



YLENIA MARIA CITINO\*

## PRIME RIFLESSIONI SUL “NUDGE” COME TECNICA DI INTERVENTO NEL DIRITTO COSTITUZIONALE\*\*

**Abstract [It]:** L’approccio “nudge”, frutto di recenti elaborazioni delle scienze comportamentali, si sta diffondendo in vari ambiti, fra cui quello delle politiche regolative pubbliche. Scarso, invece, è il numero dei contributi che mirano ad analizzare la potenziale applicabilità e utilità del *nudging* nel diritto costituzionale. Il presente lavoro ambisce a tratteggiare delle prime riflessioni su questo tema, aprendo qualche pista di ricerca a partire dagli assunti di base della teoria dei *nudge* e del paternalismo libertario.

**Abstract [En]:** Developed from recent achievements in behavioral sciences, “nudging” as a method is spreading across various domains, including that of public regulatory policies. However, there are few contributions aimed at analyzing the potential applicability and usefulness of nudging in constitutional law. This work aims to outline some initial reflections on this topic, opening up avenues for research based on the foundational assumptions of nudge theory and libertarian paternalism.

**Parole chiave:** Nudging; Paternalismo Libertario; Costituzionalismo; Diritti e Libertà Fondamentali; Potere.

**Keywords:** Nudging; Libertarian Paternalism; Constitutionalism; Fundamental Rights and Freedoms; Power.

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. Prospettive comportamentali e normatività. – 2. *Ubi voluntaris ordo ibi ius*. L’avvento del “paternalismo libertario” e il suo impatto sull’ordinamento giuridico. – 3. Le promesse dei *nudge* e il rebus definitorio. – 4. Paternalismo libertario e interventi comportamentali in ambito costituzionale. – 5. Spigolature su eventuali ipotesi di “spinte gentili” nella materia costituzionale. – 5.1. Un esempio tratto dal diritto parlamentare: l’istituto del gruppo misto. – 5.2. *Segue:* le votazioni per appello nominale. – 5.3. Il “*constitutional prestige*” del Presidente della Repubblica. – 5.4. Il giudice costituzionale come architetto delle scelte. – 5.5. Le tecnologie che “fanno *nudging*”. – 5.6. I *nudge* nascosti nel sistema dei diritti e libertà costituzionali. – 6. Possibili obiezioni al ricorso ai *nudge* e conclusioni provvisorie sulla loro accettabilità a livello costituzionale.

\* Assegnista di ricerca in Diritto pubblico – Luiss Guido Carli.

\*\* Contributo sottoposto a *peer review*.

## 1. Introduzione. Prospettive comportamentali e normatività

**N**onostante il copioso dibattito accademico sul *nudging* in genere e sull'efficacia (o meno) dell'approccio detto "paternalismo libertario" (*libertarian paternalism*)<sup>1</sup>, si registra una sorprendente carenza di contributi sugli effetti che tale tecnica potrebbe avere se applicata a livello costituzionale<sup>2</sup>. Il presente contributo ambisce a colmare questo vuoto con una serie di prime riflessioni avvinte a una serie di interrogativi: il ricorso al *nudging* è ammissibile rispetto agli standard valoriali del costituzionalismo? Esistono già forme involontarie di *nudging* a livello costituzionale? Più in generale, quali benefici e rischi esso apporta nel contesto dello stato di diritto?

Le scienze comportamentali insegnano che il percorso decisionale degli individui, in condizioni di incertezza e carenza di informazioni, è lungi dall'essere perfettamente razionale. Così, è stato progressivamente messo in evidenza che le scelte sono continuamente influenzate da tutta una serie di variabili che possono indurre in errore o semplicemente far deragliare l'agente rispetto alla decisione economicamente "migliore": da qui, il concetto di "razionalità limitata" (*bounded rationality*)<sup>3</sup>. A partire dal celebre volume *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, scritto nel 2008 dall'economista Richard Thaler (premio Nobel nel 2017) e dal giurista della Harvard Law School, Cass

<sup>1</sup> Rinviando alla letteratura citata in prosieguo, sia sufficiente qui il riferimento, per la dottrina italiana, a N. RIVA (a cura di), *L'antipaternalismo liberale e la sfida della vulnerabilità*, Milano, Carocci, 2020; G. TUZET, *Nudge, paternalismi e principio del danno. Nota su un libro di Cass Sunstein*, in *Ragion pratica*, n. 2/2019, 637-660; S. ZORZETTO, *Rational, Reasonable and Nudged Man*, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, 2019, 73-94; M. MARCHESIELLO, *Nudge, ovvero: il tramonto dell'uomo economico*, in *Politica del diritto*, n. 3/2014, 497-510. Il tema è principalmente affrontato da un punto di vista etico-filosofico: v. ad esempio, in chiave critica rispetto al pensiero di Thaler e Sunstein, E. DICCIOTTI, *Alcune osservazioni sull'antipaternalismo moderato di Maniaci*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, n. 2/2021; M. CUONO – R. SAU, *Ripensare il paternalismo in epoca neoliberale*, in *Meridiana*, n. 79/2014, 29-46, spec. p. 35; V. MURA, *Paternalismo e democrazia liberale: un equivoco da chiarire*, in *ivi*, 47-69; G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2011, 133-162.

<sup>2</sup> V. però i lavori di Q. CAMERLENGO, *Costituzione e coscienza sociale: il contributo della teoria del nudge*, in *Lo Stato*, n. 21/2023, 1-28; A. GRAGNANI, *Nudging e libertà costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2021, 498-517; G. GEMMA, *Paternalismo, antipaternalismo, Costituzione*, in *Diritto e società*, n. 4/2016, 629-667; S. CASSESE, *Exploring the Legitimacy of Nudging*, in A. KEMMERER et al. (Eds), *Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging*, Baden Baden, Nomos, 2016, 241-245; limitatamente ad aspetti più circoscritti, v. anche A. VAN AAKEN, *Constitutional Limits to Nudging: A Proportionality Assessment*, in A. KEMMERER et al., *Choice architecture*, cit., 6 e, infine, se si vuole, Y.M. CITINO – Q. CAMERLENGO, *Les "nudges" et le droit constitutionnel : une alliance prometteuse ou risquée?*, in *Nomopolis*, n. 1/2023, 1-22.

<sup>3</sup> In un recente lavoro di S. DHAMI - A. AL-NOWAIHI - C. R. SUNSTEIN, *Heuristics and Public Policy: Decision-making Under Bounded Rationality*, in *Studies in Microeconomics*, n. 1/2019, 7-58 si dimostra come la deviazione dalla scelta puramente razionale sia dovuta al ricorso alle c.d. euristiche, le scorciatoie di pensiero o pensiero automatico. Ciò dipende dal fatto che chi deve compiere una decisione (che sia un'impresa, il governo o il singolo cittadino) si trova in presenza di alcuni "fallimenti": ad esempio, non ha un tempo di scelta illimitato o non ha a portata di mano tutte le informazioni essenziali. Egualmente, costui non dispone di una capacità di calcolo estesa o non è esente dall'aver emozioni. Questi, e altri fattori, condizionerebbero i processi decisionali. Di essi, dunque, secondo gli autori, andrebbe tenuto conto nella formulazione delle politiche pubbliche. V. anche R.H. THALER, *From Homo Oeconomicus to Homo Sapiens*, in *Journal of Economic Perspectives*, n. 1/2000, 133-141, nel quale in maniera inedita si suggerisce agli studiosi di prendere in conto nei modelli economici non solo variabili matematiche ma altresì... le emozioni. Esse sarebbero rilevanti in quanto, assieme ai *bias*, conducono a un allontanamento dalla perfetta razionalità dell'agente.

Sunstein, (premio Holberg nel 2018)<sup>4</sup>, si è avviata una vera e propria “rivoluzione cognitiva” volta ad aprire nuove vie al decisore pubblico<sup>5</sup>. Essa ambirebbe a sfruttare i punti di debolezza nei percorsi di scelta degli individui per indirizzarli nel senso desiderato dai *policy-makers*. Dalla pubblicazione dell’opera a oggi, svariate imprese (*corporate nudging*) e governi (*public nudging*) hanno istituito unità e divisioni interne dedicate alle sperimentazioni sul *nudging*. Ad esempio, la *Behavioral Insights Team* (BIT), istituita nel 2010, ha in un primo momento operato al servizio del governo britannico e, in un secondo momento, nel 2021, è stata privatizzata<sup>6</sup>.

La recente riedizione, aggiornata, dell’opera di Thaler e Sunstein rende forse ancora più impellente avviare un dibattito sul *nudge* in campo costituzionale, posto che gli autori hanno teorizzato non solo l’esistenza di *nudge* “cattivi”, denominati *sludge*, ma anche *nudge* “buoni”, volti ad assicurare il benessere non soltanto dei destinatari della misura stessa, bensì altresì di soggetti terzi (*third parties nudges*).

Come si vedrà meglio più avanti, per *nudging* si intende l’attività volta a guidare o orientare subliminalmente la condotta degli individui, avvalendosi di “spinte gentili”, sostituendo alla tradizionale logica della coercizione (*command and control*) una diversa logica di persuasione inconscia. Una simile teorizzazione sembrerebbe avere, a prima lettura, un impatto significativo sui fondamenti teorici del diritto, andando ad incidere sul cuore stesso della normatività. Da qui, la necessità di compiere delle riflessioni – allo stadio attuale, necessariamente interlocutorie – sulla compatibilità di tale “metodo” con il costituzionalismo.

A tal fine, si procederà in due tempi. Dapprima, si tenterà di districare alcuni nodi problematici attorno al concetto di *nudge*, analizzando le posizioni di coloro che sostengono la bontà del paternalismo libertario (par. 2) e raffrontandole con l’approccio etico-filosofico sotteso alla nostra Costituzione (par. 4). Ciò verrà fatto passando per una sommaria, ma opportuna, rassegna delle questioni definitorie legate al *nudging* (par. 3). Successivamente, si proporranno alcuni esempi sparsi tratti dalla “materia” costituzionale che sembrano coincidere con una nozione di *nudge* “riadattata” allo speciale contesto (par. 5). Infine, si

---

<sup>4</sup> L’opera, divulgativa e destinata al pubblico, è qui citata nella sua edizione più recente: R. H. THALER - C. R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness. The Final Edition*, London, Penguin, 2021. Esistono, tuttavia, lavori dei medesimi autori che trattano l’argomento da un punto di vista più scientifico. V. a titolo esemplificativo R. H. THALER - C. R. SUNSTEIN, *Libertarian Paternalism*, in *The American Economic Review*, n. 2/2003, 175-179; C. R. SUNSTEIN - R. H. THALER, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, in *The University of Chicago Law Review*, n. 4/2003, 1-48.

