di questa razionalità sono state dette molte cose. Una delle cose che più sono state dette è che essa contiene in sé il suo negativo. Stiamo a vedere.

## Appendice. Nota sul rituale

I rituali sono parte integrante di tutti i sistemi di potere<sup>44</sup>. Il tecno-potere si serve di quelli che, nel suo saggio sulle tecniche di management che vanno sotto il termine – entrato ormai universalmente in uso – di "audit", Power ha etichettato come "rituali di ve-

---

<sup>42</sup> K.E. DAVIS, B. KINGSBURY and S. ENGLE MERRY, *Introduction: Global Governance by Indicators*, cit., pp. 8-9.

<sup>43</sup> O. PEREZ, *Can Experts be Trusted and What Can Be Done About It? Insights from the Biases and Heuristics Literature*, in A. ALEMANNI and A-L. SIBONY (eds.), *Nudge and the Law. A European Perspective*, Hart, Oxford and Portland, 2015, pp. 115-37.

<sup>44</sup> P. SCARDUELLI, *I riti del potere. Uno sguardo antropologico dalle comunità primitive alle società moderne*, Carocci, Roma, 2014.

rifica”: “‘rituali razionalizzati di ispezione’ che producono comfort, e quindi legittimità organizzativa, fornendo strutture *formali* di controllo e misure di performance verificabili”<sup>45</sup>. La parola in corsivo identifica già quel tratto del rituale, nella sua accezione propria, antropologica, per cui esso risulta funzionale alla creazione di un ordine al tempo stesso simbolico e normativo. Questa funzione del rituale emerge con chiarezza dallo studio di Harper sulle missioni di audit del Fondo Monetario Internazionale. Scrive Harper:

è in parte attraverso il rituale che l’importanza simbolica degli eventi viene dimostrata e realizzata. Inoltre, è attraverso questi stessi rituali che viene affermato lo status simbolico dei partecipanti. Senza rituale, le caratteristiche essenziali degli eventi – in questo caso le discussioni sulle policy – risulterebbero cambiate. Questo carattere assicura che l’esito di tali meeting [cioè i meeting in cui vengono discusse le policy] venga trattato come consequenziale; o, per dirla altrimenti, assicura che questi sono meeting che *contano*<sup>46</sup>.

“Contano”, spiega Harper, va inteso nel duplice senso che 1) i meeting sono rilevanti, e 2) gli eventi che occorrono al loro interno riguardano essenzialmente dati numerici. Tali dati “non sono semplicemente aritmetici ... ma sono anche lo stadio finale di un processo sociale che trasforma dei ‘numeri muti’ in numeri che hanno una ‘voce’”<sup>47</sup>. Questo processo “costituisce, in parte, una *trasformazione morale*” nel senso che

quando un numero è stato approvato può spiazzare altri numeri con il risultato che a volte questi altri numeri vengono espulsi o retrocessi a uno status di non convalida (cioè espunti dai dati). Sotto questo profilo, si potrebbe dire che le missioni fanno in qualche misura il lavoro di creare un ordine morale<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> M. POWER, *The Audit Culture. Rituals of Verification*, Oxford University Press, Oxford, 1997, p. 96.

<sup>46</sup> R. HARPER, *The Social Organization of the IMF’s mission work: an examination of international auditing*, in M. STRATHERN (ed.), *Audit Cultures. Anthropological Studies in Accountability, Ethics and the Academy*, cit., p. 24.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 47.

Dal punto di vista del rituale, la creazione di un ordine morale svolge sempre anche una funzione oggettivante – nel caso in esame è “un mezzo con cui gli individui coinvolti pervengono a rendere visibile l’oggettività del loro lavoro”<sup>49</sup> e a presentarne il risultato “come una realtà che non può essere messa in discussione”<sup>50</sup>. Ma per questo è necessario che tra i partecipanti al rituale vi siano “esperti che fanno il *loro* lavoro”<sup>51</sup>. Gli esperti sono i depositari della competenza rituale; a essi vengono riconosciuti un prestigio e un potere superiori.

È in questo senso che si costituisce una base morale ai policy meeting: le attività in questi meeting [vengono] intraprese dagli esperti in questo campo. [Sono] le loro determinazioni a contare, le loro valutazioni di quello che [è] il modo giusto di fare le cose a importare<sup>52</sup>.

*Mutatis mutandis*, ritroviamo gli stessi meccanismi simbolico-rituali nei regimi di audit accademici. In questo caso, la funzione del rituale è creare un ordine morale che riproduce le caratteristiche del sistema disciplinare. Il ripetersi ciclico delle pratiche disciplinari (valutazioni della qualità della ricerca e della didattica, classificazioni di docenti e ricercatori, ecc.) mira infatti a instaurare quella che Marilyn Strathern ha, con molta appropriatezza, definito “*morality of attainment*”<sup>53</sup> – una moralità di raggiungimento o conseguimento – imperniata sul valore fondamentale dell’*improvement*, della tensione al continuo miglioramento. Gli indicatori svolgono un ruolo essenziale nel rituale. Come misure di *improvement*<sup>54</sup>, essi rendono visibili sia gli obiettivi sia il loro raggiungimento<sup>55</sup> con-

---

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>50</sup> P. SCARDUELLI, *I riti del potere. Uno sguardo antropologico dalle comunità primitive alle società moderne*, cit., p. 36.

<sup>51</sup> R. HARPER, *The Social Organization of the IMF’s mission work: an examination of international auditing*, cit., p. 49.

<sup>52</sup> *Ibidem*. Cfr. M. POWER, *The Audit Culture. Rituals of Verification*, cit., p. 127.

<sup>53</sup> M. STRATHERN, ‘Improving Ratings’: *Audit in the British University System*, in “European Review”, 3, 1997, p. 307.

<sup>54</sup> K.E. DAVIS, B. KINGSBURY and S. ENGLE MERRY, *Introduction: Global Governance by Indicators*, cit., p. 7.

<sup>55</sup> Come osserva M. POWER, *The Audit Culture. Rituals of Verification*, cit.,

sentendone la verifica mentre riducono le possibilità di resistenza alla *compliance* rituale. In questo modo, da dispositivi meramente tecnici gli indicatori diventano strumenti simbolici in grado di esercitare un'azione "moralizzatrice" (essi, per così dire, fondono insieme l'essere e il dover essere). Una parola a parte merita l'appello, anch'esso rituale, all'introduzione e all'impiego di *information technology*. L'uso di "nuovi strumenti" per la didattica – piattaforme digitali, corsi di studio online, ecc. – viene non solo raccomandato, ma imposto come criterio di valutazione. Anche in questo caso il meccanismo simbolico (e disciplinare) è evidente. Come strumento di miglioramento della qualità dell'insegnamento e dell'apprendimento *l'information technology* rimanda infatti a un insieme di "valori" – innovazione, efficienza, dinamismo culturale, ecc. – che rende inevitabile il suo impiego mentre legittima il trasferimento delle pratiche del tecno-potere all'intero campo dell'educazione superiore.

---

pp. 30-1: "Gli obiettivi devono essere sufficientemente concreti da essere percepiti come utili al soddisfacimento delle necessità programmatiche, ma non tanto chiari che gli estranei possano facilmente giudicare il successo o il fallimento del processo nel raggiungerli". In questo modo, il rituale conserva quei tratti di "oscurità" che sono propri di ogni rituale e che rappresentano una componente essenziale della sua "autorità" (si pensi, ad esempio, al ruolo che formule e azioni incomprensibili ai profani hanno nell'esecuzione di molti rituali).

Michele Ubertone e Tommaso Meani<sup>1</sup>

## **La guerra dei Leviatani. Perché la globalizzazione impedisce agli Stati di realizzare il bene comune**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Questioni di metodo. – 2.1. La “giustizia” in una *black box*. – 2.2. Due assunti. – 2.3. Il criterio di Beccaria. – 3. Due tipi di norme. – 3.1 Le norme coordinative. – 3.2. Le norme politiche. – 4. Gli effetti della globalizzazione. – 4.1. Il declino delle norme politiche. – 4.2. Il declino delle norme coordinative. – 5. Conclusioni.

### **1. Introduzione**

Ogni anno nel mondo si producono circa 380 milioni di tonnellate di plastica<sup>2</sup>. Si stima che la plastica prodotta a partire dagli anni '50 a oggi ammonti attorno a 6,3 miliardi di tonnellate. Se non si conta quella che è stata riciclata (circa il 9% del totale) e quella che è stata bruciata contribuendo all'inquinamento atmosferico (12%), tutta questa plastica esiste ancora, da qualche parte, nel nostro pianeta, per lo più sotto forma di rifiuti. Questi rifiuti danneggiano in modo sempre più pervasivo l'habitat necessario per la vita degli esseri umani. Da un lato, i materiali plastici sono economici, duraturi ed estremamente versatili: per questo l'industria se ne serve in modo così massiccio. Dall'altro, la loro struttura chimica li rende resi-

---

<sup>1</sup> Il presente articolo nasce da un'elaborazione comune. I paragrafi 1,2, 2.1, 2.2., 2.3, 3 sono materialmente ascrivibili a Michele Ubertone; i paragrafi 3.1 e seguenti a Tommaso Meani.

<sup>2</sup> *The Known Unknowns of Plastic Pollution*, in “The Economist”, in [www.economist.com/international/2018/03/03/the-known-unknowns-of-plastic-pollution](http://www.economist.com/international/2018/03/03/the-known-unknowns-of-plastic-pollution).



stenti ai naturali processi di degradazione, causandone una lunga permanenza nell'ambiente. Questi due fattori, presi assieme, rendono l'inquinamento ambientale da plastica un problema di proporzioni sempre maggiori. La scelta più saggia per la nostra specie sarebbe quella di smettere di produrre plastica: esistono altri materiali meno dannosi in grado di sostituirla<sup>3</sup> e il beneficio che traiamo oggi dai beni che con essa vengono prodotti verosimilmente non giustifica l'enorme danno che quegli stessi beni ci recherebbero, una volta diventati rifiuti. Se tutti gli stati del pianeta proibissero, o regolassero severamente, la produzione di plastica il problema sarebbe, se non risolto, almeno notevolmente arginato. Ma allora perché non sono stati ancora presi provvedimenti seri in merito? Perché, come specie, in questo caso come in molti altri casi gli esseri umani non sono in grado di fare quella che sul piano teorico appare chiaramente come la cosa *giusta* da fare?

Sfortunatamente, senza un'azione coordinata lo sforzo di un singolo stato per risolvere il problema risulterebbe inefficace. Se uno stato decidesse di proibire la produzione di plastica sul proprio territorio, esporrebbe la propria economia a un danno enorme. Diverse imprese, incapaci di convertirsi perché direttamente coinvolte nella produzione di plastica, sarebbero costrette a chiudere, mentre i costi di produzione di molte altre imprese aumenterebbero in modo tale da renderle incapaci di competere sul mercato globale. Questo inciderebbe negativamente sull'intera economia del paese, riducendo il PIL *pro capite* e verosimilmente il benessere di tutti cittadini. Inoltre, l'impegno unilaterale di uno stato, o anche di un gruppo di stati, non sarebbe sufficiente per sventare il disastro ambientale che la plastica sta producendo né potrebbe incidere in modo significativo su di esso. Il sacrificio potrebbe essere del tutto inutile.

Lo stesso discorso può essere ripetuto rispetto a molte altre sfide che l'umanità è chiamata ad affrontare nel tempo presente: il cambiamento climatico, lo sviluppo esponenziale dell'intelligenza artificiale, dell'ingegneria genetica e di altre tecnologie rischiose, la disciplina del nucleare eccetera. Questi problemi, alcuni dei quali

---

<sup>3</sup> A. BERNHARD, *The Natural Products That Could Replace Plastic*, 2019, in BBC, [www.bbc.com/future/article/20190125-the-natural-products-that-could-replace-plastic](http://www.bbc.com/future/article/20190125-the-natural-products-that-could-replace-plastic).

pongono rischi esistenziali<sup>4</sup> per l'*homo sapiens*, appaiono ingovernabili con gli assetti istituzionali attualmente esistenti. Più in generale, sembra che il contesto globale abbia creato una condizione critica nella quale le tecniche di cooperazione finora sperimentate dagli esseri umani per realizzare qualsiasi ideale etico su larga scala falliscono sistematicamente<sup>5</sup>.

Secondo lo psicologo statunitense Michael Tomasello<sup>6</sup>, la spiccata capacità di individuare interessi collettivi e agire in modo coordinato, anche su larga scala, al fine di ottenerli è uno dei tratti che hanno reso possibile il successo evolutivo della nostra specie. La più basilare differenza tra gli umani e gli altri primati sembra essere appunto la capacità degli umani di sviluppare un'intenzionalità collettiva, che permette di decidere in ampi gruppi se ammettere come "giusti" o respingere come "ingiusti" determinati compor-

---

<sup>4</sup>Nick Bostrom, direttore del Future of Humanity Institute di Oxford, definisce il concetto di rischio esistenziale in questo modo: "An existential risk is one that threatens the premature extinction of Earth-originating intelligent life or the permanent and drastic destruction of its potential for desirable future development" (N. BOSTROM, *Existential Risk Prevention as Global Priority*, in "Global Policy", 1, 2013, p. 15). Secondo Bostrom: "Although it is often difficult to assess the probability of existential risks, there are many reasons to suppose that the total such risk confronting humanity over the next few centuries is significant. Estimates of 10-20 per cent total existential risk in this century are fairly typical among those who have examined the issue" (*ibidem*).

<sup>5</sup>Secondo Tom Hale, David Held e Kevin Young, "[t]he Earth has become a 'smaller' place over the past century as our individual and national fates are increasingly intertwined. Our world is now enmeshed as trade, finance, communication, pollutants, violence, and many other factors flow across borders and lock the well-being of countries and individuals into common patterns. This has created a system of structural vulnerability; our actions directly affect the lives of others in distant corners of the world, and vice versa" (T. HALE, D. HELD e K. YOUNG, *Gridlock. Why Global Cooperation Is Failing When We Need It Most*, Polity Press, Cambridge (UK), 2013, p. 2). Tutto questo ha portato allo sviluppo di istituzioni internazionali di vario genere, per lo più create con accordi internazionali. Ma, secondo gli autori, queste si stanno rivelando incapaci di realizzare gli scopi per cui sono nate. Ci sarebbe un crescente divario tra esigenze regolative ed effettiva capacità di regolare: "the growing gap between our need for global solutions and the flagging ability of multilateral institutions to meet that need" (*ibidem*, p. 3).

<sup>6</sup>M. TOMASELLO, *A Natural History of Human Morality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2016, p. 85.

tamenti o assetti sociali<sup>7</sup>. Un aspetto di questa capacità sembra essere l'attitudine a controllare, attraverso apposite istituzioni, i comportamenti egoistici di alcuni individui a vantaggio di comunità più ampie su cui quei comportamenti rischiano di ripercuotersi negativamente. Ebbene, diversi segnali suggeriscono che nell'attuale momento storico si sia vicini a un punto di svolta, in cui la scala delle ripercussioni negative delle azioni umane individuali diventa più ampia della sfera di controllo delle istituzioni preposte alla realizzazione del bene comune.

In particolare, la forma stato, che a partire dal diciassettesimo secolo ha rappresentato lo strumento istituzionale privilegiato per il coordinamento e la disciplina delle condotte umane, sembra essere entrata in crisi. Gli agenti privati, individui e imprese, possono oggi sottrarsi alle norme, spostandosi in modo strategico da uno stato all'altro. Questo fenomeno costringe gli stati stessi a comportarsi in modo strategico. La legge, atto politico per eccellenza, in quanto tale "libero nel fine", e, secondo la tradizionale dottrina giuripubblicistica, capace di incidere autoritativamente e unilateralmente sulla sfera giuridica dei cittadini, in realtà oggi non può più pretendere da essi un'obbedienza incondizionata. Lo stato riesce a incidere sulla realtà attraverso le proprie norme solo a condizione di risultare "competitivo" sul piano globale. La legge è efficace nel realizzare i propri obiettivi solo se riesce attrarre o conservare

---

<sup>7</sup> Mentre la tradizione psicologica ha a lungo considerato la morale un prodotto puramente culturale, Tomasello suggerisce che esso avrebbe alcune radici biologiche evolutive. Secondo alcuni studi recenti (M. TOMASELLO, *A Natural History of Human Morality*, cit., pp. 76-77), il bambino umano, che Sigmund Freud descriveva come un essere essenzialmente amorale, esibirebbe fin dalla più tenera età comportamenti cooperativi ispirati a un rudimentale senso di giustizia. Gli uomini si impegnano a cooperare gli uni con gli altri, sentono l'obbligo di rispettare i propri impegni, considerano meritevoli gli individui che cooperano coi loro simili e colpevoli gli individui che non cooperano, si sentono in colpa quando non cooperano (specie quando si sono impegnati a farlo) e considerano eque certe ripartizioni delle risorse disponibili e inique certe altre (specie quando si tratta di ripartire risorse tra persone che hanno cooperato) (M. TOMASELLO, *Précis of a Natural History of Human Morality*, in "Philosophical Psychology", 5, 2018, p. 661). In breve, la capacità di elaborare una nozione comune di giusto e ingiusto e di agire in modo coordinato, su larga scala, in base ad essa sembra essere uno dei tratti che hanno reso possibile la sopravvivenza e diffusione della specie umana nel pianeta Terra.

nel proprio ambito territoriale di applicazione una quantità sufficiente di agenti.

La tesi di questo articolo è che la globalizzazione produce una progressiva lotta al ribasso tra stati, una situazione in cui, al fine di conservare le risorse necessarie per il loro funzionamento, essi sono costretti ad alterare i loro standard etici, riducendo le proprie pretese verso i cittadini. Lo stato non è più un Leviatano onnipotente, dotato di un monopolio regolativo sul proprio territorio, ma un agente normativo limitato, i cui poteri sono condizionati dalle scelte di altri agenti e che al pari dei privati deve comportarsi in modo strategico e fare compromessi nel perseguimento dei propri scopi. Ciascuno stato si trova sempre più spesso a dover compiere uno strano bilanciamento. L'esigenza di tutelare qualsiasi bene comune – sia esso la salubrità delle acque, il clima, la libertà dei lavoratori o la previdenza sociale – si scontra continuamente con l'esigenza di mantenersi competitivo sul piano globale. In questo modo, lo stato diventa incapace di svolgere la sua principale finalità istituzionale: guidare le azioni individuali verso la realizzazione di ideali etici condivisi. In altre parole, la tesi dell'articolo è che nel contesto globale gli stati diventano progressivamente incapaci “di fare giustizia” o di “realizzare il bene comune”. Chiariremo nel prossimo paragrafo che cosa intendiamo per “giustizia” e “bene comune”, espressioni che utilizzeremo come sinonime.

## 2. Questioni di metodo

### 2.1. La “giustizia” in una *black box*

Sembrirebbe che la tesi che intendiamo sostenere debba necessariamente impegnarci sul piano normativo. Sembrirebbe, cioè, che un presupposto per poter affermare che la globalizzazione si pone come un ostacolo al potere degli stati “di fare giustizia” o di “realizzare il bene comune” sia quello di impegnarci, in ambito etico, fornendo una definizione specifica del concetto di giustizia o di bene comune. Indipendentemente dalla definizione prescelta, questo renderebbe le conclusioni di questo articolo inaccettabili per

buona parte dei lettori, data la grande varietà di opinioni circa il contenuto da assegnare a qualsiasi concetto etico. L'ambizione del modello che proporremo perciò è quella di dimostrare la nostra tesi mantenendo il discorso sul piano descrittivo e ponendo i concetti assiologici, di "giustizia" o "bene comune", per così dire, dentro una *black box*. Nelle nostre intenzioni, dunque, le conclusioni che raggiungeremo dovrebbero apparire plausibili indipendentemente dall'orientamento etico o politico del lettore.

## 2.2. Due assunti

Muoveremo però da due assunti, che riteniamo altamente condivisibili. Crediamo che questi due assunti siano sufficienti per delineare il nostro modello, che in questo modo diventerà compatibile con tutte le principali concezioni che si contendono il campo in ambito morale.

1. Il primo assunto è che per "fare giustizia" o "realizzare il bene comune", che dir si voglia, sia necessaria l'imposizione di regole il cui rispetto rappresenta un *costo*<sup>8</sup> per almeno alcuni agenti, in termini di tempo, libertà o denaro. Per esempio, un'impresa che debba produrre un certo bene sosterrà dei costi più elevati se oltre al rispetto delle regole tecniche necessarie per realizzare quel bene dovrà *anche* ottemperare a delle regole giuridiche orientate alla tutela dell'ambiente o dei diritti dei lavoratori. Quale che sia la corretta concezione della giustizia, per realizzarla in un dato contesto sociale sarà necessario prescrivere alcune condotte e vietarne altre, limitando in questo modo la libertà di almeno alcuni individui<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> L'imposizione di questo genere di regole, onerose per alcuni agenti, è necessaria, ma può essere altrettanto necessaria per realizzare il bene comune anche l'istituzione di regole che non comportano alcun costo, in particolare norme volte a risolvere cosiddetti problemi di coordinazione pura.