<sup>5</sup> V. ad esempio A. CANDIDO, *La nudge regulation. Interpretazioni dottrinali e prime applicazioni pratiche*, in *Amministrazione In Cammino*, 6 luglio 2012, 1-14, che nelle conclusioni (p. 12) sottolinea come «la dottrina maggioritaria nutr[a] numerosi dubbi circa le concrete possibilità per tale strategia di risolvere i problemi regolatori, soprattutto se di tipo complesso». Sui problemi regolatori legati agli errori cognitivi dei soggetti regolati, v. N. RANGONE, *Errori cognitivi e scelte di regolazione*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, n. 1/2012, 1-12.

<sup>6</sup> V. ad esempio K. SENGUPTA, *Coronavirus: Inside the UK government’s influential behavioural ‘nudge unit’*, in *Independent.co.uk*, 2 aprile 2020. Detta anche la “*nudge unit*”, la BIT si è occupata principalmente di realizzare campagne di *nudging* in materia di salute e benessere, risparmio energetico, lotta all’evasione fiscale, scuola, servizi pubblici ed efficienza dell’azione pubblica.

trarranno alcune conclusioni, stabilendo se le più comuni obiezioni sollevate contro la teoria dei *nudge* siano pregnanti in ambito costituzionale e se siano, o meno, superabili.

## 2. *Ubi voluntaris ordo ibi ius*. L'avvento del “paternalismo libertario” e il suo impatto sull'ordinamento giuridico

Poiché la nozione di *nudge* è strettamente legata alla filosofia del paternalismo libertario, è da questo che occorre muovere per ricostruire l'impianto teorico del tema in discussione. Una nozione diffusa in letteratura è quella di Dworkin, secondo cui il paternalismo consiste nell'interferenza di un'autorità pubblica o di un privato sulla volontà di un individuo, giustificata dalla pretesa che l'interferito, grazie all'interferente, acquisirà un maggiore benessere o sarà protetto da un probabile danno<sup>7</sup>.

Pertanto, elementi che connotano il paternalismo sono: a) il compimento di un atto di interferenza su un individuo; b) la menomazione della sua libertà, essendo l'ingerenza compiuta contro la sua volontà; c) la pretesa di agire solo nell'interesse della persona stessa, sottraendola dal subire un evento dannoso. A seconda dell'estensione dell'intervento in funzione paterna e della motivazione su cui esso si fonda si potranno configurare vari modelli di paternalismo. Senza addentrarsi nelle ricche classificazioni ampiamente esaminate dagli autori citati in nota, basti qui solo menzionare che la distinzione più comune è quella, abbastanza intuitiva, fra paternalismo *hard* e *soft*.

Su questa base teorica si innesta, quindi, il c.d. “paternalismo giuridico”, descritto come una «concezione etico-politica in base alla quale lo Stato, o un soggetto autorizzato dallo Stato, può usare la (minaccia dell'uso della) forza, contro la volontà di un individuo adulto, anche qualora le sue scelte siano razionali e libere da coazione altrui, al fine, esclusivo o principale, di tutelare (quelli che vengono considerati) i suoi interessi, ovvero (ciò che viene qualificato come) il suo bene»<sup>8</sup>.

La critica “antipaternalista” sostiene che l'azione dello Stato diretta a sovrapporsi sulle scelte altrui non sia mai giustificabile, in nome del libero arbitrio. In altre parole, la decisione

<sup>7</sup> Secondo la versione originale dell'autore, il paternalismo è «the interference of a state or an individual with another person, against their will, and defended or motivated by a claim that the person interfered with will be better off or protected from harm». G. DWORKIN, *Paternalism*, in E.N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2020, 1.

<sup>8</sup> G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, cit., 134, che prosegue specificando che ciò può essere fatto «in particolare al fine di evitare che questi, tramite un'azione o un'omissione, cagioni, o rischi in modo significativo di cagionare, a se stesso (ciò che viene considerato) un danno, ad esempio fisico, psicofisico, economico». Prima di lui, v. i classici di J. FEINBERG, *Legal Paternalism*, in *Canadian Journal of Philosophy*, n. 1/1971, 105-124, secondo cui lo Stato che ricorre al paternalismo giuridico per proteggere dal male “*self-inflicted*” si eleva a guardiano permanente degli interessi dei propri cittadini “*in loco parentis*”, ossia come un genitore farebbe con i propri figli, impedendo dunque agli stessi di responsabilizzarsi; J. HOSPERS, *Libertarianism and legal paternalism*, in *The Journal of Libertarian Studies*, n. 3/1980, 255-265, che pone l'accento sul fatto che più l'azione del singolo è volontaria, meno è giustificabile l'intervento paternalistico; più recente, v. anche A. OGUS, *The Paradoxes of Legal Paternalism and How to Resolve Them*, in *Legal Studies*, 1/2010, 61-73 che compie una rassegna dei “paradossi” insiti nel ricorso al paternalismo giuridico per derivare una tassonomia dei vari casi in cui, in base a un rapporto costi/benefici, interventi di questo tipo potrebbero risultare opportuni o meno.

ultima spetta sempre al singolo e non può mai essere rimessa allo Stato. Un'ulteriore corrente di pensiero ammette eccezioni a tale assioma, qualificando come “antipaternalismo debole” l'accettabilità di una soglia minima di interferenza nella libertà del privato: se, ad esempio, la persona che agisce è incapace di intendere e di volere, l'intervento dell'autorità pubblica in funzione protettiva è, invero, auspicato. Per di più, in tal senso non può negarsi che lo Stato debba assolvere a un ruolo “protettivo” dei propri cittadini, agendo anche contro la loro volontà, come quando i pompieri operano al fine di impedire che una persona si lanci dal parapetto di un edificio. Un caso ulteriore è quello di un individuo che non è a conoscenza di alcuni fatti o informazioni rilevanti come, ad esempio, che il viadotto che sta per attraversare è pericolante. Sarebbe ricompreso nell'antipaternalismo debole l'atto delle autorità pubbliche che ostruiscono l'accesso al viadotto con una deviazione stradale – andando pertanto contro la volontà di chiunque si vorrebbe immettere a piedi o a bordo di un veicolo.

Non è, dunque, implausibile affermare che alla concezione liberale su cui si fonda il costituzionalismo contemporaneo è possibile associare anche l'accoglimento di una forma di antipaternalismo “temperata”, ammettendosi rare eccezioni in casi specifici, ad esempio per proteggere il benessere psicofisico dei minori. Eppure, viene da dire, la linea di confine fra un antipaternalismo debole e le recenti teorizzazioni del *soft paternalism* sembra essere alquanto sfumata<sup>9</sup>.

Il ritorno in auge di un nuovo paternalismo, autodefinitosi “libertario”, si appoggia sugli strumenti forniti dalle scienze comportamentali per individuare i casi in cui la razionalità umana – essendo per definizione “limitata” (*bounded*) – risulti affetta da vizi, tali da giustificare interventi pubblici<sup>10</sup>. A differenza del paternalismo tradizionale, tuttavia, una siffatta concezione sostituirebbe la coercizione con diverse modalità di delimitazione delle scelte: in ciò risiederebbe il vantaggio dell'assenza di insidie contro la libertà e l'autonomia privata che lo caratterizzerebbe in maniera “libertaria”. L'apparente ossimoro sarebbe scongiurato dal fatto che gli interventi preconizzati da tale concezione andrebbero soltanto ad “orientare” le valutazioni del singolo sfruttando le accennate *defaillances* cognitive (note come *bias* ed euristiche), senza incidere sulla possibilità che i destinatari delle operazioni di manovra compiano, comunque, scelte in senso divergente. Il privato, dunque, è libero di “sbagliare” se decide di non farsi “trascinare” dalla spinta paternalista.

Fra gli artifici atti a condizionare in maniera inconsapevole le decisioni – rendendole, dunque, fintamente intenzionali –, uno degli esempi tipicamente ricordati è quello degli scaffali delle mense scolastiche, organizzate in modo tale da disporre a portata di mano gli alimenti più salutari, in luogo di quelli meno salutari, con l'obiettivo di contrastare l'obesità. Secondo Thaler e Sunstein, questo modo di operare significa definire l'“architettura delle

---

<sup>9</sup> V. ad esempio N. RIVA, *La libertà come limite alla libertà*, in N. RIVA (a cura di), *L'antipaternalismo liberale e la sfida della vulnerabilità*, cit., 51 ss. che asserisce che, in determinate situazioni, è giustificabile quell'intervento paternalista dello Stato «che si traduca in una limitazione della libertà delle persone».

<sup>10</sup> C. R. SUNSTEIN - R. H. THALER, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, cit., 1-48.

scelte”. In altre parole, l’architetto delle scelte è in grado di influenzare i destinatari di un’opzione operando sulle modalità con cui le alternative sono ad essi presentate.

Esempi rilevanti includono alcune strategie di marketing come le tattiche utilizzate nelle interfacce dei siti web per spingere gli utenti a dare il consenso all’utilizzo di cookie o tecnologie simili per finalità diverse da quelle strettamente necessarie. Un web designer esperto tenderà a progettare il pulsante “accetta” grande, ben visibile o accattivante, contrapponendo il pulsante “rifiuta”, che sarà al contrario poco visibile, di dimensioni ridotte o colori spenti.

La legge può intervenire sull’architettura delle scelte in due modi: o semplicemente per correggere gli errori cognitivi dei singoli (*debiasing*), lasciandoli liberi di compiere la propria scelta in un contesto “depurato” da ostacoli alla comprensione della realtà, ovvero per “instradarli” verso quella che è reputata la scelta migliore, preservando la libertà di autodeterminazione attraverso un raggio benevolo (il *nudge*, per l’appunto). Secondo Jolls e Sunstein, effettuare un *debiasing* attraverso la legge è il primo passo essenziale per migliorare la democraticità, leggasi la giustizia, di certe regole. Ciò, infatti, ambisce a correggere il problema della razionalità limitata<sup>11</sup>. Se un individuo subisce un danno per via dell’uso di un prodotto, perché lo reputa più sicuro di quello che è, la legge dovrebbe puntare a colmare il *bias* informativo imponendo un obbligo di informazione in capo al produttore. In tal modo, si prevedrebbe un probabile fattore di rischio, aggirandolo.

Mentre il *debiasing* è concepito per intervenire sulla qualità della legge e si muove, dunque, su un piano sostanziale, il *nudging* sembra spingersi oltre. Esso agirebbe sul piano ontologico stesso della legge, andando a rimpiazzare la tradizionale struttura delle norme. In classici di fine Ottocento come l’opera di Thon si enfatizzava quanto il diritto fosse un complesso di imperativi<sup>12</sup>. Kelsen sviluppò la tesi secondo cui non esistono norme giuridiche se non sono inserite all’interno di un ordinamento coattivo<sup>13</sup>. Bobbio distingueva fra quelle regole atte a «rendere meno frequenti e meno aspri i conflitti», facenti parte del diritto privato, e regole «imperative e generalmente restrittive» con la funzione di «dirigere interessi divergenti verso uno scopo comune»<sup>14</sup>. Sono solo queste seconde le norme del diritto pubblico.

Il *nudging*, al contrario, decreterebbe il passaggio a regole che si avvalgono di una formulazione in termini di “persuasione” (X può scegliere di fare A o B, ma è più conveniente che faccia A), con una modalità probabilmente più subdola e meno trasparente che poco si attaglia, forse, ai dettami del diritto pubblico<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> C. JOLLS - C. R. SUNSTEIN, *Debiasing through Law*, in *The Journal of Legal Studies*, 1/2006, 199-242: 201.

<sup>12</sup> A. THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht: Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Weimar, Böhlau 1878.

<sup>13</sup> H. KELSEN, *Dottrina pura del diritto [1960]*, a cura di M. LOSANO, Torino, Einaudi, 2021, §6.

<sup>14</sup> N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto [1976]*, con pref. di M. LOSANO, Roma-Bari, Laterza, 2014, §6.

<sup>15</sup> Esiste, però, anche un paternalismo “coercitivo”, basato sulle teorizzazioni di S. CONLY, *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

Senza addentrarci nel dibattito sui pro e contro del paternalismo detto “libertario”, va segnalato, ad ogni modo, come l’intuizione alla base del *nudging* non sia inedita. Nell’opera di Jeremy Bentham, infatti, emerge una concezione di “legislazione indiretta” per molti versi vaticinante i modelli di regolazione sinora menzionati<sup>16</sup>. In particolare, mentre secondo Bentham la legge si basa sulla coercizione e sulla deterrenza sanzionatoria, la legislazione indiretta, al contrario, sfrutterebbe il principio di utilità e l’interesse degli individui a minimizzare le perdite al fine di ottenere la medesima obbedienza<sup>17</sup>. Riportando le parole del filosofo inglese, «*indirect methods, then, are those which, without having the characters of punishment, act either physically or morally upon the man, in order to dispose him to obey the laws—to remove from him temptations to crimes, and govern him by his inclinations and his knowledge*»<sup>18</sup>. Pertanto, ognuno è il miglior giudice di se stesso (*best-judge principle*)<sup>19</sup>. Il *nudging*, sotto tale luce, non sarebbe altro che una tipologia blanda ma attentamente meditata di legislazione indiretta.

Tuttavia, mentre nel suo pensiero la legislazione indiretta è presentata come un metodo a complemento dei mezzi della legislazione tradizionale, funzionale al rispetto delle regole poste per una convivenza sociale ordinata in un contesto repubblicano, il paternalismo libertario è professato per essere costruito attorno a un obiettivo diverso e del tutto spolitizzato: esso rappresenta una dottrina rivolta al benessere del singolo, decontestualizzata rispetto al principio che la libertà individuale debba essere esercitata nei limiti di un dato ordinamento giuridico orientato al benessere dell’intera collettività.

Come il paternalismo, sebbene libertario, si possa iscrivere nel costituzionalismo è questione dai risvolti non solo giuridici, ma anche etico-filosofici. In un recente commento, Gemma metteva in rassegna vari pensatori liberali per dimostrare come la conquista di un ordinamento che si pone come finalità ultima quella di garantire la “libertà liberale” sia strettamente correlata ad una concezione moderatamente antipaternalistica<sup>20</sup>. Anticipando le conclusioni, esistono infatti, come si vedrà nel corso di questo scritto, fondati problemi di ammissibilità delle misure paternalistiche rispetto ai valori del costituzionalismo, a partire dai concetti di dignità umana e autodeterminazione.

Una nota di fondo, però, deve essere sin d’ora messa in rilievo. Se è vero, infatti, che la giuridicità di una norma è data non tanto dal suo essere assistita da una sanzione quanto, piuttosto, dal suo armonico inserimento in un ordinamento normativo<sup>21</sup>; se è vero, inoltre, che un ordinamento si qualifica come normativo quando dà vita a un sistema di norme che

<sup>16</sup> S. G. ENGELMANN, «*Indirect Legislation*»: *Bentham’s Liberal Government*, in *Polity*, n. 3/2003, 369-388.

<sup>17</sup> Si veda fra i tanti, in particolare, M. QUINN, *Jeremy Bentham, choice architect: law, indirect legislation, and the context of choice*, in *History of European Ideas*, n. 1/2017, 11-33; A. BRUNON-ERNST, *Le gouvernement des normes. Jeremy Bentham et les instruments de régulation post-moderne*, in *Archives de Philosophie*, n. 78/2015, 309-322 ma anche S. ENGELMANN, *Nudging Bentham: indirect legislation and (neo-)liberal politics*, in *History of European Ideas*, n. 1/2017, 70-82, che rintraccia una serie di parallelismi fra la teoria di Bentham e quella dei *nudge*.

<sup>18</sup> J. BENTHAM, *Principles of penal law*, disponibile online: <<https://oll.libertyfund.org/title/bowring-the-works-of-jeremy-bentham-vol-1>>, specialmente “Part III: Of indirect means of preventing crime”.

<sup>19</sup> Per un approfondimento, si veda F. FERRARO, *Il padre contro il giudice: utilitarismo, paternalismo e best judge principle*, in *Ragion Pratica*, n. 2/2021, 451-474.

<sup>20</sup> G. GEMMA, *Paternalismo, antipaternalismo, Costituzione*, cit., 649.

<sup>21</sup> Valga per tutti, N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Milano, Giuffrè, 1958, *passim*.

si distaccano dal soggetto che le ha prodotte e diventano *positae*, ossia positive, oggettivandosi, allora vale ancora l'antico brocardo per cui *ubi voluntaris ordo ibi ius*<sup>22</sup>. Il diritto esiste laddove c'è un ordine volontario e le norme giuridiche hanno un valore deontologico, ossia insistono non tanto sull'essere, quanto sul dover essere. Come rileva Pfersmann, una norma è tale perché «*ordonne, interdit ou autorise des actions possibles sur le mode conditionné*»<sup>23</sup>. La volontarietà, come elemento connaturato alla giuridicità e alla normatività di un ordinamento, è, invece, carente nelle regole volute dal paternalismo libertario. Queste sono fabbricate ad arte per imporsi in maniera assolutamente non tetragona, sfruttando il passaggio da una condizione di obbedienza dei consociati a una inedita forma di cooperazione volontaria.

### 3. Le promesse dei *nudge* e il rebus definitorio

Al concetto di paternalismo libertario così sommariamente richiamato va abbinato un secondo elemento di analisi ovvero, per l'appunto, la teorizzazione dei *nudge*. Secondo le definizioni più accreditate, il verbo *to nudge*, che non ha un vero e proprio equivalente nella lingua italiana, significa «cercare l'attenzione di una persona con una spinta del gomito»<sup>24</sup> oppure «spingere qualcuno gentilmente, specialmente con il gomito, per ottenere la sua attenzione»<sup>25</sup>. Diversi autori hanno criticato i lineamenti della teoria elaborata da Thaler e Sunstein nel volume del 2008, riscontrando svariate incoerenze definitorie<sup>26</sup>.

Come è stato fatto notare da Hausman e Welch, l'opera (divulgativa, ma ripresa da precedenti studi di taglio più scientifico) si snoda attraverso una serie di esempi di *nudge* senza estrarre una definizione generale, ma lasciando piuttosto al lettore l'arduo compito di capire cosa questi possano realmente essere<sup>27</sup>. Gli autori di "*Nudge*" si limitano a definire questo concetto come «*any aspect of the choice architecture that alters people's behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives*»<sup>28</sup>. La definizione viene poi precisata attraverso dei corollari in negativo, che gettano poca luce sul rapporto fra il *nudging* e il paternalismo c.d. libertario. Si afferma che è errato ritenere che: 1) il *nudging*

<sup>22</sup> F. MODUGNO, *Norma (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, 1978, 330.

<sup>23</sup> O. PFERSMANN, *Le droit est-il narratif, la narrativité est-elle juridique?*, in *Revue Droit & Litterature*, n. 1/2019, 172.

<sup>24</sup> Merriam Webster Dictionary.

<sup>25</sup> Oxford Advanced Learner's Dictionary.

<sup>26</sup> P.G. HANSEN, *The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism: Does the Hand Fit the Glove?*, in *European Journal of Risk Regulation*, n. 1/2016, 155-174, spec. 160; P. MONGIN - M. COZIC, *Rethinking Nudges*, Cahier de Recherche de l'IHPST, Cahier DRI-2014-01, 2014, 1-23; mentre critici sul concetto di base del paternalismo libertario sono, per esempio, M.J. RIZZO - D.G. WHITMAN, *Little Brother is Watching You: New Paternalism on the Slippery Slopes*, NYU Law School, Public Law Research Paper No. 08-12, 2008, 1-56, i quali evidenziano fondati rischi che il paternalismo libertario debole, se messo in campo da autorità poco attente, si possa trasformare in un paternalismo più duro e intrusivo.

<sup>27</sup> D. M. HAUSMAN - B. WELCH, *Debate: To Nudge or Not to Nudge*, in *Journal of Political Philosophy*, n. 1/2010, 123-136.

<sup>28</sup> *Ibid.*, 128.

tenda sempre ad influenzare coscientemente il comportamento degli individui, poiché esistono forme di *nudge* involontarie alle quali non si può sfuggire, e 2) è errato credere che il paternalismo si traduca sempre in una forma di coercizione<sup>29</sup>.

Qualche chiarificazione si può trarre, peraltro, dal lavoro di Johnson<sup>30</sup> ove si enumerano i principali “strumenti” a disposizione dell’“architetto delle scelte”: ad esempio, se il fallimento dell’agente deriva dalla presenza di troppe alternative fra cui scegliere, l’architetto delle scelte può intervenire riducendole e “indirizzando” il soggetto agente verso le opzioni “migliori”. Questo è uno scenario valido nel settore degli investimenti finanziari o della previdenza complementare, dove altrimenti si verifica quella che è stata definita una “tirannia della scelta”<sup>31</sup>. Se, invece, l’inerzia di chi è tenuto a scegliere è il motivo alla base di una scelta poco razionale, l’architetto delle scelte può avvalersi dello strumento delle opzioni di *default*, come si vedrà nel paragrafo 5.6, per “pre-impostare” una scelta presunta<sup>32</sup>. Se la decisione fallimentare è, poi, dovuta al procrastinarsi dell’attività di scelta, una soluzione consisterebbe nel prevedere delle finestre di tempo limitate in cui decidere, in modo da indurre il soggetto a effettuare la scelta stessa: si tratta di strumento usato, per esempio, in ambito tributario. Questi sono solo alcuni esempi delle svariate tecniche a disposizione degli architetti delle scelte.

Sembra coerente con le asserzioni appena fatte, comunque, l’idea che alla base dell’attività di *nudging* vi sia il presupposto di un agire umano poco razionale, ovvero di scelte inficiate da *bias*, euristiche ed errori cognitivi, tali per cui il *nudge* interviene sfruttando gli errori nell’interesse del soggetto agente<sup>33</sup>.