<sup>9</sup> Persino una concezione libertaria della giustizia, come quella di Robert Nozick, che propone quasi uno smantellamento dell'ordinamento statale per come lo conosciamo, richiede comunque per la sua attuazione pratica uno "stato minimo": per esempio per Nozick perché la giustizia sia realizzata è necessario imporre agli

2. Il secondo assunto è che le regole impiegate allo scopo di “fare giustizia” o “realizzare il bene comune” siano essenzialmente riducibili a due categorie. Quale che sia la corretta concezione della giustizia, essa richiederà sempre un certo tipo di regole finalizzate a risolvere problemi di coordinazione che impediscono la massimizzazione dell'utilità, che chiameremo *norme coordinative*, e/o un altro tipo di regole finalizzate a ridistribuire le risorse in modo non casuale, ma orientato a un qualche criterio di merito, responsabilità o bisogno, che chiameremo *norme politiche*. Molte norme hanno natura sia coordinativa che politica, ma possiamo affermare che non esiste alcuna norma razionale che non abbia né l'una né l'altra di queste finalità<sup>10</sup>.

### 2.3. Il criterio di Beccaria

Sulla base di questi due assunti, cercheremo di sviluppare il nostro ragionamento mettendoci nei panni di un legislatore giusto e razionale: un legislatore, potremmo dire, illuminato, impegnato a realizzare al meglio delle proprie possibilità un ideale di giustizia sul proprio territorio. Al principio della sua opera *Dei delitti e delle pene*, Cesare Beccaria fornisce un utile criterio per determinare come un legislatore giusto e razionale debba comportarsi. Scrive Beccaria:

[n]essun uomo ha fatto il dono gratuito di parte della propria libertà in vista del ben pubblico; questa chimera non esiste che ne' romanzi;

---

agenti la regola secondo cui i contratti vanno rispettati o quella secondo cui bisogna astenersi dal furto. (R. NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, Basic Book, Oxford (UK), 1974. p. ix e pp. 26-53).

<sup>10</sup>Questa bipartizione è ispirata alla tripartizione proposta da E. ULLMAN-MARGALIT, *The Emergence of Norms*, Clarendon, Oxford, 1977, che distingue tra *prisoner dilemma norms*, *co-ordination norms* e *norms of partiality*. Nella nostra classificazione, le *prisoner dilemma norms* e le *co-ordination norms* rientrano entrambe nella categoria delle norme coordinative; mentre le norme politiche coincidono essenzialmente con le *norms of partiality* di Ullman-Margalit. Va segnalato che le due categorie di norme non sono mutualmente esclusive, perché possono esistere norme che sono al contempo coordinative e politiche. Per un esempio, v. nota 18.

se fosse possibile, ciascuno di noi vorrebbe che i patti che legano gli altri, non ci legassero [...]. Fu dunque la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: egli è adunque certo che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzion possibile, quella sola che basti a indurre gli altri a difenderlo. L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso e non giustizia, è fatto, ma non già diritto<sup>11</sup>.

Nel ragionamento che segue supporremo pertanto che il legislatore si attenga a questo criterio nelle sue scelte normative: date due norme capaci di produrre i medesimi risultati in termini di “bene comune” o “giustizia”, dovrà essere sempre preferita la norma che determina un minor sacrificio o per dirla in termini economici un minor *costo* per la libertà dei consociati. Chiameremo questo criterio *criterio di Beccaria*. Probabilmente, Beccaria aveva un'idea utilitaristica di cosa significasse fare giustizia: significava massimizzare l'utilità totale del sistema. Noi invece in accordo con il nostro proposito metodologico di adottare una nozione generica e imparziale di “giustizia” o “bene comune” immagineremo che fare giustizia significhi salvaguardare l'utilità complessiva del sistema assoggettato al suo governo e/o distribuire le risorse tra i consociati secondo un qualche criterio non casuale di equità.

Mostreremo che, in un contesto in cui gli agenti hanno la possibilità di spostarsi liberamente e con costi ridotti al di fuori del raggio d'azione del legislatore, quest'ultimo sarà ostacolato nella realizzazione di entrambi questi scopi. In un primo momento, valuteremo in che modo le norme coordinative e le norme politiche incidano sulla condotta degli agenti. In un secondo momento, vedremo come la globalizzazione renda inefficaci entrambe queste categorie di norme.

---

<sup>11</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in ID., *Opere*, Sansoni, Firenze, 1958, p. 49.

### 3. Due tipi di norme

#### 3.1. Le norme coordinative

Una spiegazione classica della necessità di norme coordinative è fornita da Thomas Hobbes, nella sua opera più famosa, *Il Leviatano*. Secondo Hobbes, nello stato di natura, una condizione ipotetica che precede l'istituzione della società, gli uomini si trovano in una situazione di perenne lotta di tutti contro tutti, che produce risultati sub-ottimali sia per gli individui sia per la comunità nel suo complesso. Anche se la cooperazione determinerebbe una situazione più favorevole per tutti rispetto allo stato di natura, in assenza di norme che ne limitino la libertà o che ne puniscano i comportamenti dannosi verso gli altri, gli individui preferiranno comportarsi in modo egoistico anziché in modo cooperativo. È proprio per uscire da questa situazione sub-ottimale che, secondo Hobbes, diventa necessario l'intervento del Leviatano: un soggetto politico *super partes* dotato del potere di istituire norme e imporre sanzioni. Minacciando sanzioni, il Leviatano modifica il comportamento degli individui della comunità e ottiene un coordinamento tra le loro condotte vantaggioso per ciascuno di essi, che altrimenti non sarebbe stato possibile<sup>12</sup>. Lo scenario immaginato da Hobbes può essere rappresentato servendosi della teoria dei giochi e può essere descritto come un dilemma del prigioniero<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Né Hobbes, né altri contrattualisti pensavano al contratto sociale come a un evento storico effettivamente verificatosi. Oggi però si ipotizza che il passaggio evolutivo fondamentale che ha distinto i primi umani dalle altre grandi scimmie si sia realizzato attraverso veri e propri accordi, collocabili nel tempo e nello spazio che hanno consentito da un certo momento in avanti l'organizzazione delle prime tribù: "These supraindividual social structures are a very long way from full civil societies—they are only local and temporary joint commitments between two collaborative partners—but they are nonetheless real and full agreements. Early humans collaborating in joint intentional activities, initiated and self-regulated by explicit joint commitments, thus represent the first evolutionary step in a natural history of the human social contract" (M. TOMASELLO, *A Natural History of Human Morality*, cit., p. 78).

<sup>13</sup> Cfr. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), 1990, p. 238 e E. ULLMAN-MARGALIT, *The Emergence of Norms*, cit., p. 62.



Stato di natura			Società civile, dove il Leviatano impone una sanzione all'agente che non coopera ( $S = -3$ )		
	Agente A Cooperazione	Agente A Non cooperazione		Agente A Cooperazione	Agente A Non Cooperazione
Agente B Cooperazione	Utilità A: 3 Utilità B: 3	Utilità A: 4 Utilità B: 1	Agente B Cooperazione	Utilità A: 3 Utilità B: 3	Utilità A: 4-3 = 1 Utilità B: 1
Agente B Non cooperazione	Utilità A: 1 Utilità B: 4	Utilità A: 2 Utilità B: 2	Agente B Non cooperazione	Utilità A: 1 Utilità B: 4-3 = 1	Utilità A: 2-3 = -1 Utilità B: 2-3 = -1

Immaginiamo per semplicità una società composta da due soli individui. La prima matrice rappresenta l'utilità<sup>14</sup> che questi possono ottenere nello stato di natura quando cooperano e quando non lo fanno. I due potrebbero accordarsi sul rispetto di una regola e ottenere entrambi un'utilità 3. Tuttavia, se uno solo dei due rispettasse la regola e l'altro no, il primo si troverebbe in una situazione più svantaggiata del secondo: le loro utilità sarebbero rispettivamente 1 e 4. Per questo motivo, entrambi gli individui preferiranno non esporsi al rischio di ottenere l'utilità minima, 1, e preferiranno non rispettare la regola. Non cooperando tra loro, entrambi otterranno utilità 2<sup>15</sup>. Perché gli agenti possano raggiungere un'utilità maggiore è necessario l'intervento del Leviatano. Ciò è rappresentato nella seconda matrice. Attraverso l'imposizione di una sanzione (in questo caso di  $-3$ ), il Leviatano cambia i *pay-off* del gioco rendendo la cooperazione più conveniente e permettendo il raggiungimento di un nuovo equilibrio più efficiente per tutti<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Nella teoria dei giochi, il concetto di utilità è un espediente che serve per ordinare in modo cardinale le preferenze dei singoli giocatori. Ad esempio, se un giocatore preferisce un'opzione A rispetto a un'opzione B, questo conferirà ad A un'utilità (espressa con un valore numerico) maggiore rispetto a B.

<sup>15</sup> In questo caso, si dice nel lessico della teoria dei giochi, l'equilibrio di Nash (ossia una situazione rispetto alla quale nessun agente può ottenere un miglior risultato cambiando in modo unilaterale la propria strategia) risulta non essere una situazione Pareto ottimale (ossia una situazione rispetto alla quale ogni altro esito fornisce un *pay-off* peggiore per almeno un agente).

<sup>16</sup> Nella sua formulazione canonica i *pay-off* della matrice del dilemma del

Facciamo un esempio. Immaginiamo due società di pesca che operano su uno stesso lago. Le due società potrebbero accordarsi sul rispetto di un sistema di quote che garantisca la riproduzione dei pesci del lago, evitando il rischio di sovra-sfruttamento ed esaurimento delle risorse ittiche. Tuttavia, entrambe le società sanno che qualora una sola di esse rispettasse il sistema di quote e l'altra no, la prima si troverebbe in una situazione svantaggiata rispetto all'altra. Di conseguenza, entrambe decideranno di non rispettare il sistema di quote. In assenza di un'istituzione che introducendo una sanzione ne regoli il comportamento, le due società non coopereranno. In questo modo si troveranno in una situazione sub-ottimale per entrambe, sfruttando le risorse ittiche fino a provocarne l'esaurimento.

Le stesse dinamiche rimangono invariate aumentando il numero degli agenti<sup>17</sup>.

I casi descritti finora riguardano dinamiche in cui gli attori si trovano in situazioni di competizione, tuttavia l'azione dello stato

---

prigioniero sono indicati rispettivamente con: Cooperazione Cooperazione (R,R), Cooperazione Defezione (S,T), Defezione Defezione (P,P). Nel nostro caso  $R=3$ ,  $S=1$ ,  $T=4$ ,  $P=2$ . E con la sola restrizione  $T > R > P > S$ . In questo caso potrebbe essere  $2R < T+S$  ovvero che l'utilità totale della comunità possa essere maggiore nel caso in cui un attore rispetti la regola mentre l'altro non la rispetti. Tuttavia, anche in questa eventualità non si raggiungerebbe il *pay-off* maggiore perché nessun individuo sarebbe disposto a rinunciare alla propria utilità a vantaggio dell'altro e l'equilibrio di Nash rimarrebbe invariato. Anche in questo caso, l'azione dello stato potrebbe permettere il raggiungimento di una maggiore utilità totale creando coordinazione tra i due agenti. Ad esempio, istituendo un sistema che permetta ai due agenti di ottenere i *pay-off* T e S in modo alterno o istituendo a posteriori una tassa (t) tale che  $T-t = S+t$ . In ogni caso nel presente lavoro per evitare tale complicazione assumeremo l'ulteriore restrizione dei *pay-off*  $2R > T+S$ .

<sup>17</sup> In questo caso il gioco rappresenta la cosiddetta "tragedia dei beni comuni" ("tragedy of the commons"). La tragedia dei beni comuni è considerata una generalizzazione del dilemma del prigioniero con n giocatori. Sul punto, vedi S. KUHN, *Prisoner's Dilemma*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/prisoner-dilemma/>. L'espressione fu coniata per la prima volta da WILLIAM FORSTER LLOYD nel pamphlet *Two Lectures on the Checks to Population*, Oxford University Press, Oxford, 1833 e venne ripresa e resa celebre dall'ecologista GARRETT JAMES HARDIN, in *The Tragedy of the Commons*, in "Science", 162, pp. 1243-8.

può servire anche per raggiungere un coordinamento tra gli agenti in situazioni in cui non c'è conflittualità fra loro. Un esempio classico di ciò è la scelta del lato di guida.

Senza sanzione			Con sanzione		
	Agente A Guida a sinistra	Agente A Guida a destra		Agente A Guida a sinistra	Agente A Guida a destra
Agente B Guida a sinistra	Utilità A: 2 Utilità B: 2	Utilità A: -1 Utilità B: -1	Agente B Guida a sinistra	Utilità A: -1 -2 = -3 Utilità B: -1 -2 = -3	Utilità A: -1 Utilità B: -1 -2 = -3
Agente B Guida a destra	Utilità A: -1 Utilità B: -1	Utilità A: 2 Utilità B: 2	Agente B Guida a destra	Utilità A: -1 -2 = -3 Utilità B: -1	Utilità A: 2 Utilità B: 2

In questo genere di gioco, ci sono due possibili equilibri equivalenti (ovvero che entrambi gli agenti guidino a destra o entrambi a sinistra). L'introduzione di una sanzione muta il gioco e induce gli agenti a convergere sulla medesima scelta. In questo caso, però, l'introduzione di una sanzione e il conseguente mutamento del gioco non sono *necessari* perché gli agenti possano coordinarsi. È sufficiente che uno dei due equilibri venga in qualche modo reso "saliente" ossia che sia ingenerata in qualche modo in ogni agente l'aspettativa che gli altri agenti convergeranno su di esso<sup>18</sup>. Una

<sup>18</sup> Questo, secondo Kaushik Basu, sarebbe addirittura l'unico potere effettivo della legge: suggerire un "focal point" tra vari possibili equilibri: "The law is like putting up a Meeting Point signboard up in an airport terminal [...]. It chooses an equilibrium, from among all available equilibria, and says that that will happen and by doing so, it hopes to make that outcome focal" (K. BASU, *The Republic of Beliefs A New Approach to 'Law and Economics'*, The World Bank, Washington, 2015, p. 21). Secondo Basu, perciò, i problemi di coordinazione che la legge risolve sarebbero in fin dei conti tutti riconducibili a casi di coordinazione pura. L'organizzazione dell'apparato istituzionale che consente anche la soluzione di problemi apparentemente diversi (come dilemmi del prigioniero) dipenderebbe in definitiva dalla soluzione di problemi di coordinazione pura che coinvolgono an-

volta raggiunta la coordinazione non sarà necessario alcun intervento esterno per mantenerla, in quanto gli agenti non avranno interesse a cambiare il loro comportamento<sup>19</sup>. Questa sottospecie di norme coordinative potrebbe pertanto essere creata anche in assenza di uno stato capace di irrogare sanzioni, da parte di organizzazioni private non investite di autorità politica<sup>20</sup>.

Ad ogni modo, tutte le norme che abbiamo chiamato coordinative, sia quelle volte a disciplinare dilemmi del prigioniero sia quelle volte a risolvere problemi di coordinazione pura, condividono una caratteristica. Esse mirano a disciplinare situazioni in cui il comportamento autonomo dei singoli individui li porterebbe in una situazione sub-ottimale, modificando il gioco a vantaggio di tutti. La presenza della norma coordinativa rappresenta un beneficio indiscutibile per la società. Il beneficio può consistere nella preservazione di un bene già esistente (ad esempio, una risorsa naturale eccessivamente sfruttata e che rischierebbe in assenza di disciplina giuridica di esaurirsi: un lago, un fiume, una foresta) oppure nella creazione di un bene che i singoli autonomamente e individualmente non sarebbero in grado di creare (ad esempio, la maggiore facilità negli scambi data dall'uso del denaro). Le norme che hanno questo obiettivo saranno considerate desiderabili da chiunque, indipendentemente dalle proprie convinzioni etiche o politiche, perché la loro presenza in una comunità è preferibile per ogni individuo egoista e razionale. Si tratta del tipo di incremento che qualsiasi utilitarista considererebbe scopo primario dell'azione di governo dello stato.

---

che i soggetti incaricati di applicare sanzioni.

<sup>19</sup> Il discorso cambia in caso di giochi di coordinazione non pura, come la cosiddetta "battaglia dei sessi". In questi casi perché gli agenti convergano su un determinato equilibrio sembra necessaria l'introduzione di una norma provvista di sanzione. Una norma risolutiva di un gioco di coordinazione non pura è qualificabile, in base alle definizioni che abbiamo adottato, sia come norma coordinativa, perché permette di coordinare il comportamento degli agenti aumentando l'utilità complessiva, sia come norma politica perché avvantaggia una categoria di soggetti a discapito di un'altra.

<sup>20</sup> Sono norme coordinative di questo tipo per esempio gli standard prodotti dalla International Organization for Standardization, organizzazione non governativa deputata all'elaborazione di norme tecniche internazionalmente riconosciute.

### 3.2. Le norme politiche

Veniamo ora alla seconda categoria di norme cui abbiamo fatto riferimento: le norme politiche. Abbiamo detto che le norme coordinative consentono di evitare le situazioni in cui il comportamento spontaneo degli agenti determinerebbe una situazione sub-ottimale per ciascuno di essi. Le norme coordinative salvaguardano l'utilità aggregata dei consociati: nessuno è svantaggiato dalla loro istituzione; nessuno è avvantaggiato dalla loro rimozione. Tuttavia la giustizia non si realizza unicamente salvaguardando l'utilità aggregata dei consociati, ma, secondo la maggior parte delle persone, anche ripartendo le risorse disponibili in un modo che appaia *equo*. Poiché il senso di giustizia della maggior parte di noi non è indifferente a come le risorse vengono ripartite all'interno di una società, quasi nessuno di noi sarebbe appagato da un sistema governato solo da norme coordinative. Di solito, il nostro senso di giustizia richiede che le risorse siano distribuite in modo non casuale, secondo criteri determinati. Naturalmente ciascuno schieramento etico ha idee diverse rispetto alla natura e all'ordine di importanza di questi criteri di distribuzione (il merito, il bisogno, la responsabilità, la parola data, eccetera), ma ai nostri fini questo non ha importanza. Ciò che importa è che allo scopo di realizzare ideali di giustizia è tipicamente necessario adottare norme, diverse da quelle coordinative, che hanno la finalità di distribuire risorse in un certo modo. Questo genere di norme sono quelle che abbiamo chiamato "politiche".

Mentre le norme coordinative sono vantaggiose per tutti i membri della società, le norme politiche avvantaggiano alcuni (per esempio, i meritevoli, i bisognosi, gli innocenti...) rispetto ad altri (per esempio, i meno meritevoli, i più fortunati, i criminali...). Le chiamiamo "politiche" perché la loro istituzione implica necessariamente una scelta potenzialmente divisiva, che favorisce alcuni soggetti (beneficiari) a discapito di altri (destinatari). Appartengono a questa categoria per esempio le norme che prevedono il principio di progressività nella tassazione e l'istituzione di servizi pubblici (scuole, ospedali, trasporti...). Dato il loro carattere divisivo, si può dire che il dibattito politico sia essenzialmente un dibattito sulla quantità e il tipo di norme politiche da adottare all'interno di una società.

A scanso di equivoci, è opportuno segnalare che l'obiettivo delle norme politiche, per come le abbiamo definite, non è necessariamente quello, solidaristico, di ridurre diseguaglianze sociali e economiche all'interno di una società. In base alla nostra definizione, è politica qualsiasi norma abbia come obiettivo, anziché l'aumento dell'utilità collettiva, la distribuzione delle risorse disponibili secondo *un qualche* criterio di equità. Non importa quale. Tale criterio può essere orientato alla giustizia sociale e alla riduzione delle diseguaglianze, ma può essere anche, ad esempio, improntato al merito. Ciò significa che potrebbero esistere norme politiche che aumentano le diseguaglianze: pensiamo ad una norma che istituisca un premio a favore di soggetti che abbiano dato prova di particolari talenti o abilità. Certo si può dire che valori tradizionalmente associati alla sinistra richiedono la presenza di un maggior numero di norme politiche rispetto ai valori tradizionalmente associati alla destra. Inoltre alcuni criteri allocativi incorporati in norme politiche sono più di sinistra (il bisogno o l'eguaglianza sostanziale) mentre altri sono più di destra (la responsabilità, il merito o l'eguaglianza formale). Infine, schieramenti politici diversi avranno opinioni diverse rispetto al *trade-off* legittimo tra quantità di risorse complessivamente disponibili ed equità della ripartizione, rispetto cioè a *quante* risorse sono sacrificabili per ottenere *quanta* maggiore equità nella loro ripartizione. Senza interessarci di queste diverse opinioni, però, limitiamoci a registrare il fatto che il dibattito politico non riguarda il problema *se* la libertà debba essere limitata con l'istituzione di norme politiche ma la misura in cui e le ragioni per cui deve essere limitata.

## 4. Gli effetti della globalizzazione

### 4.1. Il declino delle norme politiche

Ora che abbiamo visto in che modo le norme coordinative e le norme politiche incidono sulla condotta degli agenti è venuto il momento di tirare le fila del discorso ed esaminare come la globalizzazione renda entrambi i tipi di norme inefficaci determinando,

come abbiamo detto, l'incapacità degli stati di "fare giustizia".