Alcune contraddizioni nella letteratura prodotta da Thaler e Sunstein, tuttavia, paiono evidenti, frutto del fatto che la teoria del *nudging* è stata affinata nel corso degli anni. In due saggi del 2003<sup>34</sup>, per esempio, essi chiarivano che una determinata *policy* pubblica contiene atti di paternalismo libertario se si tenta di influenzare le scelte delle parti coinvolte in modo da migliorare le loro condizioni senza farlo in maniera esplicita o dichiarata. Il tasso di benessere, quindi, è giudicato preventivamente dal *policy maker*. Nel volume del 2008 si corregge il tiro affermando che la migliore condizione di benessere non è quella stimata in maniera oggettiva dall’autorità pubblica, poiché solo il soggetto che agisce può sapere cosa è meglio per se stesso.

<sup>29</sup> R. H. THALER - C. R. SUNSTEIN, *Nudge*, cit., 30-31.

<sup>30</sup> E. J. JOHNSON et al., *Beyond nudges: Tools of a choice architecture*, in *Marketing Letters*, n. 2/2012, 487-504, specialmente la tabella n. 1.

<sup>31</sup> Definizione coniata da B. SCHWARTZ, *The paradox of choice: why more is less*, New York, Harper, 2004.

<sup>32</sup> Sui *default nudge* e sulle reazioni dei privati targettizzati dai *nudge*, v. P. MICHAELSEN - C.R. SUNSTEIN, *Default Nudges. From People's Experiences to Policymaking Implications*, Cham, Palgrave MacMillan, 2023, 31-57.

<sup>33</sup> Per alcune considerazioni empiriche sui comportamenti decisionali che conducono a scelte non ottimali, si v. il classico di D. KHANEMAN - A. TVERSKY, *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, LXXXV, 1974, 1124-1131.

<sup>34</sup> C.R. SUNSTEIN - R.H. THALER, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, cit., 2; R.H. THALER - C.R. SUNSTEIN, *Libertarian Paternalism*, cit., 175.

Ad ogni modo, la presenza di *nudge* nella sfera pubblica testimonierebbe indubbiamente l'avvio di un processo di “ammorbidimento” del diritto<sup>35</sup>. L'ingegnerizzazione delle norme non si richiamerebbe a un tipo di normatività costringitiva, poiché soggiacerebbe, invece, a imperativi di tipo diverso, che puntano, per ottenere obbedienza, a “stratagemmi” come il principio di massimizzazione dell'interesse. In altre parole, più il singolo consociato avrà interesse – e non già paura – a rispettare la norma, più sarà indotto a cooperare. Si sostituisce la funzione di deterrenza indotta da una norma alla funzione di maggiore utilità ricercata dal *nudge*.

Ecco, dunque, perché mal si sposa con l'idea di *nudge* nel diritto pubblico l'asserzione posta alla base della teoria di Thaler e Sunstein per cui le spinte gentili sarebbero da predisporre al fine di orientare il cittadino verso il proprio benessere<sup>36</sup>. L'afflato “altruistico” di queste finalità è superato nel momento in cui la pubblica autorità “fa *nudge*” per ottenere determinati risultati dalle proprie politiche. In tal caso, sembra più ragionevole ritenere che all'altruismo si sostituisce una manipolazione “narcisista”, volta cioè a fare gli interessi del manipolatore piuttosto che del manipolato<sup>37</sup>. Non a caso, impieghi massicci del metodo di *nudging* sono riscontrabili negli ambienti del *marketing*, le cui tecniche sono volte a ottenere risultati profittevoli non tanto per il consumatore quanto, più ragionevolmente, per l'impresa commerciale.

Ad ogni modo, fra i lavori che meritano di essere citati per il loro sforzo di chiarire le aporie sulla teoria dei *nudge* c'è quello di Hansen, assunto a punto di riferimento nel copioso dibattito accademico sulla questione. Un dibattito che non comprende solo giuristi ma, come è parso evidente sin dall'inizio di questo lavoro, anche economisti, filosofi, sociologi e politologi.

Hansen, nel tentativo di ricondurre l'approccio multidisciplinare dei *nudge* nell'alveo dell'economia comportamentale, offre una definizione mirante a compiere un miglioramento «assoluto» su un concetto altamente «imperfetto»<sup>38</sup>. L'autore, in particolare, spiega in maniera egregia come i difetti nell'agire umano possano essere sfruttati per promuovere certi comportamenti, nonché come gli stessi derivino principalmente da due modi di ragionare. Il “pensiero automatico” sarebbe alla radice di decisioni «incontrollate, senza sforzi, induttive, rapide, inconsce e basate sull'esperienza». Al contrario, il «pensiero riflessivo” caratterizzerebbe quelle decisioni umane “controllate, richiedenti sforzi, deduttive, lente, consapevoli e rispettose delle regole»<sup>39</sup>. Questa distinzione permetterebbe, secondo Hansen, di rendere meno ambiguo il perimetro delle azioni umane sottoponibili a

<sup>35</sup> N. EMERIC, *Droit souple + droit fluide = droit liquide. Réflexion sur les mutations de la normativité juridique à l'ère des flux*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n. 2/2017, 5.

<sup>36</sup> R. H. THALER - C. R. SUNSTEIN, *Nudge*, cit.

<sup>37</sup> Tanto che gli stessi Sunstein e Thaler distinguono tra un paternalismo più pervasivo, che influisce sulla formazione delle preferenze, e un paternalismo “buono”, che, al contrario, aiuta le persone a compiere le scelte eliminando eventuali errori cognitivi, sulla base della loro curva di preferenze. Tale distinzione è stata criticata per la sua mancanza di validità scientifica.

<sup>38</sup> P. G. HANSEN, *The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism*, cit., 160.

<sup>39</sup> *Ibidem*, 161, tabella 1.1.

*nudge*: non ogni azione, dunque, ma soltanto quelle che, deviando dalle previsioni di razionalità, sono condizionate da *bias* ed euristiche.

Uno studio recente ha aggiunto nuovi elementi alla teoria delle spinte gentili<sup>40</sup>. Così, ad esempio, è stato detto che le “esche” sono certamente da considerare dei *nudge*. La pubblica autorità, in pratica, nel predisporre un’architettura delle scelte per i consociati può ampliare il ventaglio delle opzioni inserendo “esche”, intese come opzioni che appaiono immediatamente poco convenienti ma che, di contro, servono a far sembrare più profittevole l’opzione che si auspica venga scelta<sup>41</sup>. Altrove si sostiene che i *nudge*, per essere tali, non dovrebbero andare a modificare in maniera sostanziale gli interessi economici del soggetto agente, altrimenti non sarebbero differenti da una sanzione pecuniaria. Solo agli incentivi economici, come sostengono Congiu e Moscati, bisognerebbe aggiungere anche quello delle possibili sanzioni sociali o, persino, delle minacce fisiche<sup>42</sup>.

Infine, senza addentrarci ulteriormente in un dibattito che ha impegnato molte pagine nella letteratura degli ultimi anni, merita di essere citata un’ulteriore fonte di ambiguità che, come rileva Russo, riguarda la negata distinzione fra *nudge* manipolativi e *nudge* meramente informativi<sup>43</sup>. I secondi, infatti, provocherebbero meno frizioni sul campo delle libertà individuali rispetto ai primi ma il fatto di accomunarli farebbe scomparire quella sottile linea di confine che fa sì che solo i secondi paiano rispettosi dell’autodeterminazione individuale.

#### 4. Paternalismo libertario e interventi comportamentali in ambito costituzionale

Se, semplificando ai minimi termini, il “costituzionalismo” sottende una costruzione giuridica di limitazioni al potere mentre il “paternalismo” implica, al contrario, limitazioni alla libertà, il problema principale legato all’incardinamento della teoria dei *nudge* nel diritto costituzionale sembra essere la compatibilità fra queste due contrapposte attitudini. La materia costituzionale, infatti, riprendendo l’efficace bipartizione di Luciani<sup>44</sup>, contiene, da un lato, le regole scritte e non scritte in base alle quali si sviluppano le relazioni fra le istituzioni (c.d. Costituzione dei poteri). Dall’altro lato, dà luogo ad un sistema di protezione dei diritti fondamentali contro gli abusi del potere pubblico (c.d. Costituzione dei diritti).

---

<sup>40</sup> L. CONGIU - I. MOSCATI, *A review of nudges: Definitions, justifications, effectiveness*, in *Journal of Economic Surveys*, n. 1/2022, 188-213: 191.

<sup>41</sup> Un esempio paradigmatico di esca è quello degli abbonamenti alle *app*, predisposti in modo che l’utente possa scegliere fra una tariffa settimanale, mensile ed annuale. Una delle tre, e tipicamente quella mensile, sarà chiaramente la più costosa, così da far sembrare la tariffa annuale un’occasione da non perdere: ecco, dunque, l’esca.

<sup>42</sup> L. CONGIU - I. MOSCATI, *A review of nudges*, cit., 191, dove si spiega che «threatening to administer an electric shock to deter or incentivize certain conduct does not change people’s *economic* incentives, but regarding it as a nudge would be implausible».

<sup>43</sup> D. RUSSO, *L’approccio «nudge» nel diritto internazionale: una nuova frontiera del soft law*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022, 132-144: 135.

<sup>44</sup> Basti M. LUCIANI, *La “Costituzione dei diritti” e la “Costituzione dei poteri”: note e brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti su le fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, II, 497-508.

Nel primo caso, il costituzionalismo erige delle barriere invalicabili all'abuso del potere, ma lo fa solo dove è opportuno. Negli ambiti in cui intenzionalmente tace, si staglia il cono d'ombra nel quale operano le forze materiali della Costituzione ed evolvono nuove pratiche istituzionali. Occorre, dunque, tener conto di un'ulteriore differenza rispetto all'ambito in cui fiorisce la teoria dei *nudge*. In questo secondo caso non si instaura, difatti, un rapporto orizzontale e paritario, frutto del sistema di pesi e contrappesi che impedisce a un potere di prevaricare sugli altri, bensì un rapporto verticale che muove da una condizione di privilegio informativo. In ciò consiste il legame fra *nudger* e *nudged*, che si riflette sul rapporto non solo fra impresa e consumatore ma anche, se applicato al settore del diritto costituzionale, fra l'autorità pubblica e i singoli consociati o fra le stesse istituzioni costituzionali. In quest'ultimo caso, peraltro, si riscontrebbe una fusione fra soggetto regolatore e soggetto regolato, ponendo dubbi quanto al mantenimento delle garanzie costituzionali.

Andrebbero, inoltre, considerate ulteriori caratterizzazioni, come la laconicità delle regole sulla distribuzione dei poteri, la ristrettezza dei casi da regolare e il tono “politico-costituzionale” delle relazioni fra i soggetti, tutte circostanze che renderebbero la tecnica dei *nudge* molto pervasiva nel diritto costituzionale. La via d'accesso per gli enunciati meccanismi sarebbe duplice: o mediante le regole scritte della Costituzione e delle leggi costituzionali ovvero passando per il piano dell'effettività, a mezzo della citata zona grigia all'interno della quale si sviluppano prassi, convenzioni e consuetudini costituzionali<sup>45</sup>.

Se il *nudge* punta a correggere gli errori di scelta che allontanano i privati dalla curva della perfetta razionalità, agendo sugli attori istituzionali esso andrebbe a sfruttare i fallimenti di una razionalità differente. Si tratta, infatti, di soggetti che si muovono in un contesto politico-istituzionale e ai quali pure si attaglia, come è stato dimostrato da Camerlengo, la teoria dei giochi<sup>46</sup>. Senza contare, perciò, le mutevoli strategie politico-elettorali, i rapporti interistituzionali possono spesso allontanarsi dalle direttrici che i principi di razionalità, efficienza e buon funzionamento imporrebbero di tracciare per motivi diversi da quelli del benessere strettamente personale.

Anche in questo ambito sono riscontrabili *bias* e condizionamenti di giudizio, i quali tuttavia portano con sé conseguenze più gravi. Eventuali “malfunzionamenti” del sistema a ciò dovuto sono, infatti, suscettibili di ripercuotersi sul funzionamento della forma di governo. Basti pensare alla necessità di prendere certe decisioni in tempi circoscritti (ad esempio, nomine in scadenza), all'esigenza di non tradire il proprio elettorato o i gruppi di pressione di riferimento o, ancora, al sentimento di attaccamento al potere che, spesso, induce a mascherare certi conflitti politici per allontanare l'eventualità di uno scioglimento anticipato delle Camere.

---

<sup>45</sup> Tema largamente trattato da Q. CAMERLENGO, *Le convenzioni costituzionali tra principio di leale collaborazione e teoria dei giochi*, in *Consulta Online*, n. 1/2022, 1-61; ID., *Entre le droit et la politique : l'actualité des conventions constitutionnelles*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 1/2015, 3-25. Se si vuole, v. anche Y.M. CITINO, *I materiali fattuali costituzionali nella forma di governo italiana tra vecchie e nuove tendenze*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2021, 40-59; EAD., *Dietro al testo della Costituzione: contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, *passim*.

<sup>46</sup> Q. CAMERLENGO, *Le convenzioni costituzionali*, cit., 1-61.

Proprio per questo motivo, i comportamenti nelle istituzioni non possono affatto essere letti attraverso il paradigma dell'*Homo oeconomicus* sul quale si fonda la teoria dei *nudge*. Neanche andrebbe bene reingegnerizzare la medesima teoria attraverso una nozione di *Homo politicus* se è vero che entrambe le figure «nascono [...] fin dall'inizio, come figure ideologiche e come risposte storiche al nuovo 'disagio della civiltà', piuttosto che come descrizioni scientifiche della natura umana», come afferma Caruso riprendendo le tesi di Pulcini<sup>47</sup>.

Insomma, sembra, dunque, che la teoria dei *nudge* non possa essere traslata sull'ambito costituzionale a scatola chiusa ma, piuttosto, dovrebbe essere riadattata per funzionare in maniera compatibile ai dettami del costituzionalismo. In questa prospettiva, il *nudging* potrebbe essere visto come una tecnica al limite solo complementare agli strumenti tradizionali della Costituzione (per esempio, alle regole che mirano alla razionalizzazione dei rapporti fra esecutivo e legislativo). Per affermarlo con certezza occorre però approfondire ulteriormente il tema della compatibilità.

## 5. Spigolature su eventuali ipotesi di “spinte gentili” nella materia costituzionale

Venendo, dunque, a una parte, per così dire, più sperimentale (da prendere, quindi, più alla leggera), si prenderà le mosse dalla ricostruzione teorica appena effettuata per individuare delle ipotesi convincenti di *nudge* nella materia costituzionale. Mentre, infatti, nel testo scritto della Costituzione non è dato rinvenire costrutti che richiamino al “diritto *soft*”, essendo le norme espresse in termini di doverosità o perentorietà («è compito dello Stato...», «la legge assicura...», «è dovere e diritto...», «nessuno può essere obbligato...», «è prescritto...»), è nella “materia costituzionale”, in continua espansione<sup>48</sup>, che potrebbero al contrario trovarsi spunti interessanti.

### 5.1. Un esempio tratto dal diritto parlamentare: l'istituto del gruppo misto

Un laboratorio particolarmente fertile per lo sviluppo di tali configurazioni normative sembra che sia il diritto parlamentare, ambito che, all'interno della trama normativa disegnata dalla Costituzione, dà vita a tutta una serie di regole non solo scritte, ma anche informali, volte a orientare il comportamento delle forze politiche.

<sup>47</sup> Per il primo v. S. CARUSO, *Homo oeconomicus. Paradigma, critiche, revisioni*, Firenze, Firenze University Press, 2012, 61. Per il secondo v. E. PULCINI, *La cura del mondo. Paura e responsabilità nell'età globale*, Torino, Boringhieri, 2009, 31.

<sup>48</sup> V. A. RUGGERI, *La “materia” costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri profili storico-teorici*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 1-37, secondo il quale, proprio in ragione di tale espansione, che rischia di essere incontrollata, si impone una necessaria delimitazione di campo sui temi che abbiano davvero un “carattere costituzionale”.

Il carattere “elastico” del diritto parlamentare, la cui derogabilità *nemine contradicente* risponde alle esigenze che emergono di volta in volta dai rapporti politici<sup>49</sup>, trae fondamento dall’autonomia che la Costituzione garantisce al Parlamento, come organo supremo espressione della sovranità popolare. In questo spazio di “discrezionalità”, sovente prendono il sopravvento regole connotate da una normatività diversa da quella tradizionale. Alcune di esse dipendono, per esempio, dall’acquiescenza discendente da un accordo politico espresso o tacito, anziché dalla forza coercitiva di una sanzione. Una normatività del tutto differente, – e tuttora al centro di dilemmi dottrinali non di poco conto (basti pensare al tema ampiamente dibattuto del rapporto fra effettività e validità nel diritto) – concerne poi le regole che emergono come convenzioni o consuetudini costituzionali<sup>50</sup>.

In questo “calderone” non è azzardato pensare che possano interpersi anche regole qualificabili come *nudge*. Andando a osservare i regolamenti parlamentari, ad esempio, un caso calzante rispetto alle definizioni date nel terzo paragrafo concerne l’istituto del gruppo misto. Esso, come è noto, consente ai deputati o ai senatori che non appartengono ad altri gruppi parlamentari di associarsi in un gruppo di tipo “residuale”. I membri possono, dunque, essere rappresentativi di forze politiche minori, prive dei numeri per costituire un gruppo autonomo o in deroga, oppure possono essere politicamente indipendenti.

La dichiarazione di appartenenza deve essere effettuata entro termini prestabiliti all’inizio della legislatura o al momento della presa di servizio del singolo deputato, in caso di elezioni suppletive. Esiste, tuttavia, una disciplina differente fra i due rami del Parlamento per effetto della riforma del regolamento del Senato del 27 luglio 2022: mentre l’articolo 14, comma 4 Reg. Cam. prevede, in difetto di una tale dichiarazione, l’automatica collocazione fra i membri del gruppo misto, al Senato l’art. 14, comma 1 è possibile acquisire lo *status* di membri non iscritti<sup>51</sup>.

La norma della Camera si presta, mi sembra, ad essere inquadrata fra le regole di *default*. L’opzione di base consisterebbe nel principio della necessaria appartenenza a un gruppo. Tuttavia, rispetto alle regole di *default* discusse più avanti (in materia di donazione degli organi, par. 5.6) in questo caso l’opzione di base parrebbe funzionare in direzione “inversa”. In altre parole, si sarebbe indotti in errore a pensare che esiste un *favor* regolamentare per la situazione del parlamentare “inerte”, ovvero che non sceglie. L’opzione “preferita” dal legislatore regolamentare è, verosimilmente, quella di segno opposto. A spingere verso la scelta di raggrupparsi sarebbero norme collaterali concernenti le prerogative parlamentari, norme che attribuiscono maggiore visibilità ai parlamentari “politicizzati”.

<sup>49</sup> R. IBRIDO, *Clausola del nemine contradicente*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 2/2011, 367 ss.

<sup>50</sup> V. *inter alia* Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002.

<sup>51</sup> In particolare, la prima parte del primo comma statuisce che: «Tutti i Senatori debbono appartenere ad un Gruppo parlamentare. I Senatori di diritto e a vita e i Senatori a vita, nella autonomia della loro legittimazione, possono non entrare a far parte di alcun Gruppo. Sono considerati non iscritti ad alcun Gruppo parlamentare i Senatori che si dimettono dal Gruppo di appartenenza, ivi compreso il Gruppo misto, o ne vengono espulsi, salvo che entro il termine di tre giorni abbiano aderito ad un altro Gruppo già costituito, ad eccezione del Gruppo misto, previa autorizzazione del Presidente del Gruppo stesso». Per i commenti, v. G. AGOLINO, *Il senatore elettivo “non iscritto” ad alcun Gruppo: nota al nuovo articolo 14, primo comma del Regolamento*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 6/2022, 258-276 e, con riflessioni di tipo comparato, D. SCOPELLITI, *Il curioso caso del senatore non iscritto*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 3/2023, 159-186.

Il principio della necessaria appartenenza a un gruppo discende non tanto da una scelta organizzativa del Parlamento quanto piuttosto dal risalto che si vuole dare alla funzione rappresentativa dei partiti politici. Non bisogna dimenticare, peraltro, come il gruppo misto sia spesso la destinazione elettiva delle pratiche di trasformismo: un luogo “di passaggio” presso cui traghettare nell’attesa di formare un’articolazione politica di maggiore consistenza<sup>52</sup>.

Ciononostante, gli svantaggi competitivi legati all’appartenenza al gruppo misto sono ben evidenti anche a parlamentari “alla prima legislatura”. Oltre al fatto di accomunare deputati e senatori di diverso orientamento politico, il gruppo misto è assoggettato a un regime di erogazioni finanziarie speciali, essendo le dotazioni a loro attribuite «determinate avendo riguardo al numero e alla consistenza delle componenti politiche in esso costituite, in modo tale da poter essere ripartite fra le stesse in ragione delle esigenze di base comuni e della consistenza numerica di ciascuna componente» (art. 15, comma 3, Reg. Cam).

Inoltre, non solo le varie componenti politiche sono tenute a condividere le medesime condizioni di installazione materiale, senza potersi differenziare tra loro, ma esse, in base alla loro consistenza numerica, esprimono degli organi direttivi unitari (v. ad esempio l’art. 15-*bis* Reg. Cam.).

Infine, il gruppo misto sottostà a inconvenienti di tipo procedurale, che alterano l’esercizio delle prerogative parlamentari. Basti pensare alla disciplina concernente il contingentamento dei tempi, che – per ovvie ragioni – conferisce ai gruppi minori, incluso quello misto, una visibilità ridotta.

Così, dunque, la sommatoria di tutti questi “handicap” dovrebbe indurre i parlamentari a muoversi all’interno di gruppi politici diversi da quello misto, al fine di evitare una potenziale marginalizzazione.