Possiamo definire la globalizzazione come la situazione in cui gli agenti economici, così come le merci e i capitali, possono spostarsi liberamente o con costi ridotti da stato a stato. Chiaramente non tutti i beni o servizi sono mobili: esistono fattori produttivi fissi per definizione (come la terra), mentre molti beni e servizi non sono commerciabili e possono essere consumati solamente nei paesi in cui sono stati prodotti (ad esempio, il servizio erogato da un parrucchiere). Tuttavia, in un mondo in cui i fattori produttivi più rilevanti sono mobili (capitale umano, know-how, tecnologie...), gli agenti economici tenderanno a collocarsi ovunque ci sia l'ambiente più favorevole per le loro attività<sup>21</sup>. I paesi incapaci di at-

---

<sup>21</sup> Il fatto che i fattori produttivi cessino di essere fissi fa venire meno uno dei presupposti della cosiddetta teoria del vantaggio comparato, sviluppata da David Ricardo, secondo la quale il commercio internazionale dovrebbe essere sempre conveniente per gli stati coinvolti. Nel famoso esempio di Ricardo, si immagina un mondo semplificato in cui esistono solo due paesi, Inghilterra e Portogallo. In essi, il costo relativo di produzione di due beni, vino e stoffa, è diverso. In Inghilterra occorrono 100 ore per produrre un'unità di stoffa e occorrono 120 ore per produrre un'unità di vino; in Portogallo, 90 ore per produrre un'unità di stoffa e 80 per produrre un'unità di vino. L'Inghilterra produce più facilmente stoffa rispetto a vino; il Portogallo produce più facilmente vino rispetto a stoffa. Nell'esempio, il Portogallo ha un vantaggio assoluto nella produzione della stoffa (impiega 10 ore in meno rispetto all'Inghilterra a produrre un'unità) ma l'Inghilterra ha un vantaggio comparato, perché per l'Inghilterra produrre stoffa ha un minor costo opportunità. Mentre il Portogallo nel produrre stoffa perde l'opportunità di investire ore nell'esercizio dell'attività in cui è più forte, ossia la produzione di vino, l'Inghilterra producendo stoffa investe precisamente nell'attività che riesce ad eseguire in maniera più efficiente. In questo scenario, è chiaro che ciascun paese trarrà vantaggio dal commerciare con l'altro. In particolare, sarà conveniente per entrambi una situazione in cui il Portogallo esporti vino, importando stoffa inglese e in cui l'Inghilterra esporti stoffa importando vino portoghese. Al Portogallo un'unità di stoffa costerà 90 ore di lavoro se autoprodotta, ma solo 80 se importata; all'Inghilterra un'unità di vino costerà 120 ore se autoprodotta, ma solo 100 se importata. Nella teoria ricardiana classica del vantaggio comparato i fattori produttivi maggiormente rilevanti sono fissi (nell'esempio di Ricardo, la terra fertile del Portogallo e le industrie tessili inglesi) e un paese può sempre trovare un'attività produttiva in cui ha un vantaggio comparato. Ma in un mondo in cui la maggior parte dei fattori produttivi sono mobili (capitale umano, know-how, tecnologie...), invece, ciò che importa è il vantaggio assoluto (R. W. JONES, *Globalization and the Theory of Input Trade*, The MIT Press, Cambridge (Massachu-

trarre fattori produttivi rimarranno così tagliati fuori dai benefici del commercio mondiale. Nelle parole di Ronald W. Jones:

While trapped productive factors seek the best occupational use for their talents within a country, agents that are footloose in world market seek locations that are most attractive. Trapped factors ask: what shall we do?; Footloose factors ask: where should we go?<sup>22</sup>

Ma quali sono, più specificamente, i criteri che spingeranno un agente economico a considerare un contesto normativo più favorevole?

Sicuramente, tra due sistemi normativi gli agenti privilegeranno, *ceteris paribus*, quelli con norme più efficienti, ovvero che a parità di utilità totale prodotta abbiano dei costi totali inferiori. In altre parole, i sistemi che rispettano in modo più stringente quello che abbiamo chiamato *criterio di Beccaria*. Questo è intuitivo: se un agente può aumentare la propria utilità senza costi aggiuntivi, lo farà. Di conseguenza in un mondo globalizzato tutti i legislatori avranno un incentivo a ottimizzare e rendere il più efficiente possibile il loro sistema normativo. Questo sembrerebbe indicare un effetto virtuoso della globalizzazione. Ma supponiamo che tutti gli stati abbiano un livello comparabile di efficienza: che cosa spingerà poi un agente a spostarsi?

Un primo fattore sarà la presenza di norme politiche svantaggio-

---

setts), 2000, pp. 135-9). Perciò cessa di essere vero che il commercio internazionale è sempre conveniente per tutti gli stati coinvolti. Questo però ha anche una significativa incidenza sugli effetti della legge sul mercato. Mentre una norma che rappresenta un costo per tutti gli agenti produttivi di uno stato non altera il vantaggio comparato, essa altera il vantaggio assoluto. Scrive Jones: "Government policies, such as taxation and regulation, might have equal incidence among sectors so that if no inputs have global markets such policies would not affect the pattern of trade. However, once any input has the choice of country location, a comparison of government policies has a first-order effect on which country will be able to attract that factor. Thus, a world in which some inputs are internationally mobile or tradeable is a world in which differences among countries in government policies have more of an influence on trade patterns than in standard treatments of trade based on comparative advantage" (*ibidem*, p. 136).

<sup>22</sup> R.W. JONES, *Comparative and Absolute Advantage*, in "Swiss Journal of Economics and Statistics", 3, 1980, p. 257.



se. Come abbiamo detto, le norme politiche, per definizione, prelevano risorse da alcuni soggetti, i destinatari, e le conferiscono ad altri, i beneficiari. In un contesto globale, il potenziale destinatario di una norma politica avrà un incentivo a spostarsi in un altro sistema normativo in cui, *ceteris paribus*, non vi sia tale norma. Ad esempio, un individuo molto benestante preferirà trasferirsi in stati con una minore tassazione sul reddito, mentre un imprenditore che deve rispettare una stringente legislazione sul lavoro, preferirà spostarsi in stati dove i diritti dei lavoratori sono meno tutelati. Data questa situazione, il legislatore nazionale si troverà di fronte a un dilemma tra due opzioni entrambe poco soddisfacenti. Da un lato, il legislatore potrebbe disegnare un ordinamento dotato di tutte le norme politiche necessarie per realizzare la ripartizione di risorse che considera equa in base ai propri criteri di giustizia. Questo, in un mondo globalizzato, provocherebbe una fuga di molti dei destinatari di queste norme e una diminuzione delle risorse che possono essere distribuite. In alternativa, il legislatore potrebbe ridurre il numero di norme politiche in modo da rendere il proprio sistema più appetibile rispetto a sistemi concorrenti. Ciò incrementerebbe i potenziali destinatari di norme politiche e così la quantità risorse da distribuire, ma allo stesso tempo rappresenterebbe una rinuncia a una piena realizzazione dei criteri distributivi che il legislatore considera equi. In entrambi i casi la realizzazione degli ideali di giustizia può essere solo parziale: nel primo caso, parziale perché l'introduzione delle norme politiche determina una riduzione dei destinatari e delle risorse con cui realizzare tali ideali; nel secondo caso, parziale perché l'applicazione dei criteri distributivi è strategicamente ridotta per conservare destinatari e risorse all'interno del sistema.

C'è dunque un *trade off* tra le risorse (e i destinatari) a cui le norme politiche si applicano e l'intensità con cui le norme riescono a imporre i propri ideali di giustizia sulla società. Questa dinamica innesca una competizione tra gli stati che può essere schematicamente rappresentata come segue.

	<b>Stato <math>\alpha</math> Più norme politiche</b>	<b>Stato <math>\alpha</math> Meno norme politiche</b>
<b>Stato <math>\beta</math> Più norme politiche</b>	$\alpha$ e $\beta$ : stesse risorse; più giustizia	$\alpha$ : più risorse; meno giustizia $\beta$ : più giustizia, meno risorse
<b>Stato <math>\beta</math> Meno norme politiche</b>	$\alpha$ : più giustizia, meno risorse $\beta$ : più risorse; meno giustizia	$\alpha$ e $\beta$ : stesse risorse; meno giustizia

Immaginiamo di sapere quale distribuzione di risorse realizza a pieno la “giustizia” all’interno di una società e immaginiamo che due legislatori illuminati mirino a realizzare questo obiettivo al massimo grado, ciascuno nel proprio territorio. In un mondo globalizzato, l’istituzione di una qualsiasi norma politica necessaria a produrre una distribuzione equa di risorse determinerà sempre una riduzione della capacità stessa di produrre tale distribuzione a causa della fuga dei destinatari verso sistemi normativi più favorevoli. Se il legislatore decidesse di aumentare la quantità e onerosità delle norme politiche, dando maggiore applicazione ai criteri distributivi necessari per realizzare la giustizia (quali che siano), i destinatari di tali norme tenderebbero a spostarsi in altri stati, facendo così diminuire la capacità dello stato di fornire risorse ai beneficiari. Se il legislatore riduce il peso delle norme politiche, invece, riuscirà ad attrarre destinatari provenienti da altri stati caratterizzati da norme politiche più onerose, ma al prezzo di ridurre anche le proprie pretese distributive. Se questo accadrà, anche gli altri legislatori si troveranno costretti a ridurre il peso delle loro norme politiche al fine di mantenere (seppure a un livello inferiore) le risorse necessarie al raggiungimento dei propri ideali di giustizia. Si tratta di un dilemma del prigioniero. Gli stati si trovano a competere tra loro esattamente come facevano gli individui nello stato di natura hobbesiano, in assenza di norme coordinative.

Il meccanismo può essere illustrato con riferimento a una norma politica per eccellenza: la norma istitutiva di un’imposta che preleva una parte della ricchezza degli individui più benestanti (destinatari) per fornire servizi agli individui più bisognosi (beneficiari).

Consideriamo due stati  $\alpha$  e  $\beta$  in cui vigono due regimi fiscali differenti. Nello stato  $\alpha$ , vi è una tassazione al 20% mentre nello stato  $\beta$  vi è una tassazione del 10%. Gli individui benestanti dello stato  $\alpha$  preferirebbero ovviamente il livello di tassazione vigente nello stato  $\beta$ . Tuttavia in assenza di globalizzazione questi non si possono spostare. In questa situazione, le scelte relative alla tassazione dello stato  $\alpha$  e dello stato  $\beta$  sono indipendenti l'una dall'altra e permettono a entrambi i sistemi giuridici di distribuire le loro risorse e finanziare i loro servizi come meglio credono. La situazione cambia nel momento in cui gli individui possono spostarsi liberamente da un paese all'altro: in questo caso, gli individui benestanti dello stato  $\alpha$  avranno un incentivo a spostarsi nello stato  $\beta$ . Al fine di mantenere le entrate derivanti dai propri cittadini benestanti,  $\alpha$  dovrà abbassare il livello di imposizione fiscale a quello di  $\beta$ . Tuttavia, così facendo la sua capacità di finanziare i servizi per i bisognosi, e così di realizzare i propri ideali di giustizia, ne sarebbe fortemente ridimensionata. Non solo: qualora entrambi gli stati si trovassero ora con una tassazione al 10% e uno dei due riducesse ulteriormente il proprio livello di tassazione, quest'ultimo creerebbe nuovamente le stesse dinamiche, provocando una fuga degli individui più benestanti verso lo stato con una minore tassazione (ovvero con norme politiche meno onerose), riducendo allo stesso tempo le capacità di fare giustizia dell'altro stato<sup>23</sup>. Le stesse dinamiche si possono ritrovare in molti altri casi, ad esempio riguardo alla legislazione sui diritti dei lavoratori o dei consumatori.

In un mondo globalizzato, dunque, la capacità di un legislatore di realizzare un qualsiasi criterio di giustizia distributiva è compromessa e vincolata dalle scelte legislative degli altri legislatori. La possibilità degli agenti di spostarsi da un sistema normativo all'altro innesca una gara al ribasso tra gli stati nella quale, al fine di mantenere nel proprio territorio i destinatari delle norme politiche

---

<sup>23</sup> È interessante osservare che, se da un lato i destinatari hanno un interesse a spostarsi negli stati con meno norme politiche, i beneficiari hanno invece un interesse a spostarsi negli stati dove sono maggiormente protetti da norme politiche. Per esempio, mentre diverse società preferiscono spostare i loro stabilimenti in paesi in via di sviluppo con normative sul lavoro meno stringenti, al contrario molti lavoratori di questi paesi cercheranno di emigrare in paesi dove i diritti dei lavoratori sono maggiormente salvaguardati.

(le cui risorse sono necessarie a fare giustizia), i singoli legislatori avranno bisogno di ridurre il numero e il peso di quest'ultime, rinunciando quindi a una piena realizzazione del riparto di risorse che ritengono equo (qualunque esso sia).

#### 4.2. Il declino delle norme coordinative

Il fenomeno appena descritto, ossia l'inefficacia delle norme politiche nel contesto globale, è di per sé allarmante. Infatti, come abbiamo detto, praticamente qualsiasi orientamento etico significativo richiede qualche forma di distribuzione non casuale di risorse tra gli individui e perciò richiede l'implementazione di norme politiche. Ma immaginiamo di essere degli anarco-capitalisti: immaginiamo di rigettare qualsiasi forma di regolazione della società volta a realizzare ideali di giustizia distributiva e di considerare l'unica forma di distribuzione di risorse legittima quella naturalmente prodotta dal mercato e dall'interazione tra gli agenti. Muovendo da questa prospettiva, considereremmo non problematica, se non addirittura positiva, l'incapacità indotta dalla globalizzazione di distribuire in base a criteri etici le risorse disponibili all'interno della società. Probabilmente riterremo che le uniche norme veramente necessarie per realizzare il bene comune siano le norme coordinative, ossia le norme che consentono agli agenti di convergere su quegli equilibri indiscutibilmente più convenienti per tutti. Queste norme si limitano a risolvere problemi di coordinazione e dilemmi del prigioniero – tra cui alcuni fallimenti del mercato – e incrementano l'utilità totale del sistema, lasciando l'allocazione delle risorse libera da qualsiasi interferenza politica. Ebbene, anche se la pensassimo in questo modo, dovremo convincerci che la globalizzazione si pone come un ostacolo alla realizzazione del bene comune. Infatti, nel mondo globalizzato, anche l'efficacia delle norme coordinative viene compromessa.

Come abbiamo visto, quando il rispetto di una norma coordinativa impone un costo per gli agenti, è solo attraverso l'imposizione di una sanzione che il legislatore è in grado di modificare la matrice del gioco e rendere il suo rispetto conveniente. Se l'agente po-

tesse comportarsi da *free rider*, ossia giovarsi del comportamento cooperativo degli altri soggetti senza dover lui stesso cooperare, lo farebbe. Se, cioè, potesse non rispettare la norma mentre tutti gli altri lo fanno, certamente lo farebbe se questo non comportasse la soggezione a una sanzione. Ebbene, mentre questo non è possibile in un mondo non globalizzato, diventa possibile in un contesto globale in cui l'agente è libero di spostarsi. Potendo scegliere tra due stati con due sistemi normativi identici in tutto eccetto che per la presenza di una norma coordinativa, un agente cercherà di trasferirsi in quello senza norma coordinativa, ogniqualvolta, come ordinariamente accade, il rispetto della norma coordinativa è costoso per gli agenti<sup>24</sup>. In questo modo, potrebbe evitare di sostenere i costi della norma senza pagare la sanzione e ottenere allo stesso tempo i vantaggi derivanti dalla cooperazione dei soggetti rimasti nello stato di partenza.

Questa dinamica si ripercuote sul comportamento degli stati. Se uno stato elimina norme coordinative presenti in altri stati, comportandosi da *free rider*, è in grado di garantire maggiori benefici per i suoi cittadini, imponendo il costo di questi benefici ai cittadini di altri stati. Ciò, tuttavia, provoca una reazione da parte degli altri stati i quali ridurranno a loro volta le proprie norme coordinative. In presenza di stati *free rider*, infatti, lo stato che non riduce le proprie norme coordinative si trova a dover imporre ai propri sudditi il costo del mantenimento del bene comune di cui tutti usufruiscono, creando così uno svantaggio per se stesso e un vantaggio per tutti gli altri.

Al riguardo può essere utile riprendere nuovamente l'esempio delle due società di pesca. Consideriamo un lago le cui acque si trovano in parte nel territorio dello stato  $\alpha$  e in parte nel territorio dello stato  $\beta$  e nel quale operano due società di pesca, A e B. La società A lavora nello stato  $\alpha$  dove non è presente un sistema di quote che regoli la pesca, mentre la società B lavora nello stato  $\beta$  in cui è in vigore un rigido sistema di quote. In questo scenario, la società A, non dovendo rispettare i limiti imposti dalle quote, avrà un vantaggio competitivo rispetto alla società B. Se le società non

---

<sup>24</sup> Come abbiamo detto, fanno eccezione le regole coordinative che hanno come finalità la soluzione di giochi di coordinazione pura.

possono spostarsi, il legislatore dello stato B sarà in grado di salvaguardare le riserve ittiche<sup>25</sup>. La situazione cambia nel momento in cui le società possono spostarsi da un paese all'altro. In questo caso, la società B avrà un incentivo a spostarsi nello stato  $\alpha$  al fine di eliminare i limiti imposti dalle quote e sottrarsi alle sanzioni dello stato  $\beta$ .

Stato  $\alpha$  senza sanzione; Stato  $\beta$  con sanzione ( $S = -3$ )

	<b>Società A nello stato <math>\alpha</math> rispetta la regola (nello stato senza sanzione)</b>	<b>Società A nello stato <math>\alpha</math> non rispetta la regola (nello stato senza sanzione)</b>
<b>Società B nello stato <math>\beta</math> rispetta la regola (nello stato con sanzione)</b>	Utilità A: 3 Utilità B: 3	Utilità A: 4 Utilità B: 1
<b>Società B nello stato <math>\beta</math> non rispetta la regola (nello stato con sanzione)</b>	Utilità A: 1 Utilità B: $4 - 3 = 1$	Utilità A: 2 Utilità B: $2 - 3 = -1$

Allo stesso tempo, però, lo stato  $\beta$  avrà un incentivo a ridurre o eliminare il suo sistema di quote al fine di ridurre gli svantaggi per le sue società e mantenerle nel suo territorio. Indipendentemente dalla soluzione adottata, in entrambi i casi la situazione finale sarebbe comunque peggiore per tutti, con un eccessivo sfruttamento delle risorse ittiche e il loro conseguente esaurimento. Il problema che lo stato  $\beta$  era riuscito a risolvere a livello statale si ripresenta a livello globale.

---

<sup>25</sup> È vero che in tale situazione lo stato  $\beta$  rimarrebbe comunque vittima degli effetti negativi prodotti dalla pesca eccessiva da parte dello stato  $\alpha$ . È un esempio di ciò che gli economisti chiamano esternalità negativa. Tuttavia, lo stato  $\beta$  avrebbe la capacità di ridurre almeno entro certi limiti i danni prodotti dalle proprie società e di ridurre il livello totale di sfruttamento del lago, seppure sacrificandosi a vantaggio dell'altro stato.

		Stato $\alpha$			
		3 Norme	2 Norme	1 Norma	0 Norme
Stato $\beta$	3 norme	3-3 Stesse norme in $\alpha$ e $\beta$ Massima giustizia Gli agenti non si muovono	2-3 $\alpha$ ha meno norme di $\beta$ Gli agenti si muovono da $\beta$ verso $\alpha$		
	2 norme	3-2 $\beta$ ha meno norme di $\alpha$ Gli agenti si muovono da $\alpha$ verso $\beta$	2-2 Stesse norme in $\alpha$ e $\beta$ Meno giustizia di 3-3 Gli agenti non si muovono	1-2 $\alpha$ ha meno norme di $\beta$ Gli agenti si muovono da $\beta$ verso $\alpha$	
	1 norma		2-1 $\beta$ ha meno norme di $\alpha$ Gli agenti si muovono da $\alpha$ verso $\beta$	1-1 Stesse norme in $\alpha$ e $\beta$ Meno giustizia di 2-2 Gli agenti non si muovono	0-1 $\alpha$ ha meno norme di $\beta$ Gli agenti si muovono da $\beta$ verso $\alpha$
	0 norme			1-0 $\beta$ ha meno norme di $\alpha$ Gli agenti si muovono da $\alpha$ verso $\beta$	0-0 Stesse norme in $\alpha$ e $\beta$ Giustizia minima Gli agenti non si muovono

## 5. Conclusioni

Quanto abbiamo osservato nei paragrafi precedenti può essere illustrato in modo riassuntivo nella seguente tabella.

Immaginiamo, per semplicità, un mondo composto solo da due stati,  $\alpha$  e  $\beta$ . Le situazioni in cui  $\alpha$  e  $\beta$  hanno esattamente le stesse norme – non importa a questo punto specificare se politiche o coordinative: il risultato non cambia – sono indicate nelle caselle in grigio. In questi casi, nessun attore ha interesse a muoversi da uno stato a un altro, in quanto nessuno stato offrirebbe alcun vantaggio rispetto all'altro. Tuttavia, ciascuno dei due stati, nell'interesse dei propri cittadini, avrà sempre un incentivo a ridurre le proprie norme, sia politiche che coordinative (le frecce nere indicano l'eliminazione di una norma da parte di uno stato). In questo modo, uno stato potrà ridurre i costi per i propri agenti e allo stesso tempo attirarne di nuovi a scapito dell'altro stato. Ciò provocherà, tuttavia, anche l'altro stato a ridurre le proprie norme e con esse le proprie pretese etiche. E così via. Alla fine i due stati si troveranno con un sistema normativo nuovamente comparabile, seppure con un livello di giustizia inferiore. Questa è esattamente la dinamica di un di-

lemma del prigioniero. In assenza di un meta-legislatore che modifichi la matrice, gli stati si trovano nell'incapacità di mantenersi in una situazione cooperativa che produce la massima giustizia (casella in alto a sinistra). La situazione che si crea a seguito della rimozione di una norma da parte di uno stato potrebbe non essere ancora un punto di equilibrio, ma il punto di partenza di un nuovo dilemma del prigioniero. Infatti, finché vi saranno delle norme, uno stato avrà sempre un incentivo a eliminarle, al fine di ottenere dei vantaggi a scapito dell'altro stato. Ciò provocherà di conseguenza una continua gara al ribasso che porterà gli stati via via a impoverire i loro sistemi normativi (la discesa lungo la diagonale delle caselle grigie). Una catena di dilemmi del prigioniero, che si concluderà solo con l'eliminazione di qualsiasi norma e un livello di giustizia minimo (la casella 0-0 in basso a destra).

Quello che abbiamo esposto è unicamente un modello. Il suo scopo è delineare in modo semplificato i tratti generali di un fenomeno in realtà molto più complesso. Nonostante (o forse proprio grazie a) questa semplificazione, esso dovrebbe essere in grado di mettere in evidenza quello che ai nostri occhi appare come uno dei grandi problemi che la filosofia del diritto dovrebbe affrontare nel tempo presente.





Claudio Novelli

## **La giustizia nell'epoca della sua riproducibilità tecnica. Gli algoritmi predittivi e il processo**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il diritto e la predizione. – 3. Le ragioni della predizione con algoritmi. – 4. Usi giuridici. – 4.1. Le decisioni giudiziali *degli* algoritmi. – 4.2. Le decisioni giudiziali *con* gli algoritmi. – 5. A quale costo? Difetti e pericoli degli algoritmi predittivi. – 5.1. Difetti o peculiarità? – 6. La chiusura dell'universo di discorso giuridico. – 7. Conclusioni.

### **1. Introduzione**

Il fervore filosofico che accompagna da sempre il progresso della tecnica è in gran parte innescato dall'esigenza di ragionare sulle forze che spingono nella direzione contraria. Dal momento che il nostro interesse è qui rivolto all'insieme di tecniche che vanno sotto la formula di "giustizia predittiva", le resistenze da interrogare concernono le pratiche e i valori che ispirano l'attività giudiziaria.

Uno sguardo alla storia del processo evidenzia come sulla figura del giudice, quale attore nevralgico del rito processuale, insistano le aspettative di tutti i suoi protagonisti (difesa, accusa e parti). "Dobbiamo solo aspettare la decisione del giudice" è spesso la frase con cui gli avvocati liquidano i clienti troppo insistenti. Così, ognuno dei partecipanti al rito processuale matura l'aspirazione a vedere realizzato un ideale di decisione. Per molto tempo si è creduto di poter neutralizzare tale aspettativa ricorrendo a parametri più o meno stabili che permettessero di pronosticare l'esito del contenzioso. Conosciute le regole del gioco – le norme – e la prassi ap-

plicativa – la giurisprudenza – non restava che sedersi davanti a un abaco e leibnizianamente calcolare.

Chi auspicava questa rivoluzione non aveva però fatto i conti con l'ipertrofia dei sistemi giuridici contemporanei, stretti a doppio nodo tra le innumerevoli leggi scritte e gli altrettanto numerosi, spesso contraddittori, orientamenti giurisprudenziali. Al contempo, l'aver assegnato al processo un ruolo sempre più esteso nella custodia della vita politica, sociale ed economica delle comunità ha prodotto il risultato paradossale di favorire la rivincita del caos<sup>1</sup>. Ciò nondimeno, il desiderio di una giustizia matematicamente pronosticabile è non solo tutt'altro che sopito, ma trae nuova linfa dall'implementazione di metodi di analisi predittiva nei sistemi di intelligenza artificiale (di qui in avanti anche IA).

Nel presente saggio ci si occuperà pertanto di confrontare i principi e i metodi tradizionali – per così dire non tecnologici – che presidiano la prevedibilità del diritto con quelli della giustizia a venire. Nel contributo, infine, vengono avanzate alcune critiche nei confronti degli algoritmi per la predizione degli esiti giudiziali che evidenziano i rischi insiti nella standardizzazione delle decisioni giudiziali e nella cristallizzazione di prassi giurisprudenziali scorrette.

## 2. Il diritto e la predizione

Non estraiamo il coniglio dal cilindro se diciamo che buona parte dell'attività giuridica si concentra su una qualche forma di predizione. Questa attitudine può essere osservata da diverse angolazioni. In primo luogo, il diritto “predice” nei termini in cui contribuisce a regolare la vita sociale attraverso la pianificazione delle situazioni che la compongono. In un certo senso, infatti, possiamo pensare alle norme come a degli strumenti di progettualità delle azioni dei soggetti. Ma il diritto può anche essere oggetto di predizione: si può cioè pronosticare il modo in cui una fattispecie giuridica potrà

---

<sup>1</sup> A. GARAPON, *I custodi dei diritti. Giustizia e democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1997, p. 39 ss.

essere interpretata e applicata in sede giudiziale. La ragionevole possibilità di stimare l'esito delle controversie è un presidio rispetto all'arbitrio giurisdizionale. Le legittime aspettative dei consociati trovano tutela nel c.d. principio di prevedibilità ricavabile, nel nostro ordinamento, dal combinato disposto degli artt. 25 comma 2 e 27 commi 1 e 3 della Costituzione, mentre nel contesto europeo ne è ispiratore l'art. 7 della CEDU<sup>2</sup>. Esso richiede di assicurare un certo grado di stabilità delle decisioni giudiziarie e, più in generale, nell'applicazione del diritto. La sua funzione agisce *pro futuro* sui casi analoghi a quelli già decisi e per i quali si invita a un ridotto discostamento dagli orientamenti giurisprudenziali prevalenti.

Ogni riflessione sulla prevedibilità sembra destinata a evocare pensieri di carattere più generale sulla certezza del diritto<sup>3</sup>. Potremmo però stipulare una distinzione dei livelli a cui operano questi concetti: la certezza è un concetto assiologico, mentre la prevedibilità è un criterio operativo. È innegabile che il principio di prevedibilità contribuisca a soddisfare l'ideale di certezza del diritto, ma non esaurisce il catalogo delle strategie disponibili per realizzarla<sup>4</sup>. Il fatto che i soggetti possano condizionare il corso delle loro azioni dipendentemente dall'aspettativa che maturano rispetto alla reazione del sistema giuridico rende tale principio funzionale all'organizzazione della vita sociale.

L'interesse per la previsione dell'esito dei contenziosi non è di esclusivo appannaggio dei consociati, ma è condiviso dagli operatori del diritto e, in particolare, dai giudici. Infatti, una componente significativa del ragionamento giuridico consiste nella prefigurazione dell'esito processuale corretto. Talvolta, al giudice è espres-

---

<sup>2</sup> Sul punto F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G.A. DE FRANCESCO, G. INSOLE-RA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI e L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente delle fonti penali"*, ESI, Napoli, 2016.

<sup>3</sup> Sul punto, tra gli altri, G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 25 ss.

<sup>4</sup> Secondo Giorgio Pino, la certezza – a differenza del principio di prevedibilità, che ha natura empirica – è un criterio normativo (G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in "Diritto Pubblico", 2, 2018, p. 519). Una decisione può essere adottata in base a criteri normativamente determinati ed essere nondimeno empiricamente imprevedibile.

samente richiesta una valutazione prognostica in sede decisoria circa le eventualità rilevanti per la vertenza. Si pensi, ad esempio, alle deliberazioni con cui il giudice applica le misure cautelari in ragione della probabilità che un soggetto – indagato o imputato – inquina le indagini o reiteri il reato commesso (art. 247 c.p.p. oltre le norme di cui all'art. 275, comma 2 *bis* c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p.); oppure all'udienza filtro, di cui all'art. 348 *bis* c.p.c., in cui il giudice pronostica la ragionevole probabilità di accoglimento dell'impugnazione e, in caso negativo, dichiara l'inammissibilità con ordinanza.

In altri casi la proiezione sul futuro stato di cose che il giudice fa nella propria valutazione è “posticcia” nel senso che gli eventi in esame sono già accaduti. Si suole definire questi singolari giudizi predittivi “prognosi postume”. Pensiamo all'ipotesi del delitto tentato *ex art. 56 c.p.* in cui l'idoneità degli atti a commettere il delitto deve essere valutata, per evidenti ragioni logiche, *ex ante* cioè al momento della condotta e non già successivamente ad essa.

Ad ogni modo, nei sistemi giuridici esistono numerose garanzie a tutela dell'affidamento dei consociati e del principio di prevedibilità. Si pensi, soltanto nell'ambito penale, alla centralità del principio di legalità e ai suoi molteplici corollari (principio di precisione, principio di colpevolezza e divieto di analogia). Tuttavia, nonostante le cautele predisposte, il fenomeno dell'indeterminatezza delle sentenze non accenna a diminuire e, di conseguenza, azzardare previsioni sugli esiti dei processi con un certo grado di affidabilità pare compito sempre meno agevole. L'incapacità del sistema giuridico di soddisfare il principio di prevedibilità impone una riflessione sui limiti intrinseci a questo obiettivo.

### **3. Le ragioni della predizione con algoritmi**

L'espressione “giustizia predittiva” sintetizza l'insieme di tecniche informatiche che possono assistere – in alcuni casi sostituire – le decisioni del giudice attraverso l'analisi statistica. La crescente sofisticatezza degli strumenti di IA ha prodotto un considerevole interesse per queste tecniche. La predizione – che sia compiuta dal giudice o da un computer – può essere definita come la capacità di

impiegare informazioni note al fine di generarne delle nuove da proiettare su eventi futuri<sup>5</sup>. Gli algoritmi predittivi, quindi, combinano dati storici in un modello matematico e rappresentano le tendenze statistiche per un certo gruppo di casi.

Il ricorso ad architetture di IA per l'analisi predittiva giudiziale può rispondere a due esigenze: (1) ridurre il carico di lavoro degli uffici giudiziari; (2) arginare la deriva di imprevedibilità che minaccia il sistema giuridico e che priva i consociati di tutele nei confronti dell'arbitrio giudiziale. Ciò di cui discutiamo in questa sede è l'ipotesi di dotare i giudici – e le altre parti processuali – di strumenti di analisi predittiva per pronosticare l'esito più adeguato al caso concreto in decisione. Sempre più spesso, infatti, i difensori non riescono ad anticipare con precisione gli esiti processuali plausibili ai loro clienti, i pubblici ministeri incontrano difficoltà a prevedere il tasso di accoglimento delle accuse e i giudicanti la probabilità che i propri provvedimenti vengano successivamente impugnati<sup>6</sup>.

Quali sono le cause dell'imprevedibilità giudiziaria? L'elemento più evidente di indeterminatezza risiede nella complessità giuridica e normativa. Invero, la complessità è una macro-causa che ne contiene altre al suo interno, ma per chiarezza espositiva la considererò in maniera isolata. Seguo, però, la direzione tracciata da chi stipula una differenza tra ciò che nel diritto è complesso e ciò che nel diritto è *complicato*<sup>7</sup>. Complessità e complicazione descrivono due fenomeni distinti. La prima è un effetto del policentrismo normativo, ovvero dell'interazione e del coordinamento tra norme appartenenti a ordinamenti differenti. Le cause della complicazione sono invece connesse all'inflazione della produzione normativa e all'abuso dello strumento legislativo: l'ipertrofia legislativa provoca l'effetto indesiderato di rendere ancora più indeterminato il settore disciplinato.

La combinazione dei diversi profili di complessità è spesso motivo del fatto che a ciascun giudice corrisponde, per casi analoghi

---

<sup>5</sup> A. AGRAWAL, S.G. JOSHUA, A. GOLDFARB, *Prediction, Judgment, and Complexity: A Theory of Decision-Making and Artificial Intelligence*, in IDD., *The Economics of Artificial Intelligence*, University of Chicago Press, Chicago, 2019.

<sup>6</sup> C. CASTELLI, D. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in "Questione Giustizia", 4, 2018, p. 153 ss.

<sup>7</sup> Si veda, in particolare, M. TRIMARCHI, *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, in "Jus Civile", 5, 2017, p. 393 ss.

(se non identici), una distinta decisione. Questo fenomeno, come ricorda Viganò, compromette non solo il principio di prevedibilità o certezza, ma anche il principio di uguaglianza:

[u]n sistema in cui le decisioni sono imprevedibili – un sistema, insomma, in cui davvero *habent sua sidera lites*, e in cui a ogni giudice corrisponde una diversa sentenza, secondo quanto affermato dall'altro buon vecchio brocardo *tot capita, tot sententiae* – costituisce l'esatta negazione del principio di eguaglianza, consacrando il luogo comune secondo cui la decisione del caso concreto dipenderà – nella migliore delle ipotesi – dal personale senso di giustizia del giudice nel quale si avrà la ventura di imbattersi<sup>8</sup>.

Le istanze che emergono dallo scenario descritto sono oggetto di studio per chi crede che l'IA permetterà di rispondere in maniera efficace ai problemi della complicazione e del soggettivismo interpretativo, garantendo così una migliore tutela del principio di prevedibilità e, come si è detto, di uguaglianza dinanzi alla legge. Ciò posto, in che modo questo avverrebbe in concreto? Certamente, l'enorme disponibilità di dati e informazioni facilita la classificazione dei casi secondo la regolarità dei precedenti favorendo una rappresentazione di questi e delle varie tendenze giurisprudenziali. Il rischio di dispersione giurisprudenziale, che mette a repentaglio il principio di prevedibilità, troverebbe così maggiore contenimento. Tuttavia, come si vedrà, la ricostruzione della casistica precedente non può ridursi alla mera collezione di dati. Inoltre, confondere le caratteristiche della predizione con quelle della decisione giudiziale può avere delle costose ripercussioni sulle garanzie processuali e sul recepimento di nuove esigenze recettive derivanti dalle dinamiche sociali.

#### 4. Usi giuridici

Immaginiamo un mondo in cui le interfacce per la predizione degli esiti delle liti siano nella piena disponibilità di tutti gli opera-

---

<sup>8</sup>F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., p.17.

tori del diritto e, in generale, di tutti i soggetti. Così come qualunque utente può, ad oggi, consultare la casistica giurisprudenziale attraverso gli appositi motori di ricerca e le banche dati, nel nostro scenario ognuno può ricorrere a piattaforme di analisi predittiva per conoscere l'esito che, con maggiore probabilità, avrà il giudizio (anche solo eventuale). Un individuo, ad esempio, potrebbe sondare la convenienza nel percorrere la via giudiziale oppure quella stragiudiziale prima ancora di consultare un legale. Conoscerebbe, con anticipo, il rischio – forse il costo – insito nell'instaurazione del giudizio.

Tuttavia, è assai verosimile che i software per la predizione giudiziale, per essere correttamente impiegati, richiedano comunque una preparazione in diritto da parte dell'operatore umano, anche solo per inquadrare la situazione reale nella fattispecie giuridica corretta e sottoporre al software la domanda opportuna. In sostanza, la competenza giuridica non può essere scavalcata e l'uso di tali strumenti rimane nell'expertise dei professionisti legali. L'avvocato, ad esempio, potrebbe decidere di concentrare la propria difesa sulle argomentazioni più funzionali all'esito pronosticato dall'algoritmo. Oppure, nel caso di proiezioni molto negative, potrebbe decidere di percorrere delle alternative al processo come il patteggiamento. Nei casi più disperati, potrebbe desistere dall'incardinare il giudizio.

Ancora a supporto degli avvocati, potranno essere adottati programmi che formulano previsioni in base ai dati storici e personali dei partecipanti al contenzioso. L'analisi predittiva può rivelare, così, che in quel determinato tribunale, con quel particolare giudice e in situazioni analoghe l'istanza che si intende promuovere non è mai stata accolta o che le percentuali di successo sono molto basse.

Ma, per una ragione di carattere socio-giuridico, gran parte dell'attenzione per la giustizia predittiva è concentrata sull'uso degli algoritmi da parte degli organi inquirenti e giudicanti. Per incominciare, pensiamo al contributo che l'IA può prestare alla funzione inquirente. In questo senso, alcune ricerche propongono metodi predittivi allo scopo di calcolare la probabilità che il pubblico ministero eserciti l'azione penale<sup>9</sup>. Attraverso la scansione dei dati rela-

---

<sup>9</sup> Lo studio al quale si fa riferimento è D. AMARANTO, E. ASH, D.L. CHEN, L.



tivi alle caratteristiche personali dell'indagato e a quelle del reato commesso, il modello ambisce a prevedere con quale probabilità il *prosecutor* richiederà il rinvio a giudizio o l'archiviazione (con termini familiari al nostro sistema). Nel nostro ordinamento giuridico la presenza di una regola di giudizio, quella fissata dall'art. 125 disp. att. c.p.p, di tipo squisitamente predittivo, rende particolarmente stimolante questa prospettiva.

#### 4.1. Le decisioni giudiziali *degli* algoritmi

Quando parliamo di giustizia predittiva facciamo riferimento ad algoritmi per l'analisi statistica che rispondono a una logica precisa: descrivere la probabilità di un risultato partendo da informazioni incomplete. Gli algoritmi predittivi possono incentrarsi su casi già decisi (*case-based reasoning*, CBR)<sup>10</sup>, argomenti (*issue-based prediction*) o altri indici (ad esempio il comportamento dei soggetti che partecipano al processo). Altri modelli possono poi essere addestrati attraverso il c.d. *machine learning*<sup>11</sup>.

Come facciamo a giudicare l'accuratezza – e dunque il successo –

---

REN, C. ROPER, *Algorithms as Prosecutors: Lowering Rearrest Rates Without Disparate Impacts and Identifying Defendant Characteristics Noisy to Human Decision-Makers*, Working Paper, 2017. Secondo gli autori la percentuale di successo del loro modello è del 90 %.

<sup>10</sup> La predizione mediante CBR consiste nella comparazione tra casi giuridici simili nei quali sono stati manualmente identificati gli elementi rilevanti per stabilire la somiglianza. I modelli di CBR possono variare a seconda degli schemi di comparazione tra casi e, ancor più, in ragione del modo in cui viene spiegata la forza degli argomenti su cui si fonda la previsione. Cfr. K. ASHLEY, *Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 107-22.

<sup>11</sup> Il *machine learning* (ML) è quell'insieme di tecniche che inducono gli algoritmi a imparare dalla propria esperienza al fine di migliorare le prestazioni. L'esperienza corrisponde a dati (i c.d. *training data*) che sono stati inseriti dai programmatori e su cui l'algoritmo lavora. Se, dopo aver eseguito i compiti assegnati, l'algoritmo è in grado di perfezionare il risultato raggiunto – magari perché lo ottiene in un minor numero di passaggi o con una maggiore accuratezza – allora avrà imparato dalla propria esperienza. Apprendendo automaticamente dai dati, l'algoritmo può ricostruire l'andamento statistico di alcuni fenomeni e, in seguito, indurre un modello predittivo per il futuro. Cfr. *ibidem*, pp.109-15.

di un modello predittivo nell'ambito giuridico? Principalmente, dall'aderenza alle decisioni realmente emesse dagli organi giudicanti sui casi simulati dall'algoritmo (nella fase di rodaggio). Segnatamente, dal rapporto tra la previsione di casi corretti e tutte le previsioni dei casi effettuate<sup>12</sup>. A seconda della strategia predittiva adottata, possono essere presi diversi tipi di provvedimenti, dalle sentenze conclusive di un processo a provvedimenti provvisori ed urgenti (p. es. cautelari).

Ipotizziamo allora che delle decisioni giudiziali vengano formulate direttamente da algoritmi predittivi che simulano, di fatto, le pronunce del giudice umano. Prendiamo in considerazione le più delicate sentenze penali di condanna o di assoluzione. Come sappiamo, queste decisioni richiedono una motivazione che argomenti le ragioni alla base della pronuncia. Tuttavia, la maggior parte degli attuali algoritmi predittivi non riesce a creare delle argomentazioni equiparabili a quelle del giudice umano. Infatti, mentre decisioni di scarsa complessità giuridica possono essere automatizzate, e la relativa argomentazione può ridursi all'osso, emettere una vera e propria sentenza motivata attraverso l'analisi predittiva sembra un compito ancora molto ambizioso<sup>13</sup>.

Il metodo che più si avvicina a fornire delle spiegazioni intelligibili anche da parte degli operatori del diritto è quello della *issue-based prediction* (IBP). Un algoritmo IBP anziché limitarsi a impiegare una gerarchia di fattori rilevanti per la fattispecie, cerca di spiegare perché alcuni fattori contino più di altri alla luce del database casistico a disposizione. Il processo predittivo di un algoritmo IBP consiste (a) nell'identificare le questioni giuridiche all'interno del caso, (b) determinare quale delle parti coinvolte soccombe o vince per ogni singola questione, e (c) combinare l'analisi delle questioni rilevanti<sup>14</sup>. A seguito di queste operazioni viene formulata una prima ipotesi predittiva che andrà sottoposta a eccezioni e controesempi. La confutazione dei contro-argomenti permette di

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 144.