Dalle considerazioni appena fatte discende una considerazione. Il principio di suddivisione dei parlamentari in gruppi e la funzione residuale del gruppo misto non sembra legato a una semplice regola di organizzazione interna dell’assemblea ma, piuttosto, sottintenderebbe l’intenzione del legislatore di favorire la suddivisione degli eletti in formazioni che rispecchino in maniera fedele i risultati delle urne, a scapito dei partiti più piccoli e degli indipendenti<sup>53</sup>. Prendendo in prestito un’espressione di Ciancio, il principio di necessaria appartenenza a un gruppo denota l’ispirazione “gruppo-centrica” del sistema parlamentare<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Sulla questione, v. G. MAESTRI, *Patologie nella genesi delle componenti politiche interne al gruppo misto (e dei gruppi): riflessioni dopo la riduzione dei parlamentari*, in *Rivista AIC*, n. 2/2021, 60, che si interroga se sia giusto riconoscere ai partiti «sorti in corso di legislatura [...] la possibilità di formare proprie articolazioni parlamentari», e aggiunge: «Se però si valorizza il momento elettorale politico come il solo rilevante per il sistema rappresentativo nazionale [...] è comprensibile che si chieda ai gruppi e alle componenti di corrispondere il più possibile ai soggetti che hanno partecipato alle ultime elezioni politiche».

<sup>53</sup> Il che, del resto, non è tradito dalla recente riforma del Regolamento del Senato relativa ai senatori non iscritti, posto che tale figura sarebbe possibile solo nei casi di espulsione o di dimissioni volontarie dal gruppo di iniziale appartenenza. V. D. SCOPELLITI, *Il curioso caso del senatore non iscritto*, cit., 164.

<sup>54</sup> Così, A. CIANCIO, *Il gruppo parlamentare come formazione sociale e la tutela del dissenso dei singoli aderenti*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, 617.

Una qualificazione che, però, non è pienamente esplicativa dello *status* del parlamentare se non tiene conto dell'altro fondamentale principio, quello di necessaria appartenenza a una Commissione permanente, in assenza del quale non si riesce a cogliere la duplice essenza della sua posizione<sup>55</sup>.

D'altra parte, si tratta di valori connaturati alla tradizione del parlamentarismo continentale. Basta rammentare che, in Italia, con le modifiche dei regolamenti parlamentari del 1920-22, il sistema degli "uffici", d'ispirazione francese, fu rimpiazzato dalla suddivisione degli eletti in gruppi parlamentari, e ciò avvenne in concomitanza con l'emersione storica dei partiti politici di massa. Il *favor* per i gruppi politicizzati fu quindi tale che, riprendendo la nota di colore citata da Lupo, «nel dibattito che si svolse allora» il gruppo misto fu definito «gruppo "promiscuo", dei "selvaggi" o dei "parricidi"»<sup>56</sup>.

Ciò detto, il presupposto per una migliore applicazione del principio della rappresentanza proporzionale ai lavori parlamentari sarebbe non la mera ripartizione numerica in gruppi, bensì la corrispondenza fra i gruppi e l'attività dei partiti politici in quanto mediatori delle istanze degli elettori<sup>57</sup>. Si tratta di una acquisizione plausibile poiché coerente con il riconoscimento del ruolo fondamentale dei partiti politici nella democrazia italiana, consacrato dall'art. 49 Cost. L'istituto (invero, anomalo<sup>58</sup>) del gruppo misto, e la normativa che lo regola, sembra a tutti gli effetti scaturire dalla vocazione paternalista del legislatore regolamentare.

A sostegno di quanto detto, si può riportare la nuova eccezione prevista dall'art. 14 Reg. Sen., per cui i senatori "di diritto" e "a vita" possono scegliere *ab origine* una collocazione adespota, non aderendo ad alcun gruppo. L'estrazione non elettiva di tali membri, infatti, li esime dalla necessità di esercitare le prerogative parlamentari passando per una necessaria affiliazione a un movimento politico. Una conseguenza, d'altra parte, della logica su cui si fonda la nomina dei senatori a vita i quali, ai sensi dell'art. 59 Cost., sono scelti dal Presidente della Repubblica fra quei «cittadini che hanno illustrato la Patria per i loro alti meriti nel dominio sociale, scientifico, artistico e letterario». Del pari, anche i senatori di diritto sono improntati a perseguire la medesima imparzialità e autonomia di giudizio che ispirò la loro elezione a Presidenti della Repubblica.

## 5.2. *Segue*: le votazioni per appello nominale

Le operazioni di voto sono, fra gli atti parlamentari, quelle più suscettibili di essere influenzate da fattori esogeni rispetto al merito della materia su cui occorre votare. È

<sup>55</sup> V. C. FASONE, *Sistemi di commissioni parlamentari e forme di governo*, Padova, Cedam, 2012, 180 e ss.

<sup>56</sup> N. LUPO, *La disciplina dei gruppi parlamentari, nel mutare delle leggi elettorali*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, n. 3/2017, 4.

<sup>57</sup> Sul punto, per esempio, A. GUSMAI, *Il gruppo parlamentare. Profili evolutivi di un soggetto della rappresentanza politica*, Bari, Cacucci, 2019, 168, sostiene che la patologia e l'inefficienza del sistema di regole che disciplinano i gruppi parlamentari ha radici più profonde, discendendo essa dalle carenze del sistema partitico e dalla stessa crisi della rappresentanza.

<sup>58</sup> A. CIANCIO, *Il gruppo parlamentare*, cit., 618.

evidente che siamo in presenza di un tipico fallimento dettato da una deviazione rispetto alla traiettoria che ci si aspetterebbe da un comportamento “politicamente razionale”. Alcuni studi politologici, ad esempio, hanno evidenziato come i voti dei parlamentari siano condizionati da circostanze slegate dalla bontà del provvedimento su cui si vota, quali considerazioni di strategia politica, precedenti accordi istituzionali, regole procedurali, regole organizzative del sistema delle commissioni e altro ancora<sup>59</sup>.

Fra i vari metodi di votazione, quello per appello nominale assicura meglio di altri la lealtà dei parlamentari rispetto alle direttive del partito. Analizzandolo alla luce della teoria dei *nudge*, l'appello nominale è suscettibile di ricadere all'interno di due categorie. Da un lato, sembra catalogabile come *nudge* “informativo”<sup>60</sup>, in quanto man mano che le procedure di voto vanno avanti, chi deve ancora votare ha già una prima panoramica dei risultati espressi e dispone, quindi, di un'informazione che potrebbe indurlo, per ragioni strategiche, a mutare la propria intenzione di voto. Alternativamente, l'istituto dell'appello nominale potrebbe essere ricompreso nella categoria dei *nudge* “sociali” poiché votare in maniera non segreta e sequenziale favorisce i comportamenti gregari dei parlamentari. Come suggeriscono Thaler e Sunstein, «quando una personalità conosciuta esprime un'opinione o si impegna in un'azione, manda agli altri una specie di segnale, di semaforo verde o di permesso di imitare»<sup>61</sup>.

Se l'appello nominale rientra, dunque, fra le regole di procedura capaci di orientare con “spinte gentili” il processo di decisione dei singoli eletti, non bisogna escludere l'esistenza di ulteriori dinamiche costituzionali che, come si vedrà a breve, sia che sono più evidenti o subliminali, appaiono suscettibili di persuadere gli attori istituzionali.

### 5.3. Il “*constitutional prestige*” del Presidente della Repubblica

Fra tali meccanismi, non si può tralasciare di esplorare il ruolo giocato dal Presidente della Repubblica e, come si vedrà tra poco, dalla Corte costituzionale in quanto arbitri delle relazioni costituzionali del Paese e supremi garanti della Costituzione. In entrambi i casi, va rilevato come l'eventuale *nudge* non risulta da una scelta precisa che si riflette in una regola scritta. Al contrario, esso si dipana nelle zone di assenza di norme scritte all'interno delle quali le convenzioni, le consuetudini costituzionali, le regole della prassi e persino le tradizioni del cerimoniale svolgono un fondamentale ruolo di completamento.

In un lavoro di Neustadt sulla Presidenza della Casa Bianca si dimostra come il potere di persuasione del Presidente degli Stati Uniti sia molto più efficace del(la minaccia del)

<sup>59</sup> S. THERIAULT - P. HICKEY - A. BLASS, *Roll-Call Votes*, in G. C. EDWARDS - F. E. LEE - E. SCHICKLER (Eds), *The Oxford Handbook of the American Congress*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 156.

<sup>60</sup> Per un raffronto fra l'efficacia dei *nudge* informativi con quelli sociali, v. lo studio empirico di E. GONZALO SANCHEZ *et al.*, *Not All Nudges are Created Equal: Comparing Social and Pure Informational Nudges*, in SSRN, <<https://ssrn.com/abstract=4053370>>, 2023, 1-39.

<sup>61</sup> R. H. THALER - C. R. SUNSTEIN, *Nudge*, 75 [trad. dell'autrice].

potere di veto<sup>62</sup>. Un Presidente dotato di una certa popolarità (*public prestige*) disporrà di un elevato margine di manovra in un sistema costituzionale di “*government of separated institutions sharing powers*”<sup>63</sup>. Al contrario, nella forma di governo parlamentare, dove i poteri non sono “condivisi” ma “bilanciati” attraverso il sistema di pesi e contrappesi, il Capo dello Stato è dotato di una forza di persuasione più fine, che dipende da quello che si potrebbe definire il suo “*constitutional prestige*”. Un prestigio della carica che è evidentemente svincolato dalla competizione elettorale e improntato non tanto al perseguimento di un programma politico partigiano, quanto piuttosto alla realizzazione dei più elevati obiettivi indicati dal testo costituzionale.

Affinché il Presidente della Repubblica possa esercitare le proprie funzioni di “magistero d’influenza” nelle forme previste dall’ordinamento – al di là, dunque, delle possibili pressioni compiute tramite contatti amichevoli con singole personalità – soccorrono quelle regole materiali e fattuali che vanno oltre la lettera della Costituzione<sup>64</sup>. Basti pensare, per tornare all’ordinamento italiano, all’uso sostantivo del potere di rinvio, che ha valorizzato le potenzialità interpretative dell’art. 74 Cost. Ma anche all’espansione in via di prassi del potere di esternazione o al potere del Presidente della Repubblica di condizionamento della scelta dei ministri, palesatosi in maniera plateale durante il c.d. caso Savona<sup>65</sup>. Anche in una forma di governo parlamentare, evidentemente, il Capo dello Stato è capace di esercitare un paternalismo “benevolo” inteso a ricondurre nei “binari” costituzionali ogni comportamento “costituzionalmente irrazionale”.

#### 5.4. Il giudice costituzionale come architetto delle scelte

Vanno, successivamente, considerate anche le “spinte gentili” compiute dalle Corti costituzionali mediante il ricorso a certe tecniche decisorie, anche se questo potrebbe, forse, condurci alla deriva rispetto ad una nozione più aderente alla teoria dei *nudge*.

Il giudice della legge, grazie alle indicazioni contenute nelle sue pronunce, agisce come un vero e proprio architetto delle scelte, dando indicazioni al legislatore, presente e futuro, per delimitare il perimetro del costituzionalmente conforme. Viene in mente, a tal fine, la funzione monitoria della Corte<sup>66</sup>, svolta solitamente come “contro-altare” di una “mancata

---

<sup>62</sup> R. E. NEUSTADT, *Presidential power and the modern presidents: the politics of leadership from Roosevelt to Reagan*, New York, Free Press, 1991, 29.