<sup>13</sup> Sul punto anche J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, Giapichelli, Torino, 2019, pp. 106-7.

<sup>14</sup> Cfr. S. BRUNINGHAUS, K.D. ASHLEY, *Computer Models for Legal Prediction*, in "Jurimetrics", 46, 3, 2006, pp. 309-52.

generare la previsione sull'esito della lite. Di conseguenza, l'algoritmo IBP spiega il perché della predizione di un certo risultato in termini di verificabilità e resistenza dell'ipotesi a contro-argomenti giuridicamente rilevanti.

Ma tutto ciò equivale a fornire una motivazione soddisfacente in sede giudiziaria? Solo in parte. Si prenda il caso di un incidente nautico causato da una manovra di ormeggio al porto: il comandante alla guida di una nave da crociera si accorge, nel tentare l'ormeggio, del rischio di collidere con il molo turistico dove si trovano a sostare una decina di persone. Per evitare lo scontro diretto vi- ra dunque precipitosamente la prua colpendo una piccola imbarcazione privata. Nonostante l'intenzione del comandante di procurare un danno minore attraverso la manovra d'emergenza, il risultato è ugualmente tragico: perdono la vita i due passeggeri della barca tamponata. La difesa del comandante invocherà il riconoscimento di una causa di giustificazione della condotta delittuosa. Il giudice però per poter accertare la ricorrenza della scriminante, nel caso in oggetto del c.d. stato di necessità, deve accertare la presenza di elementi – ad esempio l'inesigibilità della condotta dannosa – per i quali può esistere un margine elevato di indeterminatezza. Qualora le prove a disposizione non riescano a dirimere questo tipo di perplessità il giudice può valutare le circostanze in maniera soggettiva. Eventualità del genere conferiscono alla motivazione un carattere spiccatamente persuasivo e, talvolta, irriducibile alla sola applicazione di gerarchie e regole.

Un discorso analogo vale per la comminazione della pena. Nel giudizio penale, in particolare, l'assenza di criteri certi per la dosimetria della pena può costituire un ostacolo non trascurabile per la decisione presa con algoritmi. Anche qui, il giudice gestisce sovente l'indeterminatezza attraverso la valutazione di aspetti non strettamente giuridici ma, ad esempio, sociali.

## 4.2. Le decisioni giudiziali *con* gli algoritmi

Altre operazioni di *decision-making* giudiziale che l'IA può svolgere hanno una funzione più limitata. Queste operazioni, perlopiù svolte con gli algoritmi predittivi, riguardano valutazioni secondarie

e tuttavia complementari all'emissione della sentenza definitiva. Gli algoritmi predittivi sono, così, impiegati per agevolare la decisione del giudice senza sostituirla del tutto. Questi metodi identificano, secondo trend statistici, la ricorrenza di fattori rilevanti per i provvedimenti giudiziali (spesso elementi probatori), senza tuttavia esibire gli argomenti sufficienti a motivarne le relative decisioni giudiziali. Rientrano tra queste operazioni, ad esempio, le decisioni concernenti le misure cautelari e le misure di sicurezza. Normalmente, il giudice viene investito del compito di esaminare questioni relative a situazioni soggettive e fattuali, la cui salvaguardia è essenziale per le esigenze di indagine e per la tutela di merito definitiva.

I requisiti necessari per la concessione delle misure cautelari sono abitualmente il *fumus* (*boni iuris* nel civile e *commissi delicti* nel penale) e il *periculum* (*in mora* nel civile e *libertatis* nel penale). Il giudice ha il dovere di accertare la probabilità che si verifichi o meno una data situazione, in forza di un accertamento sommario. Quando il giudice accerta la sussistenza del *fumus* stima la possibilità che esista un diritto – si pensi a un diritto di credito – oppure la colpevolezza di un soggetto per la commissione di un reato. L'accertamento del *periculum* – quindi del pregiudizio grave e irreparabile – impone al giudice di tenere conto del rischio che si verifichi un evento nel futuro: rischio di insolvenza per il civile o di reiterazione del reato per il penale.

Come spesso accade quando ci interroghiamo sull'opportunità di rafforzare con mezzi informatici le attività e gli accertamenti giudiziali, il nodo da sciogliere riguarda l'effettiva capacità del calcolatore di padroneggiare i criteri secondo i quali il rischio va valutato. Gli algoritmi predittivi – in questo frangente *risk assessment tools* – possono contribuire a rendere la prognosi del giudice più precisa? Si prenda il caso della valutazione del rischio di recidiva. È noto che l'applicativo più discusso in materia è il sistema COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), un software che calcola la probabilità che un soggetto reiteri il reato del quale è accusato. L'algoritmo sviluppato dai programmatori, attualmente adottato da alcuni tribunali statunitensi, utilizza dati e informazioni sul soggetto detenuto. A seconda della probabilità calcolata da COMPAS il giudice può ammettere o meno la libertà provvisoria su cauzione.

Non si conosce molto altro dell'algorithmo perché gli sviluppatori non ne hanno ancora rese note le specifiche modalità di funzionamento per motivi legati alla tutela della proprietà intellettuale del software. Si conoscono, però, alcuni dei dati – la cui rilevanza effettiva è invero opinabile – che vengono processati dall'algorithmo e che determinano il risultato predittivo (p. es. numero di precedenti condanne, consumo di droghe e alcool, criminalità nella zona di residenza, livello di studi, situazione finanziaria e via di seguito)<sup>15</sup>.

Altre ipotesi di valutazione del rischio mediante l'analisi predittiva possono riguardare, nel caso del processo civile, il rischio di insolvenza del debitore. I parametri di interesse riguarderebbero la vita economico-patrimoniale del debitore (p. es. l'adeguatezza economica, altre ingiunzioni di pagamento, ecc.)<sup>16</sup>. Infine, ci si può servire degli algoritmi predittivi per la valutazione della prova.

Le decisioni con gli algoritmi vanno distinte dalle quelle descritte al precedente paragrafo perché, evidentemente, le analisi prodotte non possono essere utilizzate in maniera acritica nella sentenza definitiva. Sono strumenti che coadiuvano la decisione ma che non potrebbero in alcun caso essere usati da soli per giudicare: il giudice non può mostrarsi deferente nei confronti dell'algorithmo e rimane su di lui l'incombenza della motivazione.

*A fortiori*, va censurato ogni tentativo di produrre ed emettere sentenze attraverso programmi per la valutazione del rischio. Si obietterà che il problema ricorre anche quando non vengono impiegati gli algoritmi predittivi. Può succedere in effetti che il giudice, in assenza di prove, utilizzi in maniera estensiva le perizie o le consulenze tecniche. Il pericolo, tuttavia, è a rischio di recrudescenza se si considera l'opacità interna che caratterizza alcuni dispositivi informatici. Ciò è particolarmente avvertito nel processo penale soprattutto a seguito della introduzione di sistemi à la COMPAS, potenzialmente in grado di ledere il diritto alla difesa.

---

<sup>15</sup> Per maggiori informazioni sui dati combinati da COMPAS e una panoramica sull'applicativo si veda il manuale di utilizzo Northpointe, Practioners Guide to COMPAS Core, 2012.

<sup>16</sup> NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, cit., p. 54 ss.

## 5. A quale costo? Difetti e pericoli degli algoritmi predittivi

Non vi è dubbio che l'adozione di strumenti di analisi predittiva per anticipare il risultato di un processo susciti ancora forti perplessità sia negli addetti ai lavori che nella riflessione teorica<sup>17</sup>. Ritengo che per poter discutere di tale questione si debbano separare due profili distinti. Il primo concerne le anomalie e gli errori che l'IA commette a causa di carenze tecnico-informatiche. Il secondo, al contrario, riguarda i rischi per il sistema giuridico allorché l'analisi predittiva è messa in condizione di funzionare senza intoppi. Cercando di seguire la distinzione tracciata, per il momento mi occuperò del primo ordine di problemi. Alcuni dei difetti di questo genere, abituali nella predizione eseguita con il *machine learning*, sono:

a) *Sovra-Adattamento*. Questo problema insorge quando l'algoritmo di ML impara in maniera troppo fedele dal proprio *training set*. La causa del problema è spesso l'ingente numero di dati inseriti per allenarlo che produce classificazioni eccessivamente complesse. L'algoritmo ha una scarsa capacità di distaccarsi dagli esempi utilizzati per l'addestramento e mostra dei limiti nella generalizzazione delle regole apprese. La scarsa attitudine a generalizzare ne impedisce un utilizzo fruttuoso per i casi nuovi. Oltretutto, è ben possibile che rimanendo ossequioso ai pattern di partenza l'algoritmo induca delle false correlazioni coinvolgendo attributi irrilevanti (difetto, questo, accentuato dal c.d. rumore dei dati).

b) *Discriminazione*. Le decisioni prese quotidianamente dalle persone sono influenzate da pregiudizi basati su svariati elementi (genere, etnia, classe sociale, rapporti con la giustizia ecc.). Questo accade, naturalmente, anche per l'amministrazione della giustizia. Per questa ragione i dati con cui si cerca di descrivere la realtà sono talvolta condizionati a monte dai pregiudizi che la società riflette. Tutto ciò si riversa sui programmi per l'analisi predittiva che con quei dati sono allenati. Il dibattito su questo tema è molto vivo e, complice il malfunzionamento di COMPAS, la preoccupazione di

---

<sup>17</sup> In questo senso, una delle critiche più recenti è senz'altro quella di A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *Justice Digitale, Révolution graphique et rupture anthropologique*, Puf, Parigi, 2018.

favorire trattamenti discriminatori impensierisce studiosi e operatori del diritto.

È però opportuno considerare un ulteriore aspetto: l'assorbimento dei *bias* da parte dell'IA. L'uso di programmi di IA in ambito giudiziario potrebbe far risaltare pregiudizi sepolti nelle dinamiche sociali e non altrimenti osservabili. La rappresentazione informatica potrebbe cioè rendere più visibile il fatto, diciamo, che un certo tribunale (o un giudice) abbia una storia di decisioni razziste. Ciò non elimina una serie di pericoli residuali. In primo luogo, lo smascheramento dei *bias* può richiedere del tempo durante il quale si rischia di usare algoritmi discriminatori di default, per cui l'eventualità di incontrare giudici razzisti in un tribunale diventa certezza se l'algoritmo è unico e ha sviluppato uno standard di giudizio più frequentemente razzista. In secondo luogo, anche riuscendo a rivelare trend di decisioni ingiuste potrebbe non essere chiara la ragione specifica della scorrettezza. Ad oggi non conosciamo, ad esempio, il motivo concreto che rende razzista una decisione presa con COMPAS. Sappiamo solo che, su grande scala, il numero dei c.d. falsi positivi è stato maggiore per le persone di colore, mentre il numero dei c.d. falsi negativi è stato più alto per le persone caucasiche<sup>18</sup>. È chiaro che, in assenza di spiegazioni, ogni tentativo di correzione diventa velleitario.

c) *Opacità*. La non trasparenza degli algoritmi predittivi è oggetto di studio e rappresenta una delle più grandi sfide per l'IA. L'opacità può dipendere sia dal fatto che nell'estrarre una grande quantità di dati l'algoritmo inferisca attraversando dei livelli nascosti (effetto *black box*), sia dal fatto che la proprietà intellettuale a

---

<sup>18</sup> Per una introduzione si veda, tra gli altri, T. BRENNAN, *Correctional Offender Management Profiles for Alternative Sanctions (COMPAS)*, in J. P. SINGH, D. G. KRONER, J. S. WORMITH, S. L. DESMARAIS, Z. HAMILTON (eds.), *Handbook of Recidivism Risk/Needs Assessment Tools*, Wiley-Blackwell, Hoboken, 2017, pp. 49-77. Sui *bias* si vedano J. DRESSEL, F. HANY, *The Accuracy, Fairness, and Limits of Predicting Recidivism*, in "Science Advances", 4, 2018, pp. 1-5, A. FLORES E K. BECHTEL, e C. LOWENKAMP, *False Positives, False Negatives, and False Analyses: A Rejoinder to "Machine Bias: There's Software Used Across the Country to Predict Future Criminals. And it's Biased Against Blacks"*, in "Federal Probation", 80, 2016, pp. 38-46, A. WASHINGTON, *How to Argue with an Algorithm: Lessons from the COMPAS ProPublica Debate*, in "The Colorado Technology Law Journal", 17, 2019, pp. 131-61.

tutela del software renda riservato il codice sorgente. Questo non sarebbe un problema poi così nuovo per chi sostiene, come accade nella tradizione giusrealista, che il giudice sia egli stesso una sorta di *black box*.

Orbene, i difetti esposti possono indubbiamente compromettere diritti fondamentali come il diritto alla difesa e al contraddittorio (più in generale il diritto al processo equo). Essi non appaiono, tuttavia, irrimediabili dal momento che si possono correggere con soluzioni di carattere tecnico-informatico: per l'*overfitting* si ricorre a metodi di convalidazione incrociata<sup>19</sup>, per i *bias* esistono delle strategie correttive<sup>20</sup> e per quanto riguarda l'opacità si lavora su modelli di spiegazione, per lo più controfattuale (c.d. *explainability*<sup>21</sup>).

Di collocazione più incerta è invece il problema della deferenza dei giudici rispetto alla stima calcolata dall'algoritmo. La deferenza in argomento può essere iscritta nel fenomeno generale della "fuga dalla motivazione"<sup>22</sup>. Tale fenomeno si configura, anche a prescindere dall'impiego della IA, ogni qualvolta vengano adottate decisioni giudiziali esclusivamente in base ad analisi predittive di valutazione del rischio. L'implementazione di algoritmi predittivi potrebbe acuire il fenomeno. Come per le normali decisioni giudiziali, l'uso inappropriato dell'algoritmo – per cui la motivazione è sostituita da un calcolo non argomentato<sup>23</sup> – è rimediabile attraverso principi e regole che vietino di decidere in forza dei soli strumenti di previsione del rischio.

---

<sup>19</sup> Per una panoramica sull'*overfitting* e alcuni metodi di risoluzione si veda X. YING, *An Overview of Overfitting and its Solutions*, in "Journal of Physics: Conference Series", 2, 2017, pp. 24-31.

<sup>20</sup> N. PERSICO, D. CASTLEMAN, *Detecting Bias: Using Statistical Evidence to Establish Intentional Discrimination in Racial Profiling Cases*, in "University of Chicago Legal Forum", 1, 2005, pp. 217-35; N. PERSICO, *Racial Profiling? Detecting Bias Using Statistical Evidence*, in "Annual Review of Economics", 2009, pp. 229-54.

<sup>21</sup> Per un'accurata ed esaustiva introduzione (non strettamente informatica) si veda, T. MILLER, *Explanation in Artificial Intelligence: Insights from the Social Sciences*, in "Artificial Intelligence", 267, 2019, pp. 1-38.

<sup>22</sup> Si esprime in questo modo anche J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, cit., p. 107 ss.

<sup>23</sup> Salvo il caso in cui la decisione abbia proprio le caratteristiche del calcolo prognostico, come ad esempio la prognosi sugli interessi legittimi pretensivi.



Cosa accade, invece, se un algoritmo predittivo è in grado di fornire un'argomentazione giuridicamente fondata? La fuga dalla motivazione si prospetta ancor più pericolosa se i sistemi di IA propongono argomenti giuridici in linguaggio naturale. Per quanto ancora in stato embrionale, esistono già alcuni algoritmi predittivi in grado di fornire motivazioni giuridiche sulla causa concreta<sup>24</sup>. Un'operazione di questa natura è facilitata dal fatto che nella casistica giurisprudenziale ricorrono con una certa frequenza fattispecie per le quali esistono motivazioni quasi standardizzate da poter riciclare.

Nonostante la precisione raggiunta dall'analisi predittiva, motivazioni redatte esclusivamente in questo modo si espongono ad alcune critiche. Uno dei dubbi più rilevanti riguarda la c.d. *accountability* del giudice: la responsabilità sociale che egli detiene per il fatto di compiere delle scelte nell'esercizio delle sue funzioni rischia di indebolirsi. L'attenzione si sposterebbe, infatti, verso l'attendibilità informatica dell'algoritmo e il modo in cui questo è stato programmato. La qual cosa non è di per sé sbagliata, se non fosse per il fatto che i criteri di verifica delle decisioni giudiziarie slitterebbero su parametri di incerta origine giuridica.

In conclusione, l'ingresso degli algoritmi predittivi nel *decision making* giudiziale richiede anzitutto di definire due aspetti: quello tecnico che riguarda la trasparenza dei sistemi di IA circa il loro funzionamento interno, affinché esso sia reso intelligibile anche ai giuristi (*explicability*); e quello applicativo per incentivare un uso critico o, addirittura, dialettico degli algoritmi predittivi da parte del giudice. In questo caso ci si espone all'obiezione che, richiedendo al giudice di fornire ulteriori spiegazioni a sostegno delle motivazioni prodotte da sistemi di IA, il carico risulta tutt'altro che alleggerito. Questo è un rischio o, piuttosto, un compromesso che pare necessario per evitare di sostituire a un giudice impreciso un giudice apodittico.

---

<sup>24</sup> È il caso di Ross Intelligence *alter ego* giuridico del Watson Debater di IBM; cfr. *ibidem*, p. 105.

## 5.1. Difetti o peculiarità?

Possono essere fatte altre osservazioni in merito al secondo profilo: qual è il costo per il sistema giuridico se l'analisi predittiva è a pieno regime? Cosa succede, in altre parole, quando la giustizia predittiva è messa in condizione di funzionare correttamente?

In alcuni casi il confine tra errori di programmazione risolvibili e limiti intrinseci all'analisi predittiva è sfumato. Potremmo però assumere che un algoritmo predittivo funzioni correttamente – anche sotto il profilo tecnico – quando rispetti uno standard minimo di conformità costituzionale (si pensi, nel nostro ordinamento, al principio dell'equo processo *ex art.111 Cost.*). Ne consegue che un algoritmo non dovrebbe mai discriminare, essere incomprensibile o incoerente e non dovrebbe produrre risultati validi soltanto per gli esempi con cui è stato addestrato.

Questo standard però non sembra bastare. Oltre il rispetto delle prerogative costituzionali ci sono dei profili di conformità più difficili da assicurare a causa del peculiare funzionamento dei sistemi di analisi predittiva. Gran parte dei pericoli scaturiscono dalla divergenza tra le forme tradizionali di ragionamento giuridico e i calcoli predittivi dell'IA. Messa in questi termini, sembrerebbe una questione del tutto interna al *decision-making* giudiziale, tuttavia alcuni strascichi possono raggiungere livelli di portata più generale. Proviamo a elencare alcune delle criticità che paiono più insistenti:

a) *L'insufficienza del dato legislativo*. Tanto per cominciare, c'è un problema nel modo in cui vengono analizzati i dati a disposizione nel giudizio: tipicamente fatti e norme giuridiche. Sul modo in cui vengono analizzati i primi abbiamo visto quali pericoli si celano dietro il recepimento di *bias* contenuti nella descrizione dei fatti. Le norme, dal canto loro, presuppongono delle scelte politiche e assorbono informazioni non immediatamente ricavabili dagli algoritmi attraverso l'analisi statistica. Il giudice che applica le categorie giuridiche alle situazioni di fatto tiene conto di questi aspetti specialmente quando il dato legislativo non risulta capace di dare una risposta esaustiva o univoca al caso concreto. L'indeterminatezza dell'apparato legislativo rispetto alle circostanze che emergono dalla realtà trova nel ragionamento e nell'interpretazione giuridica una fonte di adeguamento costante. L'operazione di adatta-

mento richiede, però, anche la capacità di attingere a contesti in qualche modo esterni al diritto – e tuttavia recepiti nelle categorie giuridiche – che il giudice intercetta ragionando a un livello di maggiore astrazione<sup>25</sup>.

Per esemplificare il discorso prendiamo la disciplina della responsabilità civile degli *Internet Service Providers* (ISP). La disciplina europea – direttiva sul commercio elettronico (2000/31/CE) – prevede che l'*hosting provider* sia responsabile per i contenuti illeciti pubblicati dai suoi utenti quando sia già venuto a conoscenza del materiale lesivo oppure quando, informato dell'illecito, non ne abbia provveduto alla rimozione o alla disabilitazione. La direttiva, però, lascia ampio margine interpretativo rispetto a cosa si debba intendere per conoscenza dell'illecito e se il *provider* sia da ritenere informato in presenza di una semplice segnalazione da parte di un utente (magari il soggetto leso). Nel frattempo, l'evoluzione del mercato digitale ha evidenziato l'esigenza di riconsiderare il dibattito in corso. L'arricchimento e la sopravvivenza degli *hosting provider* (si pensi solo ai *social network*) dipende ormai sempre più dalla disponibilità di strumenti per il monitoraggio delle informazioni e dei contenuti caricati sulle piattaforme. Questa trasformazione ha cambiato il peso e l'ordine dei fattori da considerare.

La giurisprudenza italiana è intervenuta più volte sul punto<sup>26</sup> per sopperire alla sfasatura tra legislazione e situazione di fatto e ha inteso creare due figure distinte di *hosting provider*, quello attivo e quello passivo, a seconda della maggiore o minore interferenza con i materiali digitali caricati dagli utenti; l'interpretazione giurisprudenziale ha stabilito che per gli *host* attivi l'obbligo di rimozione del contenuto illecito sussista anche su mera segnalazione del titolare del diritto leso.

Aldilà dell'efficacia dell'intervento giurisprudenziale, quello che ci interessa evidenziare in questa sede è la relazione dinamica che intercorre tra ordinamento legislativo e integrazione giudiziale. Sovente la giurisprudenza reinterpreta le norme in forza di pressio-

---

<sup>25</sup> C. MARKOU, S. DEAKIN, *Ex Machina Lex: The Limits of Legal Computability*, Working Paper 2019 (<https://ssrn.com/abstract=3407856>), p. 24 ss.

<sup>26</sup> Recentemente si è espressa anche la Corte di Cassazione Civile con due sentenze gemelle, Cass. civ., Sez. I, 19 marzo 2019 nn. 7708 e 7709.

ni estrinseche – tecnologiche, economiche, politiche e sociali – che agiscono a un livello non giuridicamente esplicito. Nel caso riportato, il giudice, per distinguere tra provider attivi e passivi, ha accertato la ricorrenza degli indici di interferenza che dimostrassero la maggiore o minore ingerenza – e quindi capacità di controllo – del prestatore di servizi. Questo è stato fatto, però, sulla scorta di elementi non positivizzati dal diritto bensì emersi dalla riflessione giurisprudenziale, quali: indicizzazione, filtraggio, selezione ed organizzazione dei contenuti in base a criteri di gestione imprenditoriale, sfruttamento commerciale dei contenuti attraverso vendita di spazi pubblicitari, ecc.<sup>27</sup>.

Un algoritmo predittivo applicato a una fattispecie analoga avrebbe scarsa resa perché, essendo allenato, specialmente nel *machine learning*, su funzioni di ottimizzazione, non può esercitare delle scelte normative. Attraverso la funzione di ottimizzazione, infatti, l'algoritmo cerca, tramite l'associazione degli input e degli output, la descrizione più precisa dei dati ai quali è stato esposto in fase di allenamento al fine di riproporla sui casi futuri. Soltanto che non c'è nulla da ottimizzare in presenza di opzioni meramente normative: descrivere un provider come attivo o passivo è un'attività normativa che dipende dal modo in cui sono percepiti i prestatori di servizio nella realtà economica e sociale.

È altresì vero (come si è visto) che talvolta gli algoritmi predittivi sono allenati sulle pronunce giudiziali e non sulle sole norme giuridiche. Nonostante in questi casi l'insufficienza del dato legislativo sia rettificata dall'interpretazione giurisprudenziale permangono delle criticità. Nello specifico, il successo di tali algoritmi predittivi si misura, in genere, dall'aderenza delle loro proiezioni alle decisioni emesse dai tribunali e dalle corti rispetto agli stessi casi. Una volta attestato il successo dell'algoritmo lo si lascia calcolare per ulteriori casi non ancora decisi ma analoghi a quelli con cui è stato allenato. Pertanto, tale metodo di verifica ha un'atten-

---

<sup>27</sup> E. Tosi, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider – passivi e attivi – tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, in “Rivista di diritto industriale”, 2017, 1, pp. 75-122.

dibilità limitata: la predizione è basata esclusivamente sull'analisi delle sentenze pregresse. Mettere in pratica questo metodo significa assumere che le situazioni passate si riproducano sempre secondo le stesse forme e che le soluzioni giuridiche tradizionali possano valere *ad libitum* anche per delle fattispecie inedite.

b) *Correlation does not imply causation*. La tara epistemologica intimamente connessa al precedente profilo è stata a lungo denunciata con l'adagio "correlation does not imply causation". L'analisi predittiva, come si è visto, assembla un insieme di dati tratti dai precedenti che possono riguardare: i profili giuridici rilevanti dei casi, gli elementi fattuali delle liti e le caratteristiche personali dei partecipanti (sia delle parti in causa che degli organi giudicanti). I dati in entrata vengono quindi elaborati e producono risultati statistici e linee di tendenza. Tuttavia, tra gli eventi associati non ricorre necessariamente un nesso di causalità. Di conseguenza, la mera correlazione tra questi eventi può indurre risultati giuridicamente irrilevanti per il giudizio. Assegnare rilievo causale a una simile predizione genererebbe, ancora una volta, quel meccanismo vizioso indicato sopra: riconoscere dimensione normativa a una regolarità storica. È evidente che le proprietà inferenziali dei sistemi predittivi non si adattano alle esigenze dell'argomentazione giuridica.

c) *Ripercussioni sulla gestione delle liti*. Concepire il diritto come insieme di fatti pienamente calcolabili o, peggio ancora, sostituire la decisione con la predizione può provocare effetti di lungo periodo sull'approccio alle dispute e sulla gestione della giustizia. In primo luogo, il ricorso sistematico e indiscriminato agli strumenti di analisi predittiva potrebbe rendere più difficile l'individuazione di casi giurisprudenziali nuovi. La regolarizzazione dettata dai precedenti potrebbe cioè concorrere a occultare delle lacune normative e dei profili di novità. La stessa elaborazione di soluzioni giurisprudenziali innovative troverebbe meno spazio.

In secondo luogo, l'elevato indice di ricorrenza statistica di decisioni giudiziali scorrette potrebbe schermare gli errori e aumentare gli ostacoli all'autocorrezione giurisprudenziale. Questo potrebbe accadere anche perché l'analisi predittiva ha l'effetto collaterale di rendere meno invitanti le cause che presentano uno scarso indice di successo; le parti interessate getterebbero la spugna ancor prima di incominciare il processo senza imprimere la pressione talvolta

necessaria all'evoluzione del diritto<sup>28</sup>. L'appiattimento delle conflittualità giurisprudenziali sui trend statistici si riflette anche sugli interventi risolutivi del legislatore e, quantomeno nel nostro sistema, della Corte di Cassazione nell'esercizio della sua funzione nomofilattica.

## 6. La chiusura dell'universo di discorso giuridico

L'analisi predittiva risponde senz'altro all'esigenza di economia processuale: deflazione del carico di lavoro e ottimizzazione delle tempistiche giudiziarie. La soddisfazione di queste esigenze non dovrebbe però sacrificare le tutele e le prerogative processuali. A questo fine, abbiamo indagato l'effetto degli algoritmi predittivi sul processo prendendo il caso del principio di prevedibilità, sia come esempio di garanzia giudiziale per gli individui sia per l'evidente richiamo agli ideali di calcolabilità della giustizia che la giustizia predittiva porta con sé.

Ma le tecniche fin qui descritte realizzano sul serio l'obiettivo di rendere il diritto e la giustizia "più prevedibili"? Si è visto che gli algoritmi predittivi potranno svolgere diversi compiti. Se ci limitiamo alle decisioni giudiziali *con* algoritmi – valutazione delle prove, valutazione del rischio, ecc. – allora è del tutto plausibile che l'IA possa ovviare con un certo grado di approssimazione all'indeterminatezza di valutazioni che il giudice compie di fatto. La disponibilità di dati e la potenza di calcolo accresce infatti l'esperienza cui tipicamente fa riferimento chi giudica per deliberare. Oltretutto, le *comfort zone* del giudicante in merito a prassi consolidate dal proprio ufficio, ad esempio la concessione di misure cautelari, possono essere sottoposte in questo modo a un più rigido criterio di monitoraggio. Resta il fatto che la mancata soluzione di difetti tecnici quali *bias* e opacità aumenta l'imprevedibilità anziché ridimensionarla.

Meritano un discorso a parte le c.d. decisioni *degli* algoritmi. Le

---

<sup>28</sup> L. VIOLA, *Combinazione di dati e prevedibilità della decisione giudiziaria*, in "Diritto di Internet", 1, 2019, p. 217.

considerazioni intorno alla non calcolabilità del diritto mostrano non solo la presenza di alcune imperfezioni descrittive da parte degli algoritmi ma, soprattutto, l'irriducibilità della decisione giudiziale alla predizione basata sull'analisi statistica. Gran parte delle difficoltà dipendono dalla componente normativa dell'attività giudiziale che mal si adatta alla ragione predittiva.

Insomma, è nelle potenzialità dell'analisi predittiva con algoritmi l'incremento della prevedibilità giudiziale, ma questo vantaggio dovrà essere bilanciato con valori di cui l'ordinamento non può disfarsi. Il prezzo da pagare per avere una giustizia pienamente prevedibile è troppo alto per il sistema giuridico. Peraltro, sembra emergere una rappresentazione caricaturale dello stesso principio di prevedibilità, il cui unico fine si ridurrebbe alla devozione al precedente. Il principio in questione, invece, andrebbe inserito in una cornice più ampia in cui vengano contemplati gli aspetti dinamici dell'ordinamento giuridico, di modo che esso resti sensibile non solo alle pressioni interne al diritto, ma anche a quelle non ancora assorbite dal diritto positivo o dalla prassi giurisprudenziale. Ciò non avvenendo, l'analisi predittiva come governo totale della giustizia produrrebbe una standardizzazione (delle decisioni) in cui il significato dei concetti giuridici finirebbe per esaurirsi nell'insieme delle operazioni cristallizzate nella pratica applicativa, chiudendo l'universo del discorso giuridico su sé stesso.

Per il momento il ruolo delle tecniche predittive sembra essere confinato a quello di metodo per la ricostruzione del precedente. D'altronde, negli ordinamenti in cui vige lo *stare decisis* l'assemblaggio dei precedenti è un momento cruciale per la decisione giudiziale e, di conseguenza, l'algoritmo finirebbe con l'essere l'unico e vero metro di giudizio. In realtà, i sistemi di *common law* non sono affatto esenti dalle tensioni normative che animano l'interpretazione e l'argomentazione giuridica, a cominciare proprio dal momento in cui si valuta la somiglianza tra due casi per stabilire quale sia il precedente vincolante. Non esistono analogie prestabilite tra due giudizi e ciò che rileva ai fini della somiglianza è frutto di una decisione e non solo di una questione di fatto<sup>29</sup>. L'individuazione del precedente passa attraverso l'identificazione della *ratio deci-*

---

<sup>29</sup> R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 263 ss.

*dendi* che ha giustificato la decisione del giudice antecedente. A questo fine è necessario isolare la componente forte della decisione dagli aspetti marginali, generalmente detti *obiter dicta*. La *ratio decidendi* viene poi assunta a premessa maggiore del ragionamento (in particolare della c.d. giustificazione interna) dal giudice che la utilizza nel caso concreto<sup>30</sup>. Talvolta, però, le *ratio decidendi* non sono espresse né univoche e si prestano a essere riconvertite per vincolare al precedente questo o quel caso. La ricostruzione del precedente è quindi un'attività pienamente interpretativa giacché può richiedere che il giudice individui un fattore implicito del precedente e ne argomenta la pertinenza al caso in esame.

Infine, non è irrilevante il fatto che in alcuni ordinamenti, e per alcune tipologie di processi, la mancanza dell'obbligo di motivazione nelle sentenze renderebbe meno critico l'impiego degli algoritmi (almeno sotto il profilo argomentativo). Nel sistema penale nordamericano, ad esempio, per i processi in cui è prevista la partecipazione della giuria manca una vera e propria motivazione al verdetto. Tanto che per qualcuno anche l'ibrido giudice-giuria darebbe vita ad una sorta di scatola nera<sup>31</sup>. In tale contesto, l'adozione di un algoritmo per l'analisi predittiva potrebbe essere meno traumatico, ma non è possibile approfondire questo profilo in questa sede.

## 7. Conclusioni

A quale destino va incontro la giustizia predittiva e quale ruolo le si riserva nel processo? Gli algoritmi predittivi già in uso non hanno inaugurato una stagione particolarmente rosea per l'intelligenza artificiale (il caso COMPAS è emblematico). Per i sistemi che verranno servirà ancora del tempo per focalizzare a pieno la questione. Le variabili in gioco sono molte e dipendono dalle peculiarità dei singoli ordinamenti giuridici oltre che dalle caratteristiche del singolo strumento predittivo adottato.

---

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 265.

<sup>31</sup> T.L. DUMAS, *Contextualizing the "Black Box": State Institutions, Trial Venue, and Civil Jury Verdicts*, in "Journal of Law and Courts", 4, 2016, pp. 291-312.



Abbiamo ipotizzato due obiettivi principali per la giustizia predittiva: l'ottimizzazione delle tempistiche processuali e il presidio del principio di prevedibilità. In merito al secondo proposito si è già detto abbastanza, ma è opportuno rimarcare che se è senz'altro auspicabile evitare di far corrispondere a ogni giudice una diversa sentenza, è altresì indispensabile non far corrispondere la stessa sentenza a ogni giudizio. Oltretutto il modo in cui il principio di prevedibilità possa beneficiare dell'analisi predittiva è ancora incerto dal momento che in molti sistemi giuridici il precedente, quando anche scrupolosamente raffigurato, non è regola di giudizio.

L'ottimizzazione del lavoro e delle tempistiche giudiziarie è una prospettiva indubbiamente allettante, soprattutto se si evita di considerare la giustizia predittiva come governo totale delle liti. Le potenziali lesioni di valori fondamentali e garanzie processuali dovrebbero infatti escludere un impiego estensivo degli algoritmi predittivi da parte del giudice. Ma non è il caso di buttare via il bambino con l'acqua sporca: l'impiego degli algoritmi per le decisioni giudiziali potrebbe sia essere ristretto a specifiche operazioni che, benché ausiliarie, non sono sufficienti a fondare la sentenza, sia essere limitato a contenziosi di più modesta entità. In quest'ultimo senso, è una valida suggestione quella di limitare la predizione ai c.d. *small claims* (nel nostro ordinamento sono spesso di competenza del giudice di pace). Oppure, la consacrazione dell'analisi predittiva potrebbe avvenire in un contesto diverso da quello della decisione giudiziale come, ad esempio, in fase stragiudiziale o per il mero supporto alla professione legale.

L'ambito in cui si affermerà maggiormente l'analisi predittiva è ancora di difficile individuazione. Quello che pare certo è che la rivoluzione tecnologica influirà sul mestiere del giurista a venire che, a detta di qualcuno, dovrà avere maggiori conoscenze informatiche da accompagnare al tradizionale studio del diritto. Ritengo, invece, che la vera sfida sarà proprio quella di custodire, malgrado tutto, lo studio critico del diritto.

Marta Taroni

## **Puerilismo digitale. Il gioco nell'età degli algoritmi**

SOMMARIO: 1. *Homo ludens*. – 2. Dalla “conducibilità elettrica” alla “vita algoritmica”. – 3. La *gamification*. – 4. Verso la direzione ludicizzata delle coscienze.

*La cultura moderna  
ormai non viene quasi più “giocata”,  
e là dove sembra giocare, il gioco è falso<sup>1</sup>.*

### **1. *Homo ludens***

“Il gioco è innegabile. Si possono negare quasi tutte le astrazioni: la giustizia, la bellezza, la verità, la bontà, lo spirito, Dio. Si può negare la serietà. Ma non il gioco”<sup>2</sup>. Se è così, allora dovremmo essere felici di vivere in una società ormai quasi completamente “gamificata”. Il gioco infatti “è indispensabile all’individuo, in quanto funzione biologica, ed è indispensabile alla collettività per il senso che contiene, per il significato, per il valore espressivo, per i legami spirituali e sociali che crea, insomma in quanto funzione culturale”<sup>3</sup>. Nel corso della storia il gioco ha sempre tradotto in atti manifesti la volontà agonale, la necessità di evasione dal quotidiana-

---

<sup>1</sup> J. HUIZINGA, *Homo ludens*, Einaudi, Torino, 1973, p. 243.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 12.

no e di ribaltamento delle gerarchie sociali – si pensi alle Dionisiache greche o ai Saturnali romani, celebrazioni durante le quali i servi diventavano padroni in un contesto di festeggiamenti orgiastici in cui tutte le regole della società civile venivano ribaltate per un arco di tempo stabilito, come sarà poi anche il nostro Carnevale. La violazione di tutti i divieti, la coincidenza di tutti i contrari e il rovesciamento del quotidiano non mirano ad altro che alla dissoluzione del mondo e alla restaurazione dell'*illud tempus* primordiale, in cui spazio e tempo non esistono. La stessa finzione ludica pone la dimensione del gioco – che si tratti di un momento di rilassamento, di catarsi, di sfogo del sentimento agonale innato negli uomini – fuori dei confini spazio-temporali della vita “vera” quotidiana. Non solo la festa religiosa – sovrastruttura del gioco per Hui-zinga – interrompe il flusso temporale del vivere di tutti i giorni, ma anche le attività sportive svolgono la medesima funzione. Nel mondo antico, i giochi olimpici sospendevano le attività lavorative e ponevano persino una tregua convenzionale ai conflitti tra le *polis*. Nella Roma imperiale le feste religiose, le nascite e le morti degli imperatori, le vittorie in guerra venivano celebrate con giornate di spettacoli nelle arene, manifestazioni che interrompevano, anche in questo caso, la quotidianità. La stessa funzione avevano le giostre medievali, che nascono come giochi guerreschi diffusi secondo le fonti storiche sin dal IX secolo in ambito carolingio, ma che ben presto si trasformano in un rito sociale, una cerimonia collettiva che sospende le fatiche dei lavoratori e le faccende giornaliere. Il Rinascimento esalterà la dimensione ludica fino a farne lo stigma di tutto il suo atteggiamento spirituale. “Il Rinascimento suscita a nuova vita i due ideali ludici per eccellenza, l'idillio pastorale e la cavalleria, li suscita cioè a vita letteraria e festiva. Sarebbe difficile citare un poeta che rappresenti più puramente dell'Ariosto il vero spirito ludico”<sup>4</sup>. Dopo di allora, benché ancora vivo nel barocco e nel rococò e in tutto l’“imparruccato” Settecento, lo spirito ludico va incontro a un lento declino per svanire nel serio e “maturo” Ottocento:

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 212.

L'organizzazione tanto spirituale quanto materiale della società ottocentesca impediva un'azione visibile del fattore ludico. Gli uomini avevano ormai un'eccessiva consapevolezza dei loro interessi e delle loro aspirazioni. Essi credevano di aver già superato l'età dell'infanzia e si applicavano con studio scientifico al proprio benessere terrestre. Gli ideali di lavoro, di educazione e di democrazia lasciavano a malapena posto all'eterno principio del gioco<sup>5</sup>.

E arriviamo agli anni '30 del secolo scorso: anni in cui – scrive Huizinga – la vita sociale “viene dominata sempre di più da una qualità che ha alcuni tratti in comune col senso ludico [...] È la qualità per la quale ho osato introdurre il termine ‘puerilismo’, parola atta a dire in un solo termine: infantilismo e spirito monellesco”<sup>6</sup> ma anche “il bisogno facilmente contentato ma mai saziato di svago banale, la tendenza alla sensazione volgare, all'esibizione di massa”<sup>7</sup>; e ancora: “la partecipazione delle masse semicolte allo scambio spirituale, l'infaciamento delle norme morali e il fatto che tecnica e organizzazione hanno conferito al vivere sociale una conducibilità elettrica senza paragone”<sup>8</sup>. Ma, come Huizinga chiarisce subito dopo, malgrado ciò che può avere “in comune col senso ludico”, il puerilismo non è *ludico*. “Un bambino che gioca non è puerile. Diviene puerile solo quando il gioco gli viene a noia o quando non sa a cosa giocare. Se l'odierno puerilismo generale fosse un autentico gioco si dovrebbe con ciò vedere la società avviata al ritorno verso le forme arcaiche di cultura, nelle quali il gioco era un vivissimo fattore creativo”<sup>9</sup>. Oggi, meno di un secolo dopo, siamo a chiederci: e la *nostra* società a cosa è avviata? Stiamo assistendo a un “ritorno verso le forme arcaiche di cultura, nelle quali il gioco era un vivissimo fattore creativo” o siamo a un passo dal cadere in un “puerilismo generale” senza precedenti?

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 228.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 240.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 241.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 242.

## 2. Dalla “conducibilità elettrica” alla “vita algoritmica”

Meno di un secolo dopo, grazie all’uso di massa di *smartphone*, *personal computer*, *smart tv*, e altri strumenti che scandiscono la nostra esistenza quotidiana, la huizinghiana “conducibilità elettrica” è diventata la nostra “vita algoritmica”<sup>10</sup>. Non inaspettatamente, il parallelo tra l’ieri e l’oggi torna come un tropo retorico della nuova “filosofia digitale”: “se l’elettricità e il motore a combustione hanno reso possibile la società industriale, in maniera analoga il software sta disegnando e costruendo il nuovo modo di essere del nostro mondo”<sup>11</sup>. Ma il parallelo è, appunto, soltanto retorico. Ciò che accade oggi, infatti, non ha nulla della grandiosa, seppur invasiva, “visibilità” del paesaggio industriale: è l’installarsi invisibile di un codice.