<sup>63</sup> R.E. NEUSTADT, *Presidential Power*, New York, Wiley, 1964, 43.

<sup>64</sup> G. GRASSO, *Forma di governo, convenzioni costituzionali e mutamento del quadro politico*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2019, 134-165.

<sup>65</sup> Si vedano, in particolare, i vari interventi del *Dibattito sul potere del Presidente della Repubblica di condizionamento della scelta dei ministri*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018.

<sup>66</sup> V. *inter alia* M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 644-665, e I. ROBERTI, *I moniti “a termine” della Corte costituzionale e le implicazioni sull’attività legislativa del Parlamento*, in *Federalismi.it*, n. 17/2021, 175-191.

pronuncia di accoglimento”<sup>67</sup>. Tale strumento, pur non avendo alcun valore “normativo” in senso stretto, possiede però un’innata normatività poiché instaura un “dialogo” con il legislatore. Quest’ultimo, infatti, esercitando la propria discrezionalità legislativa, sarà “spinto” dal monito della Corte nella direzione più consona ai parametri costituzionali. Il monito, in altre parole, esprime la scelta della Corte di non disporre una caducazione immediata della norma contestata, adottando una strategia di attesa con il fine, magari, di evitare pericolosi vuoti ordinamentali. Ancora più avanzata sembra essere, in tal senso, la tecnica di “incostituzionalità differita” usata nell’ordinanza n. 207 del 2018 (c.d. ordinanza Cappato)<sup>68</sup>.

Viene in mente, poi, la nota ordinanza n. 17 del 2019 in cui la Corte costituzionale prende atto che la legge di bilancio è stata approvata a seguito di un esame eccessivamente ridotto: forse un esempio paradigmatico di *nudge*. Il punto di partenza è, infatti, una decisione poco razionale. Come rilevano i senatori ricorrenti, «il tempo concesso per l’intero esame, pari a complessivi 70 minuti, sarebbe stato insufficiente già solo per dare una lettura sommaria all’emendamento governativo e, dunque, non avrebbe consentito la maturazione di un consapevole convincimento e la sua susseguente esposizione pubblica nelle forme in cui le dinamiche parlamentari lo consentono» (p.to 5, fatto). Questo, oltre che rappresentare un’evidente forzatura dei processi decisionali parlamentari, avrebbe menomato la “razionalità” della decisione parlamentare provocando l’indebolimento del requisito della necessaria partecipazione democratica.

Per evitare le conseguenze drastiche di un eventuale annullamento, la Corte sembra “fare *nudging*” sulla discrezionalità futura del legislatore. Come rilevato da Lupo, la Corte «nell’operazione di contestualizzazione del ricorso, evita di sviluppare specificamente questo profilo temporale. Del resto, le opzioni sulla programmazione dei lavori e sui tempi di esame sono decisioni per definizione assai politiche, ed è estremamente difficile identificare, sia in astratto, sia un concreto, un tempo minimo per l’esame di un certo provvedimento»<sup>69</sup>.

Al giudice delle leggi non resta altro, dunque, che segnalare al legislatore che «in altre situazioni una simile compressione della funzione costituzionale dei parlamentari potrebbe portare a esiti differenti»<sup>70</sup>. Anche se non è possibile riscontrare alcuna “violazione manifesta” delle prerogative costituzionali dei parlamentari, visto che, sempre secondo le parole della Corte, «i lavori sono avvenuti sotto la pressione del tempo dovuta alla lunga interlocuzione con le istituzioni europee»<sup>71</sup>, il monito esprime la convinzione che in futuro

<sup>67</sup> M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie*, cit., 648.

<sup>68</sup> Sulla tecnica decisoria della Corte, almeno, F. GIRELLI, *Il “rinvio decisorio”*. Note a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018 (c.d. ordinanza Cappato), in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, n. 3/2021, 577-587; E. FURNO, *Il “caso Cappato” ovvero dell’attivismo giudiziario*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2020, 303-316; P. CARNEVALE, *Incappare in ... Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull’ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Consulta online*, n. 2/2019, 370-385.

<sup>69</sup> N. LUPO, *Un’ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 4/2019, 12.

<sup>70</sup> Punto 4.5, diritto.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

potrebbe non essere accolta con favore la reiterazione della pratica dell’abbinamento della questione di fiducia ai maxiemendamenti. Con tale meccanismo, insomma, la Corte avrebbe tentato di esercitare una pressione indiretta sul Parlamento al fine di indurlo a evitare il ricorso alla contestata strategia.

### 5.5. Le tecnologie che “fanno *nudging*”

Spigolando fra ulteriori possibili esempi, sembra doveroso compiere almeno un cenno ai *nudge* effettuabili tramite l’uso delle nuove tecnologie. In un precedente lavoro ove si esaminava l’applicazione dell’Intelligenza Artificiale ai lavori del Parlamento, si è dimostrato come l’uso di certi software basati sull’IA potrebbe non solo facilitare e guidare le attività parlamentari ma, altresì, manipolarle<sup>72</sup>.

Un tipico caso di manipolazione subliminale potrebbe essere contenuto nei programmi di redazione dei testi di legge. Questi, infatti, possono dotarsi di funzionalità di supporto all’elaborazione testuale consistenti in *content-based recommender systems*. Ciò significa che un *software* è in grado di analizzare il testo tramite algoritmi che si basano sulle architetture delle reti neurali, note per essere capaci di analizzare la semantica di un testo e abbinare parole con significati collegati: ad esempio, possono stabilire che la parola “Re” sta a “uomo” come “Regina” sta a “donna” (c.d. *word embeddings*). Grazie a questi meccanismi, i software dotati di *recommender* consentono di velocizzare il processo di scrittura “suggerendo” la parola successiva, come il “famoso” dizionario *T9* da tempo in dotazione nei telefoni cellulari. Se applicata ai processi di redazione degli atti parlamentari, la tecnologia delle raccomandazioni testuali andrebbe a proporre a chi scrive la formulazione migliore vuoi di una norma, vuoi di un emendamento.

Tuttavia, le raccomandazioni dovrebbero necessariamente essere proposte in numero limitato e questo è già in sé un *nudge*. Si rappresenterebbe, infatti, una vera e propria architettura delle scelte possibili, volta a ridurre lo sforzo cognitivo, a prescindere dal fatto che il programmatore del *software* abbia artatamente o meno impostato dette limitazioni. Infatti, è molto probabile che l’utente ignori tutto ciò che non figura espressamente tra le raccomandazioni. Potrebbe dunque trattarsi di un *nudge* “nascosto”, se si aderisce alla categorizzazione proposta da Caraban<sup>73</sup>, dato che chi usa il *software* non è consapevole di questi automatismi inconsci. Inoltre, se la grafica del programma si avvalessse, per esempio, di una classificazione dei suggerimenti (*ranking*), si sarebbe al cospetto di un *nudge* di posizionamento, per cui in questo caso la “spinta gentile” andrebbe a sfruttare la maggiore salienza delle prime opzioni<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> Y.M. CITINO, *L’intelligenza artificiale applicata ai processi decisionali parlamentari: una griglia di funzioni e una stima dei rischi per la neutralità delle tecnologie*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 3/2022, 629-674.

<sup>73</sup> A. CARABAN et al., *23 ways to nudge: A review of technology-mediated nudging in human-computer interaction*, in *Proceedings of the 2019 CHI conference on human factors in computing systems (CHI ’19)*, 2019.

<sup>74</sup> Così, E. JOHNSON et al., *Beyond nudges: Tools of a choice architecture*, in *Marketing Letters*, n. 23/2012, 487-504.

Si tratta, dunque, di qualcosa di molto più incisivo rispetto al *nudge* “buono” ravvisato da Thaler e Sunstein in applicazioni come G-mail ove, tramite la funzionalità di *recommender*, viene ricordato all’utente che scrive la parola “allegato” di allegare effettivamente un file<sup>75</sup>. Questo perché selezionare le parole di un testo giuridico è un’operazione che va ben al di là delle semplificazioni operate dai processi di linguaggio informatico.

## 5.6. I *nudge* nascosti nel sistema dei diritti e libertà costituzionali

Come giustamente osserva Gemma, la ricostruzione storica delle intenzioni dei padri costituenti non permette di individuare alcuna prova della correlazione fra il fondamento liberale della Costituzione e l’antipaternalismo<sup>76</sup>. Tuttavia, secondo l’autore, il legame fra le due dottrine potrebbe essere dedotto in via interpretativa. Dato che la Costituzione contiene i criteri per la soluzione dei conflitti politico-sociali, suggerendo che la via per risolverli sia quella della prevalenza dei valori supremi, ne consegue che clausole generali quali la libertà individuale, la dignità umana o l’autodeterminazione dei singoli, diventano i fari di orientamento in base ai quali risolvere tali conflitti. Solo aderendo a tali valori, dunque, ascrivibili a pieno titolo alla logica antipaternalista, la Costituzione è in grado di svolgere la propria funzione di garanzia.

Se, poi, si considerasse anche l’evoluzione cui sta andando incontro il catalogo dei diritti, ampliato attraverso l’ingresso felpato dei nuovi diritti e della bioetica (si pensi ai temi dell’eutanasia, dell’aborto, della fecondazione medicalmente assistita, dell’ingegneria genetica e così via), allora può sommessamente affermarsi che la tendenza verso l’antipaternalismo sta andando sempre più rafforzandosi, in parallelo alla valorizzazione del principio dell’autonomia individuale.

Essendo questa la premessa, occorre valutare la compatibilità dell’uso dei *nudge* in ambiti nei quali è possibile interferire con la libertà di autodeterminazione del singolo, come quello sanitario. Lo sviluppo della persona umana è, infatti, un valore cardine della Costituzione, riconosciuto dall’art. 3 comma 2<sup>77</sup> e oggetto di una doppia tutela: in negativo, come diritto alla libertà di scelta (la libertà nelle libertà) o diritto a non subire intromissioni<sup>78</sup>, e in

<sup>75</sup> R. H. THALER - C. R. SUNSTEIN, *Nudge*, cit., 121.

<sup>76</sup> G. GEMMA, *Paternalismo, antipaternalismo, Costituzione*, cit., par. 6.

<sup>77</sup> Secondo S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2009, 1-25: 2, l’assenza di una disposizione legislativa espressa non impedisce che un tale diritto fondamentale si sia affermato, grazie all’interpretazione sistematico-evolutiva che ha permesso di dargli corpo a partire dal catalogo dei diritti esistenti. A differenza dell’Italia, peraltro, in Germania esiste un parametro costituzionale apposito, che è l’art. 2.1 della Legge Fondamentale, ai sensi del quale «Ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l’ordinamento costituzionale o la legge morale». Sul punto, A. VAN AAKEN, *Constitutional Limits to Paternalistic Nudging in Germany*, in *Verfassungsblog*, 7 gennaio 2015; ID., *Constitutional Limits to Nudging*, cit.