Il codice software è oggi sempre più incorporato – installato potremmo dire per rimanere in tema – dentro le nostre vite, in forme e dinamiche tanto ovvie, quanto, in realtà, invisibili. Il software incarna oggi, al massimo grado, l’idea che le tecnologie che più incidono sull’esistenza umana sono quelle che, divenute familiari, scompaiono alla vista in quanto tali, divenendo inestinguibili alla vita stessa<sup>12</sup>.

La mano invisibile del codice guida la nostra quotidianità: siamo nella stessa condizione di Neo, il protagonista del celebre film *Matrix*,

prima che decida di ingerire la pillola rossa, che gli permetterà di vedere, con i suoi occhi, il codice che simula il mondo. Come Neo, siamo circondati da un codice che, però, non vediamo. Ci rimane opaco il software che anima le nostre istituzioni, che organizza le nostre città, che ritma le nostre vite, che tiene al sicuro i nostri soldi, che cura le nostre malattie, che ci fa conoscere l’anima gemella attraverso una piattaforma di incontri online<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> C. ACCOTO, *Il mondo dato*, Egea, Milano, 2017, p. 69.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 8.

Il codice ci semplifica la vita, ma vuole qualcosa in cambio da noi. Ci affidiamo a Google per la ricerca o l'accesso a informazioni, mentre, consapevolmente e non, regaliamo alla piattaforma dati personali di ogni tipo: e-mail, testi, fotografie, misurazioni della nostra attività sportiva giornaliera. Il vantaggio dell'azienda che si occupa dell'archiviazione, spesso gratuita, di questi dati, è di avvicinarsi agli utenti accedendo intimamente al loro vissuto e al loro presente. In questo modo, le piattaforme digitali, che forniscono servizi in cambio di una prestazione veloce e, spesso, economica, o addirittura gratuita, acquisiscono dati personali dei propri utenti che possono utilizzare per adeguare il proprio prodotto al pubblico in un'ottica di funzionalizzazione delle attività aziendali. Il fenomeno di adattamento, però, avviene anche da parte del consumatore: l'utente stesso si conforma, seppur inconsciamente, alla piattaforma digitale e al modello comportamentale implicito che essa gli suggerisce. I sistemi computazionali ci suggeriscono (ma, come vedremo, il termine non rende bene l'idea) comportamenti e persino gusti: dalla serie che scegliamo su Netflix, suggerita dalla piattaforma stessa, alla musica pop che ci propone Spotify nelle sue classifiche giornaliera. Accettando il consiglio, adattiamo le nostre preferenze e il nostro orizzonte di possibilità immaginative al processo algoritmico stesso. Ma l'obiettivo dei cosiddetti colossi del Web è anche più ambizioso. Infatti, "se Apple e Google vogliono dominare i nostri rapporti con le ricerche, l'accesso e le informazioni personali, la società di distribuzione e produzione di film e telefilm in streaming Netflix vuole possedere il tempo libero che dedichiamo all'intrattenimento video"<sup>14</sup>.

L'influenza di Netflix sulla cultura digitale è sempre più invasiva: è stato calcolato che ogni giorno del 2014 circa un terzo di tutti i dati scaricati da Internet, in determinati orari, era composto da film e telefilm in streaming della piattaforma Netflix. Netflix si è proposta, sin dagli albori, come un'alternativa veloce e funzionale al videonoleggio. Gli abbonati alla piattaforma possono infatti accedere a un costo fisso mensile a migliaia di film comodamente dal divano di casa. Ma l'aspetto più rilevante è che l'intera piattaforma

---

<sup>14</sup> E. FINN, *Che cosa vogliono gli algoritmi*, Einaudi, Torino, 2018, p. 81.

di noleggio è controllata da un sistema computazionale che propone a ogni utente, nella sua pagina Home, un catalogo personalizzato di film e telefilm composto da titoli selezionati sulla base delle scelte precedenti, delle preferenze che l'utente stesso ha comunicato a Netflix (i titoli della sezione "La mia lista") e di calcoli puramente statistici.

Se la cultura algoritmica utilizzata da Netflix, durante i primi anni di attività, era di tipo 1.0, quindi puramente computazionale, senza alcun intervento umano nella scelta dei titoli, ora la piattaforma utilizza un sistema algoritmico 2.0, metà computazionale e metà umano. Oltre all'utilizzo di tale sistema (semi) algoritmico, la grande potenza dello strumento di intrattenimento Netflix sta nella completa realizzazione del mito della personalizzazione. La piattaforma, infatti, personalizza "le proprie offerte per ogni singolo utente, ma ne conduce milioni verso il suo esperimento creativo ad alto budget di pubblicità personalizzata"<sup>15</sup>.

Un altro esempio di omologazione delle preferenze mascherata da personalizzazione è il sistema operativo Siri, presentato da Apple nel 2011. In realtà, Siri e i suoi predecessori analoghi erano in corso di sviluppo da decenni, attraverso il più grande progetto di ricerca di intelligenza artificiale finanziato dallo stesso governo degli Stati Uniti, grazie alla DARPA (Defense Advanced Research Projects Agency). Siri nasce da un prototipo di intelligenza artificiale di nome CALO (dal latino *calo*, cioè "servo del soldato") creato appositamente per assistere gli ufficiali dell'esercito americano nei loro compiti di gestione sul campo di dati di, informazioni e problemi burocratici. CALO, in abiti civili Siri, è un potente esempio di macchina culturale, un sistema concepito come un insieme di sistemi computazionali finalizzati a processare richieste formulate a voce e a rispondere, sempre a voce, in modo appropriato conservando parte della memoria del suo proprietario (e-mail, dati, fotografie, gusti musicali, calendari, impegni lavorativi, impegni sociali). Il canovaccio di possibili domande e risposte di Siri<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>16</sup> Un altro sistema di intelligenza artificiale molto popolare – sul mercato statunitense dal 2014 ma sbarcato in Italia solo a novembre 2018 – è l'assistente vocale domestico Amazon Alexa, un software che in combinazione con l'altopar-

è però abbastanza limitato: non ci troviamo ancora di fronte a un'intelligenza artificiale capace di stare al passo, o addirittura superare, quella umana del suo interlocutore. Siri, in fondo, è per ora uno strumento di ascolto, più che di risposta, un gigantesco contenitore di informazioni personali degli utenti, che credono, o meglio si autoilludono, di instaurare una sorta di rapporto privato e personale con l'intelligenza artificiale, che in realtà è standardizzata e programmata per rispondere e ascoltare allo stesso modo chiunque si interfacci con essa.

Ovviamente, sono i *social network* le piattaforme digitali che meglio esemplificano questo fenomeno di “omologazione personalizzata”<sup>17</sup>. Questo termine apparentemente (in realtà volutamente) ossimorico è qui usato per riferirsi al processo, efficacemente descritto da Shoshana Zuboff nel suo libro sul “capitalismo della sorveglianza”, per cui

l'invasione della parte più profonda degli esseri umani da parte delle macchine viene messa in atto sotto l'egida della “personalizzazione”, uno slogan che cela lo sfacciato cinismo alla base del tetro sfruttamento di insicurezze e il bisogno degli individui della seconda modernità. Dal punto di vista dell'imperativo della previsione, la personalizzazione è un mezzo per “individualizzare” le operazioni di rifornimento e assicurarsi un flusso continuo di surplus proveniente dal profondo. È un processo che può riuscire solo grazie alla nostra fame interminabile di riconoscimento, apprezzamento e soprattutto supporto<sup>18</sup>.

Facebook e, negli ultimi anni ancor più Instagram, incoraggiano gli iscritti a mostrare, in potenziale mondovisione, le proprie fat-

---

lante Amazon Echo, risponde a diversi comandi aiutando l'utente anche nella gestione della casa, potendo essere collegato con luci, tapparelle automatiche, sistemi di sicurezza antifurto.

<sup>17</sup> Un'idea del genere è già stata espressa da Gilles Deleuze nel suo celebre *Postscritto sulle società di controllo*: “[...] il potere è allo stesso tempo massificante e individualizzante, cioè costituisce come corpo coloro sui quali si esercita e modella l'individualità di ciascun membro del corpo” (G. DELUEZE, *Postscritto sulle società di controllo*, in ID., *Pourparler*, Quodlibet, Macerata – Milano, 2019, p. 237).

<sup>18</sup> S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, Luiss University Press, Roma, p. 270.



tezze, i ricordi di viaggi e di esperienze, le preferenze politiche, i gusti musicali e molto altro ancora di personale. Il singolo utente Facebook o Instagram crede – vittima anche in questo caso di un processo di autoillusione – di proporsi come un *unicum* su tali piattaforme, non rendendosi conto che il proprio materiale postato si adatta, inconsciamente, al gusto omogeneizzante del Web. In altre parole, egli è indotto dalla ricerca di rilevanza sociale a produrre e proporre contenuti idonei ad ottenere *like* e riconoscimento dagli altri utenti della piattaforma *social*, standardizzandosi<sup>19</sup> quindi, senza coercizione diretta, ai modelli proposti dal *social network* stesso. Il sistema di omologazione implicita e discreta di Instagram, in particolare, sta manifestando i suoi effetti in modo ogni giorno più palese. Ad esempio, sociologi, psicologi e giornalisti sono andati ultimamente sempre più denunciando quanto i canoni di bellezza plastificati proposti dalla piattaforma *social* dalle cosiddette *influencer* stiano, appunto, “influenzando” concretamente autostima e aspetto delle giovani fruitrici del *social network*. Secondo Jennifer Guerra, giornalista del periodico *The Vision*, le scelte delle persone su viaggi, musei e mete di interesse sono sempre più condizionate dalla moda “instagrammabile” del momento, anche se il vero *j'accuse* formulato dalla Guerra nel suo articolo è relativo, proprio, all'estetica del corpo femminile.

I copia-incolla di Instagram non riguardano solo i viaggi o le mete di interesse: riguardano anche le persone ed in particolare le donne. Le *influencer* di Instagram si somigliano tutte e la cosa sta cominciando a

---

<sup>19</sup> Un esempio interessante di questo fenomeno di omologazione è la cosiddetta “10 years challenge”, tormentone che durante il mese di gennaio del 2019 ha impazzato sia su Instagram che su Facebook. La “sfida” consiste nel postare due foto a confronto: la prima scattata dieci anni fa, la seconda attuale. Moltissimi, famosi e non, hanno mostrato sui social le proprie fattezze, passate e odierne, sperando di ricevere complimenti e approvazioni dagli altri utenti, gareggiando nella corsa “a chi è invecchiato meglio”. Dopo giorni di foto banali, altri utenti hanno cominciato a postare una versione ecologista e di denuncia della “10 years challenge”, mettendo a confronto paesaggi, soprattutto polari, che mostrano con triste evidenza i danni del surriscaldamento globale avvenuti negli ultimi dieci anni. In poche ore anche la versione “impegnata” della *challenge* è diventata virale e migliaia di utenti hanno postato questo genere di foto sulle piattaforme social.

diventare inquietante. Quando si parla di “*Instagram Face*”<sup>20</sup> ci si riferisce ad un ideale di bellezza molto preciso: labbra carnose, sopracciglia folte ma ordinate, zigomi prominenti, occhi allungati, naso piccolo. Solitamente a questo viso fa seguito un corpo altrettanto conformato: seno grande, vita stretta, fianchi e sedere pieni e alti, gambe lunghe e affusolate, possibilmente abbronzate”<sup>21</sup>.

Questi dettami di bellezza pressoché irraggiungibile, se non per rarissimo dono di natura, sembrano, oramai, definire concretamente i comportamenti delle *millennial*: gli interventi di chirurgia estetica, infatti, sono sempre più di frequente richiesti soprattutto da giovani donne (e addirittura giovanissime che spesso chiedono ai genitori seni e nasi “rifatti” come regali per il diciottesimo compleanno) e non più da signore di mezza età che vogliono attenuare i segni del tempo. In questo modo, “Instagram ci sta inculcando l’idea che la nostra esistenza sia una performance continua, in cui dobbiamo misurarci costantemente con le aspettative del nostro seguito. Persone comuni vivono come se fossero super modelle e celebrità con infinite disponibilità di denaro, sempre pronte a mostrare abiti nuovi”<sup>22</sup>. In realtà, Instagram occulta, grazie ai suoi volti ben truccati e tutti uguali, alle sue palette colori omogenee e accattivanti, ai suoi corpi perfetti ed abbronzati, una meschina strategia di marketing: l’“industria” della chirurgia e della medicina estetica grazie alla piattaforma è sempre più florida e molti sono i chirurghi estetici di fama mondiale che a loro volta sono diventati veri guru di bellezza seguiti da milioni di *follower* sui *social network*.

---

<sup>20</sup> Un altro interessante articolo giornalistico al riguardo è stato pubblicato dal periodico “The New Yorker” il 12 dicembre scorso, *The age of Instagram face* di Jia Tolentino. Il problema analizzato dalla Tolentino è grossomodo lo stesso di cui scrive la Guerra ma focalizzato sul mondo statunitense, dove il fenomeno di indirizzamento del gusto estetico grazie a Instagram pare esponenziale. La Tolentino, infatti, segnala che nel 2018 “Americans spent \$16.5 billion on cosmetic surgery; ninety-two per cent of these procedures were performed on women”.

<sup>21</sup> J. GUERRA, *La bellezza in serie di Instagram sta rovinando una generazione di donne*, in “The Vision”, 2019, <https://thevision.com/cultura/influencer-bellezza-instagram/>.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

### 3. La *gamification*

Per Mauro Salvador, esperto di videogiochi e autore di un volume sul gioco nella cultura contemporanea, viviamo nel

secolo ludico, caratterizzato da un'informazione organica organizzata e accessibile in modo "giocoso" [...]. Una condizione che si declina in forme diverse, nebulese, utopiche o distopiche a seconda delle situazioni e degli interpreti, per esempio passando indiscriminatamente dall'idea di *gamification*, legata al marketing e all'affermazione del potere del gioco in senso pervasivo e critico, alla più ampia considerazione dell'universo mediale come ambiente ideale per il realizzarsi del fare "ludico"<sup>23</sup>.

*Gamification* è un termine entrato recentemente nell'uso – è stato utilizzato per la prima volta nel 2010 dal designer "Jesse Shell per descrivere il successo di applicazioni casual e social"<sup>24</sup> – per il quale è difficile trovare una definizione precisa. L'idea che esso sottende è comunque abbastanza chiara: è "l'idea di sfruttare i meccanismi di causa ed effetto ispirati dal gioco per incoraggiare specifici comportamenti"<sup>25</sup> – com'è il caso, ad esempio, dei programmi *frequent flyer*, Nike Running o Foursquare<sup>26</sup>, che utilizzano elementi dei sistemi di gioco, ma finalizzati a obiettivi aziendali.

Per comprendere in che cosa consiste effettivamente la *gamification* è necessario, innanzitutto, capire il funzionamento materiale di un sistema "giocabile" e riconoscere gli elementi ricorrenti della *gamification*, elementi che sono niente altro che le dinamiche di base di un gioco virtuale: punti, livelli, premi, beni virtuali, classifiche. I punti o i crediti sono la ricompensa che il "giocatore", o

---

<sup>23</sup> M. SALVADOR, *In gioco e fuori gioco*, Mimesis, Milano, 2015, p. 12.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>25</sup> E. FINN, *Che cosa vogliono gli algoritmi*, cit., p. 133.

<sup>26</sup> "Foursquare è un'applicazione mobile e web che permette agli utenti registrati di condividere la propria posizione con i propri contatti. Il check-in nei luoghi permette di ottenere punti necessari a scalare una classifica settimanale, basata sugli ultimi 7 giorni, della quale fanno parte i contatti della propria stessa città". ([www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org)).

meglio l'utente del servizio virtuale, vuole ottenere e lo strumento ottimale per aumentare la partecipazione. Anche se i punti non hanno un valore economico reale, a meno che non siano sotto forma di monete digitali, gli utenti che partecipano al gioco sono spinti a compiere determinate azioni per aumentare il loro "tesoro". Le categorie o i livelli sono poi gli stadi del gioco a cui l'utente può accedere solo dopo avere ottenuto un tot di punti. Il livello è quindi un mezzo per classificare in modo gerarchico l'utenza in base al punteggio che ha ottenuto: è un nuovo traguardo da raggiungere, che consente all'utente di ottenere privilegi inediti, finalizzati a stimolare l'utente a giocare ancora per ottenerne dei nuovi e migliori.

Le classifiche sono il metodo più efficace per ordinare e suddividere l'utenza di un determinato gioco: tale suddivisione può basarsi su varie caratteristiche come il tempo speso, il livello, i punti e le performance. La competizione funge da forte motivazione a continuare il gioco per l'utente che vuole, anche inconsciamente, imporsi come il migliore della *community*, spinto da una sorta di nietzschiana volontà di potenza, dal desiderio agonale, per utilizzare le parole di Huizinga. Il vero obiettivo del giocatore sono, infatti, i beni virtuali, la concretizzazione materiale dei punti che ha ottenuto, dei livelli che ha scalato. L'utilizzo dei beni virtuali non solo ricompensa la fatica del giocatore ma contribuisce a creare all'utente una propria identità all'interno della *community* degli altri giocatori.

Altri elementi tipici del gioco sono ricorrenti in un contesto di *gamification*: il gioco virtuale ha un impianto narrativo che segue una trama o un canovaccio nel quale si muovono personaggi stabiliti o che l'utente può personalizzare scegliendo il proprio *avatar*, che funge da protagonista, in un ventaglio di possibilità proposte dal gioco. L'obiettivo del gioco è generalmente molto chiaro ma le azioni dell'utente determinano esattamente ciò che accade nel gioco e nel suo intreccio narrativo, dando così al giocatore l'impressione di essere autonomo nelle scelte che compie e di guidare effettivamente il gioco e la trama. In realtà, il percorso, o meglio, i percorsi, che portano alla vittoria del giocatore e quindi alla fine del gioco stesso, sono stabiliti da chi ha programmato la piattaforma e non sono, quindi, guidabili in alcun modo dalla volontà del giocatore, che si trova in una sorta di labirinto virtuale la cui via di uscita è obbligata.

Spesso i *gamer* che si approcciano con facilità a piattaforme virtuali, di qualsiasi tipo, inserite in un contesto di *gamification*, appartengono alla generazione, appunto, dei *gamer*, non dei *boomer*. La generazione dei *gamer* è nata e si è formata in un contesto di diffusione crescente della tecnologia, ha accesso alle informazioni mediante processi rapidi, interattivi e costruisce il proprio futuro in un ambiente sociale globale altamente competitivo. Negli ultimi anni, però, si sono avvicinati ai giochi virtuali o ad altre piattaforme organizzate in maniera ludica, anche i *boomer*, tanto da creare nell'immaginario collettivo dei più giovani lo stereotipo dell'over 40, maniaco del gioco e utente molto attivo sui social network, che, però, utilizza, spesso maldestramente e con ingenuità, gli strumenti digitali.

L'obiettivo delle meccaniche ludiche è evidentemente quello di stimolare l'utente a comportarsi non più come fruitore passivo ma come agente attivo, utilizzando il prodotto "gamificato". L'utente viene, infatti, coinvolto in una esperienza che fa leva proprio sui suoi bisogni "naturali", già riconosciuti come tali da Huizinga: l'ansia di competizione, il desiderio di riconoscimento di uno *status* all'interno di una comunità e di appartenenza al gruppo. Inoltre, attraverso un sistema ludicizzato risulta più semplice veicolare dei messaggi, anche impliciti: la persona stimolata da un contesto di gioco è pervasa da ottimismo e positività, da una forma di stress positivo, il cosiddetto *eustress*, che aiuta il soggetto a risolvere problemi e a superare ostacoli. Al tempo stesso, il comportamento attivo dell'utente consente di ottenere un feedback immediato sotto forma di dati che si basano sulle azioni compiute all'interno del gioco, feedback che permette al sistema di classificare in categorie i fruitori stessi del gioco. Una tale raccolta di dati agevola, inoltre, la programmazione della piattaforma digitale stessa, che in base agli *input* sui gusti e sulle preferenze che riceve dagli stessi avventori, modifica le proprie offerte, la propria estetica, il proprio linguaggio.

Secondo la visione di Jane McGonigal<sup>27</sup>, famosa ricercatrice e *game designer* americana, occorre trasformare il mondo in un sistema "giocabile", in modo da rendere le sfide reali e quotidiane

---

<sup>27</sup> [www.janemcgonigal.com](http://www.janemcgonigal.com).

stimolanti per tutti i giocatori del pianeta. Osservando per anni milioni di persone dedicarsi con impegno a combattere battaglie virtuali e a costruire mondi digitali, la ricercatrice ha sviluppato la convinzione secondo cui la *gamification* può essere la chiave per affrontare anche serie problematiche globali, dallo sviluppo d'impresa nei paesi poveri all'emergenza ambientale. Infatti, la *gamification* è nata per incentivare precisi comportamenti. Emerge, evidente, una sospetta affinità con la teoria dei *nudge*, secondo la quale i processi decisionali degli individui o della collettività possono essere influenzanti da suggerimenti, aiuti indiretti e incentivi, senza essere forzati coercitivamente. I comportamenti suggeriti in un contesto gamificato possono essere nell'interesse o di chi mette in atto la dinamica stessa (ad esempio un app che fornisce un servizio o dei beni, un'azienda, una qualsiasi attività commerciale), o del singolo, aiutandolo a eseguire azioni che altrimenti farebbe di controvolgia (scegliere un cibo sano e ipocalorico piuttosto che un Big Mac, camminare per recarsi al lavoro invece che utilizzare l'auto), o della collettività, incentivando le persone a tenere comportamenti a vantaggio della società e del pianeta (distinguere i rifiuti seguendo le indicazioni per la raccolta differenziata, utilizzare mezzi pubblici elettrici piuttosto che autovetture per i propri spostamenti). L'ideale è riuscire a combinare questi tre interessi, seguendo quello che è chiamato il principio della "*Triple bottom line*": *People, Planet, Profit* (persone, pianeta, profitto). Gli esempi di questo tipo di *gamification* "positiva" sono molteplici: dalle app che stimolano a svolgere attività fisica garantendo ricompense digitali varie (come CharityMiles, per esempio, l'app che attribuisce per ogni miglio percorso 25 centesimi di dollaro all'utente, il quale poi dona il totale a qualsivoglia ente benefico), alle nuove piattaforme di apprendimento online (come Duolingo, un servizio per la formazione linguistica completamente gratuito, caratterizzato da un'interfaccia ludicizzata). Ancora, in alcuni stati, europei e non, per combattere l'evasione fiscale gli scontrini sono stati trasformati in veri e propri biglietti della lotteria: richiedendoli dopo ogni acquisto i cittadini hanno la possibilità di vincere determinati premi.

La *gamification* si basa su precise dinamiche psicologiche, come, ad esempio, quella per cui la maggior parte delle persone sarebbe portata a scegliere una gratificazione immediata rispetto a

una ritardata<sup>28</sup>. Nel caso di un sistema gamificato, infatti, il giocatore è ricompensato subito con qualche bene virtuale, o anche solo accedendo a un livello superiore del gioco, e questa gratificazione, seppure irrisoria, lo sprona a giocare ancora per essere nuovamente, e immediatamente, ricompensato. Il fenomeno, del resto, è ben noto ai grandi produttori di videogiochi, soprattutto statunitensi, i quali da tempo

assumono psicologi per attirare più giocatori possibili. Usano tecniche ideate nel mondo del gioco d'azzardo per generare un gran numero di "microtransazioni". Nel 2018 l'industria dei videogiochi ha realizzato un fatturato di 123 miliardi di euro: il doppio rispetto al 2012. [...] La psicologa Celia Hodent ha lavorato per anni alla Epic Games, l'azienda che produce Fortnite<sup>29</sup>, dove si occupava di "ottimizzare le esperienze di gioco". Oggi è un consulente indipendente. In un video su YouTube illustra alcune tecniche manipolatorie. "La paura di perdersi qualcosa – *fear of missing out* (Fomo) – è una leva importante, specialmente nel caso dei più giovani", dice. Alcuni produttori mettono a disposizione delle novità per un periodo brevissimo, per spingere il giocatore a non perdersele<sup>30</sup>.

Le debolezze inconscie del giocatore, nel caso dei videogiochi, o dell'utente in quello dei sistemi gamificati che, come già osservato, ricalcano la struttura del videogioco, vengono utilizzate dal produttore del gioco o dell'app per fidelizzarlo. Oltre alla fidelizzazione, le aziende produttrici di giochi e app gamificate hanno anche, ovviamente, un obiettivo economico. Anche i videogiochi (apparentemente) gratuiti sono fonte di grandi guadagni da parte delle aziende produttrici:

Vincent va Diemen dirige la casa di produzione Sparkling Society. Nel suo ufficio c'è uno schermo su cui si legge il tempo medio trascorso dai giocatori di fronte a ciascuno dei videogiochi dell'azienda e

---

<sup>28</sup> D. LAIBSON, *Lecture 1: Instant Gratification, Mannheim Summer School*, July 13, 2009, <https://scholar.harvard.edu/laibson/publications/instant-gratification>.

<sup>29</sup> Fortnite è un noto videogioco molto in voga tra giovani e giovanissimi.

<sup>30</sup> S. VAN DEN BRAAK, T. MUNTZ, E. WOUTERSEN (Investico), *Gioca, dormi, gioca*, in "Internazionale", 1332, 2019, pp. 40-1.

la quantità di denaro che spendono. Al momento della nostra visita la resa media per utente arriva al massimo a – tenetevi forte – 0,3 centesimi al mese. [...] Ma la somma di tutti quei centesimi è piuttosto importante: i giochi della Sparkling Society sono stati scaricati più di cento milioni di volte in tutto il mondo<sup>31</sup>.

Non solo i videogiochi, però, si giocano come videogiochi: un particolare prodotto della piattaforma di intrattenimento Netflix presenta obiettivi e forme di una proposta digitale, non identificabile con un gioco in senso stretto, ma particolarmente esemplificativa del sistema della *gamification*. Mi riferisco al film del 2018, di produzione originale Netflix, “*Black mirror – Bandersnatch*”. Con *Bandersnatch*, Netflix sperimenta un nuovo formato interattivo: il film, infatti, non ha una linea narrativa unica ma tante possibili e percorribili dallo stesso spettatore che sceglie cosa farà il protagonista. In diversi punti del film ci sono “momenti-bivio” in cui chi guarda può decidere tra due azioni alternative, ognuna delle quali porta a uno sviluppo diverso della storia. In poche parole, l’utente che guarda il film ha l’impressione di avere in mano le redini della situazione e di potere effettivamente dirigere la narrazione nella direzione che più gli aggrada, quando, in realtà, la scelta dei percorsi che non portano a uno dei finali stabiliti dalla regia conduce inevitabilmente lo spettatore, o meglio il giocatore, a ritornare all’inizio del film o al “momento – bivio” nel quale ha operato la scelta “sbagliata” secondo il gioco. Ergo, fino a che non si percorre una delle vie elette dal programmatore, il giocatore è intrappolato in un dedalo narrativo senza uscita. L’intreccio, poi, è un meta-racconto della struttura stessa del film. Ambientato negli Ottanta, narra la storia di Stefan Butler, un giovane programmatore che sta elaborando un videogioco basato su un *librogame*. Il *librogame* – letteratura pop che nel mondo anglosassone spopolava negli anni ’80 – ha il medesimo formato narrativo di *Bandersnatch* stesso, un copione prestabilito nel quale, però, attraverso le scelte operate dal fruitore, esistono più finali possibili del racconto. La meta-narrazione è, quindi, iperbolica: il film, il cui formato è quello del *librogame*, racconta la storia di un ragazzo che programma un videogioco con la me-

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 44.



desima struttura narrativa, basato su di un *librogame*. Uno dei personaggi, Colin, il coprotagonista, o meglio l'aiutante del protagonista, in uno degli scenari possibili dice: "Esiste un diagramma cosmico che ci dice cosa dobbiamo fare. Siamo su di un percorso, come il percorso finisca non è importante, è come le decisioni influenzano il tutto l'importante." Quello che Colin chiama il "diagramma cosmico" è il regista, è Netflix, è l'algoritmo stesso che governa la piattaforma: è il codice che guida la società ludicizzata, nella quale ognuno di noi ha l'impressione di abitare in mondo personalizzato, creato a sua misura, a sua immagine, ma in cui, in realtà, siamo tutti stimolati subdolamente ad "autoomologarci" agli altri: estranei con i quali non dialoghiamo, tutti alienati nell'illusione dell'individualismo compiuto.

Anche Facebook è piena di stimoli ludici, che sono un deliberato innesto del sistema al "mondo della vita", per dirla alla Habermas. Facebook, infatti, è uno strumento per misurare il coinvolgimento degli utenti: l'azione di "taggare" un altro utente in una foto, ad esempio, regala a colui che produce il contenuto virtuale un incoraggiamento sociale e mentale e, soprattutto, "il piacere di essere riconosciuto pubblicamente"<sup>32</sup>. Molte altre app, poi, si basano sulla cultura condivisa della *gamification* e sul concetto di collaborazione tecnologica, oltre che sulla cosiddetta economia dell'interfaccia. Nella nuova "economia dell'interfaccia" le interazioni sociali e commerciali tradizionali sono effettuate sempre di più attraverso app fondate su forme di astrazione semplici e ben progettate: in tale contesto il mediatore computazionale degli scambi commerciali sa gestire la logistica con efficienza, trova corrispondenze tra domanda e offerta, quindi mette in contatto direttamente acquirenti e venditori di beni e servizi e, inoltre, struttura accuratamente gli accessi alle piattaforme. Nell'era della *gamification* tutti gli operatori che agiscono all'interno dell'economia dell'interfaccia sono spronati dalle app stesse con le quali interagiscono a fare le cose al meglio, a raggiungere *score* sempre più alti e a ricevere dagli altri utenti recensioni ogni giorno migliori<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> E. FINN, *Che cosa vogliono gli algoritmi*, cit., p. 113.

<sup>33</sup> Esempi di società che si muovono in questo nuovo contesto socio-economico sono Uber, Airbnb e persino l'app di incontro Tinder. "Queste società prendo-

#### 4. Verso la direzione ludicizzata delle coscienze

Riassumiamo. Il gioco si infiltra quotidianamente nei nostri tessuti vitali: in qualsiasi momento della giornata, aprendo sul nostro *smartphone* una qualsivoglia app, ci troviamo a giocare entro un sistema programmato per regalarci una gratificazione immediata in cambio di informazioni, opinioni, denaro. Sfruttando la propensione naturale degli uomini al gioco, i sistemi algoritmici, progettati per vendere prodotti o servizi agli utenti e contestualmente carpire loro informazioni personali, si propongono attraenti e gradevoli agli occhi dei fruitori, che li percepiscono come passatempi innocenti grazie ai quali fuggire la noia. In questo modo, però, il gioco finisce per diventare, come direbbe Huizinga, “puerile”, cioè infantile. Infantili, infatti, sono le emozioni suscitate negli individui dalle piattaforme digitali “gamificate”: la gratificazione immediata data da un piccolo premio come ricompensa di un traguardo raggiunto (si pensi ai buoni sconto che si ottengono sulle piattaforme turistiche *online* come Booking o Trivago, dopo avere effettuato un tot di prenotazioni in strutture alberghiere convenzionate); la vanità di essere guardati, accettati e apprezzati dagli altri membri di una comunità, nel caso di specie, virtuale (pensiamo all’ansia non solo di giovanissimi e giovani ma anche di adulti, o addirittura anziani, di essere sommersi da *like* e da commenti positivi alle proprie foto postate su *social media*, quali Facebook e Instagram). Il gioco, inoltre, come già aveva avvertito lo stesso Huizinga guardando con preoccupazione alla sua epoca, perde un carattere essenziale

che vale per ogni gioco – sia esso culto, rappresentazione, gara o sagra – [carattere essenziale che] sta in ciò, che a un determinato istante esso finisce. [...] Ed ecco rivelarsi a questo punto la menzogna del tempo

---

no l’ethos di giochi come FarmVille e impongono il loro cerchio quasi magico su ciò che in precedenza era considerato un settore commerciale serio. Uber, per esempio, presenta ai suoi autisti un’app con un’interfaccia semplice che ricorda da vicino i giochi di guida su spazi aperti come la serie Grand Theft Auto. L’opacità dell’azienda sui prezzi e sulla percentuale degli introiti condivisa con i conducenti la rende ancora più simile ad un videogioco arbitrario in cui i punteggi vengono assegnati secondo un algoritmo che noi giocatori capiamo solo in parte” (*ibidem*, p. 125).

nostro: il gioco in certi casi non finisce mai, non è dunque vero gioco<sup>34</sup>.

La “menzogna del tempo *nostro*” – ciò per cui il gioco cessa infine, e forse per sempre, di essere “vero gioco” – va però ben oltre. Non solo il gioco smette di essere una sospensione dal quotidiano, diventando parte integrante di esso, ma – come aveva anche in questo caso profetizzato Huizinga – perde definitivamente la sua natura ludica:

Il vero gioco esclude ogni propaganda. Ha in sé la sua finalità. La propaganda odierna che cerca di sequestrare ogni campo di vita, usa i mezzi destinati ad ottenere isteriche reazioni di massa, e perciò non si può accettarla neppure quando assume delle forme di gioco, come una manifestazione moderna dello spirito ludico, ma soltanto come sua falsificazione”<sup>35</sup>.

La “propaganda *odierna*” non si propone di suscitare “isteriche reazioni di massa” dal momento che chi ha interesse a usarne i mezzi ha capito che l’app divertente, attraente, ludicizzata costituisce un formidabile strumento di omologazione comportamentale.

In pratica, il potere dei giochi di cambiare comportamenti è stato strumentalizzato senza ritegno, con la diffusione della *gamification* in migliaia di situazioni nelle quali un’azienda non vuole fare altro che regolare, dirigere e condizionare il comportamento dei propri clienti o impiegati rivolgendolo verso i propri obiettivi. In genere questo significa importare alcune componenti, come i punti bonus e l’avanzamento di livello, per determinare comportamenti che tornano comodi all’interesse dell’azienda, con programmi che premiano la fedeltà dei clienti o la competizione per le vendite tra impiegati<sup>36</sup>.

Questa omologazione comportamentale genera profitto per “i capitalisti della sorveglianza”<sup>37</sup>: grazie al mercato dei comporta-

---

<sup>34</sup> J. HUIZINGA, *La crisi della civiltà*, Einaudi, Torino, 1978, p. 111.

<sup>35</sup> J. HUIZINGA, *Homo ludens*, cit., p. 249.

<sup>36</sup> S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 330.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 17.

menti futuri, infatti, le aziende, che giocano secondo le regole del “capitalismo della sorveglianza”, si arricchiscono sfruttando l’“esperienza umana come materia prima da trasformare in dati” comportamentali<sup>38</sup>. Non sorprendentemente, “[i] capitalisti della sorveglianza hanno scoperto che i dati più predittivi si ottengono intervenendo attivamente sui comportamenti delle persone, consigliandole o persuadendole ad assumere quelli che generano maggiore profitto”<sup>39</sup>. Di conseguenza, “il capitalismo della sorveglianza e i suoi operatori di mercato sono costretti ad accrescere continuamente i mezzi per la modifica dei comportamenti e il potere strumentalizzante”<sup>40</sup> delle piattaforme digitali. L’intera tecnologia algoritmica diventa così uno strumento al servizio della logica del profitto del capitalismo della sorveglianza.

I nuovi protocolli automatizzati sono progettati per influenzare e modificare il comportamento umano, per renderlo un mezzo di produzione subordinato a mezzi di modifica del comportamento sempre più nuovi e più complessi. Possiamo vedere questi nuovi protocolli in azione negli esperimenti di contagio di Facebook e nel gioco della realtà aumentata Pokémon Go, incubato da Google<sup>41</sup>.

Emerge, sullo sfondo, lo spettro mai interamente esorcizzato, ma ora più che mai ritornante, del Panopticon benthamiano<sup>42</sup> potenziato fino a diventare un immane sistema di valutazione e di controllo<sup>43</sup>. Lo stesso Jesse Schell, “inventore” del termine *gamification*, ipotizza – sia pure da una diversa prospettiva – “un futuro in cui ogni azione individuale sarà tracciata e valutata con un pun-

---

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 486.

<sup>43</sup> “Vivere sempre sotto allo sguardo degli altri, essere seguiti da centinaia di migliaia di occhi, potenziati da dispositivi, sensori, raggi e onde del Grande Altro, che ci renderizzano, registrano, analizzano e attivano ... Il ritmo incessante, l’intensità e la portata di questi sguardi creano un flusso infinito di valutazioni che alzano o abbassano il valore sociale di una persona con ogni clic” (*ibidem*, p. 483).

teggio, fra marketing e previdenza sociale”<sup>44</sup>. Shell individua in “questo ipotetico futuro [...] una possibile svolta foucaultiana: l’essere monitorati costantemente da un sistema potrebbe (o dovrebbe) spingerci a diventare persone migliori, poiché i nostri discendenti conosceranno tutto di noi, a parte forse i pensieri”<sup>45</sup> – una prospettiva allettante (chi non vorrebbe diventare una persona migliore?) che potrebbe indurci a essere meno pessimisti sull’avvento di una società della “sorveglianza gamificata”. Di fatto,

[g]ià nella sua prima parziale formulazione l’idea di *gamification* presenta due anime contrastanti: da un lato si tratta di una strategia di *marketing* che propone di usare elementi di *game design* in contesti non ludici per motivare e accrescere la fidelizzazione e la partecipazione degli utenti; da un altro punto di vista invece può assumere il significato di principio nobilitante che, calando una patina ludica sul reale, permette al giocatore di migliorare la propria vita e il proprio impatto sul mondo<sup>46</sup>.

Ma “da un *altro* punto di vista” ciò potrebbe voler dire che nell’era digitale il gioco, “de-ludicizzato” (mi si passi il neologismo) e puerilizzato, diventa espressione del *Kitsch*<sup>47</sup>: lo sfarzoso sipario che nasconde alla vista gli ingranaggi dello sfruttamento macchinico gestito dagli “algoritmi del capitale”<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> M. SALVADOR, *In gioco e fuori gioco*, cit., p. 78.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> L’accezione che attribuisco in questo contesto al sostantivo tedesco *Kitsch* è vicina a quella formulata da Milan Kundera nel suo *L’insostenibile leggerezza dell’essere*: “Questo ideale estetico si chiama *Kitsch*. È questa la parola tedesca nata alla metà del sentimentale diciannovesimo secolo e poi propagatasi in tutte le lingue. A furia di usarla, però, si è cancellato il suo significato metafisico originario: il *Kitsch* è la negazione assoluta della merda, in senso tanto letterale quanto figurato: il *Kitsch* elimina dal proprio campo visivo tutto ciò che nell’esistenza umana è essenzialmente inaccettabile” (M. KUNDERA, *L’insostenibile leggerezza dell’essere*, Adelphi, Milano, 1985, p. 268).

<sup>48</sup> M. PASQUINELLI (a cura di), *Gli algoritmi del capitale. Accelerazionismo, macchine della conoscenza e autonomia del comune*, Ombre corte, Verona, 2014, p. 9.

## **Gli Autori**

ALBERTO ARTOSI

Università degli Studi di Bologna

ANDREA GENTILI

Dottore in Filosofia

TOMMASO MEANI

Dottore in Scienze Internazionali

CLAUDIO NOVELLI

Università degli Studi di Bologna

MARTA TARONI

Università "G. D'Annunzio" di Chieti-Pescara

MICHELE UBERTONE

Università degli Studi di Bologna

SILVIA VIDA

Università degli Studi di Bologna



Finito di stampare nel mese di novembre 2019  
nella Stampatre s.r.l. di Torino  
Via Bologna, 220





### ***Volumi pubblicati***

1. C. VALENTINI, *Le ragioni della costituzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, 2011, pp. VIII-408.
2. F. RUSCHI, *Questioni di spazio. La terra, il mare, il diritto secondo Carl Schmitt*, 2012, pp. VIII-344.
3. C. FARALLI, *Le grandi correnti della filosofia del diritto. Dai Greci ad Hart. Seconda edizione con Appendice antologica*, 2014, pp. VI-306.
4. L. RE, *Il liberalismo coloniale di Alexis de Tocqueville*, 2012, pp. X-290.
5. C. ROVERSI, *Costituire. Uno studio di ontologia giuridica*, 2012, pp. VIII-216.
6. L. BACCELLI, *More geometrico. La teoria assiomaticizzata del diritto e la filosofia della democrazia di Luigi Ferrajoli*, 2012, pp. VI-154.
7. L. MARCHETTONI, *I diritti umani tra universalismo e particolarismo*, 2012, pp. VIII-312.
8. F. MASTROMARTINO, *Il diritto di asilo. Teoria e storia di un istituto giuridici controverso*, 2012, pp. VIII-296.
9. A. ROTOLO, *Perché il diritto è una convenzione? Il gioco delle norme e il suo linguaggio. Seconda edizione*, 2017, pp. XII-100.
10. M. MANGINI, *Etica democratica. Una riflessione sui valori etici nella società liberale*, 2013, pp. XII-268.
11. S. ZULLO, *La dimensione normativa dei diritti sociali. Aspetti filosofico-giuridici*, 2013, pp. VI-186.
12. A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, 2014, pp. VIII-152.
13. N. RIVA, *Egalitarismi. Concezioni contemporanee della giustizia*, 2016, pp. VI-218.
14. A. CAVALIERE, *Le ragioni della secolarizzazione. Böckenförde tra diritto e teologia politica*, 2016, pp. XVI-184.
15. G. BONGIOVANNI, G. PINO, C. ROVERSI (A CURA DI), *Che cosa è il diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*, 2016, pp. XII-548.
16. I. PUPOLIZIO, *Pubblico e privato. Teoria e storia di una grande dicotomia*, 2019, pp. XVI-288.

17. M. TARONI, M. UBERTONE (A CURA DI), *Il diritto debole. Mutazione del diritto e nuove forme di normatività*, 2020, pp. VI-186.

**Testi:**

1. G.W. LEIBNIZ, *Saggio di questioni filosofiche estratte dalla giurisprudenza e Dissertazione sui casi perplessi in diritto*, 2015, pp. VI-226.
2. R. CAMPIONE, F. RUSCHI, *Guerra, diritto e sicurezza nelle relazioni internazionali*, 2019, pp. XXII-322.