<sup>78</sup> Ma c’è anche chi ha teorizzato un diritto “alle scelte stupide”: D. TAFANI, *Il diritto alle scelte stupide. Kant contro i nuovi paternalismi*, in *Giornale critico della filosofia italiana*, n. 2/2017, 237-259.

positivo, mediante l'obbligo dello Stato di mettere in atto tutte le condizioni necessarie ad assicurarne l'eguale fruizione a tutti i cittadini<sup>79</sup>.

Un ambito di possibile interferenza è quello della disciplina in materia di donazione degli organi, citata di frequente dai teorizzatori statunitensi come materia efficacemente regolabile attraverso i *nudge*. In vari ordinamenti giuridici, infatti, in materia di donazione *post mortem* esistono da tempo regole di *opt-out default*. Si tratta di norme prive di contenuto coercitivo che definiscono una situazione giuridica imponendo all'interessato di attivarsi solo nel caso in cui desideri modificare l'opzione di base (*default*) prevista dalla legge, revocandola (*opt-out*). Così, l'articolo 4, comma 1 della legge del 1° aprile 1999, n. 91 in tema di "Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti" prevede che «la mancata dichiarazione di volontà è considerata come consenso alla donazione»<sup>80</sup>.

Altri paesi sfruttano simili meccanismi. Per fare un paio di esempi, l'articolo 10, comma 1, della legge sul prelievo e il trapianto di organi del 13 giugno 1986, in vigore in Belgio e modificata nel 2012, stabilisce che «gli organi, [...] destinati al trapianto, [...] possono essere prelevati dal corpo di qualsiasi persona iscritta nel registro della popolazione o per più di sei mesi nel registro degli stranieri, a meno che non si stabilisca che è stata espressa un'obiezione al prelievo». L'art. 2 della Legge Caillavet in vigore in Francia stabilisce che «possono essere effettuati prelievi [d'organi] a fini terapeutici o scientifici sul cadavere di una persona che non ha fatto conoscere mentre era in vita il suo rifiuto a un tale prelievo»<sup>81</sup>.

Nel Regno Unito si è assistito ad un mutamento della disciplina. Se anteriormente si era adottato come principio guida quello del consenso informato per cui, ai sensi dell'art. 1.1 dello *Human Tissue Act* del 2004, ogni attività di rimozione di tessuti umani dal corpo di una persona deceduta richiedeva un «*appropriate consent*», per effetto del *Organ Donation (Deemed Consent) Act* del 2019 la donazione *post-mortem* è, ora, assoggettata ad un sistema di *opt-out*<sup>82</sup>.

Poiché il cambiamento richiede uno sforzo supplementare, l'effetto di una norma di *default* sarà quello di incentivare il mantenimento dello *status quo*. Per modificare l'opzione, infatti, il soggetto interessato dovrà attivarsi in un dato modo e far pervenire la propria volontà contraria, cosa che non tutti sono disposti a fare preferendo restare inerti. Pertanto, nonostante il suo uso fino a qualche tempo fa non fosse assimilato al *nudging*, oggi è evidente la sua riconducibilità a tale teorizzazione, con tutte le problematiche che ne derivano.

<sup>79</sup> V. A. GRAGNANI, *Nudging e libertà costituzionale*, cit., 504 che aggiunge anche come lo Stato non debba, però, spingersi a dettare quali siano i comportamenti "preferibili" del consociato in tali ambiti personalissimi.

<sup>80</sup> Un articolo rimasto, tuttavia, lettera morta poiché, ad oggi, la legge difetta dei necessari decreti attuativi, essendo stato emanato nel 2019 soltanto un primo decreto ministeriale che disciplina le norme del regolamento sul Sistema Informativo Trapianti (Sit). Allo stato attuale, dunque, per effettuare una donazione occorre tutt'ora esprimere un consenso esplicito.

<sup>81</sup> Legge n. 76-1181 del 22 dicembre 1976, detta Caillavet, relativa ai "prelievi d'organi (prelievi su persone in vita e sui cadaveri a fini terapeutici o scientifici)", in JO n. 299 del 23 dicembre 1976.

<sup>82</sup> Al contrario, T. BURTON, *Should Consent Be Required for Deceased Organ Donation?*, in *BioLaw Journal*, n. 3/2015, 49-73, metteva in evidenza come l'approccio (eticamente) migliore fosse, in prima battuta, quello di tenere conto delle volontà della persona deceduta, se espresse, o dei suoi familiari e, solo in assenza di queste, di ammettere il prelievo di organi presumendone il consenso.

Essa, infatti, rischia di conculcare i valori costituzionali, soprattutto nei casi in cui di tale consenso il potenziale donatore di organi non è informato, o lo sia soltanto superficialmente. La finalità di politica-sanitaria sottesa a tale architettura delle scelte, segnatamente l'obiettivo di aumentare i casi di donazioni d'organi per salvare sempre più vite<sup>83</sup>, va bilanciata con la compressione dei diritti dei singoli, essendo la loro libertà di autodeterminazione in campo sanitario, un diritto "personalissimo"<sup>84</sup>.

## 6. Possibili obiezioni al ricorso ai *nudge* e conclusioni provvisorie sulla loro accettabilità a livello costituzionale

Tirando le somme di quanto sinora esposto, occorre, a questo punto, valutare le possibili obiezioni al ricorso alle tecniche di *nudging*, sia al fine di "razionalizzare" il potere in ambito costituzionale *à la* Mirkine-Guetzevitch, sia al fine di "orientare" i diritti e le libertà nel senso più aderente allo spirito e ai valori prefigurati dalla Costituzione.

La razionalizzazione, infatti, prefigura una correzione all'assetto dei poteri in modo da consentire la sopravvivenza dello Stato, nonostante il suo turbolento divenire. Questo è ancora più vero in un'epoca nella quale sempre nuove forme di leaderismo e populismi tendenti alla de-ideologizzazione stanno, come è noto, sfidando lo stato di diritto in svariate democrazie. D'altro canto, sul fronte dei diritti e delle libertà, come mette ben in evidenza Camerlengo, «lo Stato eretto a partire da[lla nostra] Costituzione non è certamente l'hegeliano Stato etico» che pretende di «elevarsi ad arbitro assoluto del bene e del male»<sup>85</sup>.

La tecnica *nudge*, dunque, può essere utile nella misura in cui il ricorso alle scienze comportamentali può aiutare a meglio decifrare i fattori scatenanti i suddetti conflitti politici e a interpretare le curve sulle quali si muovono le forze di un certo paese. Questo potrebbe certamente contribuire, poniamo, a risolvere quei dissidi altamente politicizzati per i quali motivi di opportunità costituzionale impediscono alle Corti costituzionali di giocare un ruolo di arbitro, a pena di non voler rendere le medesime Corti parti coinvolte del conflitto. I *nudge* potrebbero, poi, essere sfruttati per superare le resistenze che un'istituzione potrebbe

---

<sup>83</sup> A tal fine, uno studio ha dimostrato l'efficacia delle regole di *default* nelle politiche pubbliche in cui sono applicate. In particolare, proprio in tema di donazione d'organi si è potuto verificare che laddove si è adottato il principio del consenso presunto la percentuale di donazioni fosse più elevata rispetto a quegli ordinamenti giuridici in cui si rispetta l'opposto principio del consenso espresso. In questo caso, infatti, la necessità di compiere un'azione positiva, detta tecnicamente anche «altruista», da parte dei potenziali donatori, scoraggia il rilascio del consenso. V. E. J. JOHNSON - D. GOLDSTEIN, *Do Defaults Save Lives?*, in *Science*, 21 novembre 2003, vol. 302, 1338-1339. Tuttavia, la bontà del principio del consenso tacito è inficiata dalla sottostante questione etica. Saunders, ad esempio, rileva che nei sistemi di default con *opt-out* occorre trovare una giustificazione meno illogica rispetto a quella che presume che una persona deceduta acconsenta a donare i propri organi. B. SAUNDERS, *Opt-out organ donation without presumptions*, in *Journal of Medical Ethics*, n. 2/2012, 69-72. Per uno studio comparato sull'impatto delle varie politiche in materia di donazione degli organi, v. A. ABADIE - S. GAY, *The impact of presumed consent legislation on cadaveric organ donation: A cross-country study*, in *Journal of Health Economics*, n. 4/2006, 599-620: 599 ss.

<sup>84</sup> Si potrebbe, tuttavia, obiettare che, nel caso della donazione *post-mortem*, non vi sarebbero problemi relativi a potenziali lesioni di diritti personalissimi in quanto una persona deceduta non è più titolare di diritti.

<sup>85</sup> Q. CAMERLENGO, *Costituzione e coscienza sociale: il contributo della teoria del nudge*, cit., 9.

mostrare rispetto all'adozione di un determinato comportamento a causa di scelte inficiate da *bias*.

Inoltre, sul piano del *nudging* sui diritti costituzionali, riprendendo Cassese, un potenziale vantaggio sarebbe insito nel cambiamento di prospettiva: il fulcro dell'azione pubblica non sarebbe più lo Stato, tenuto a imporre obbligazioni e divieti per ottenere obbedienza, bensì il cittadino, del quale si studierebbero e interpreterebbero le possibili reazioni alle varie politiche pubbliche<sup>86</sup>. Si invertirebbe, quindi, il punto di vista delle politiche regolatorie con una piccola rivoluzione copernicana.

Sul fronte delle obiezioni al ricorso ai *nudge*, nondimeno, si stagliano tutte le critiche sinora avanzate alla coppia di autori statunitensi, critiche che non svaniscono dal fatto di trovarsi nel campo del diritto costituzionale.

In un tentativo di selezionare quelle che paiono più rilevanti, va sostenuto, innanzitutto, come la teorizzazione del *nudging* soffra di un certo individualismo. In effetti, essendo tali strategie pensate per “risolvere” alcuni problemi regolatori fra l'autorità pubblica e il cittadino, si è detto che il momento regolativo si disperde all'interno di questa relazione, mancando di centrare l'obiettivo, di gran lunga più importante, di tutela degli interessi di tutta la collettività<sup>87</sup>. Il *nudge*, in altre parole, non è concepito come uno strumento per una regolazione indirizzata alla società nel suo insieme, ma piuttosto a un “io collettivo” spersonalizzato e decontestualizzato.

Per tali ragioni, è stato anche osservato come i *nudge* siano «*difficilement intégrables dans les schémas traditionnels de conception des politiques publiques, [car ils] apparaissent comme un produit d'importation, indissociable d'une tradition anglo-saxonne*»<sup>88</sup>. La marginalità che questo tipo di politiche avrebbe, insomma, in paesi di tradizione non anglosassone deriva dal posto di centralità che il diritto occupa in questi ultimi.

Passando, poi, a considerazioni più strettamente legate al campo del diritto costituzionale può dirsi come il *nudging* ponga altresì problemi più “classici”. Uno di questi attiene alla trasparenza. Se si dà il caso delle scritte “*look right, look left*” in uso in Inghilterra sulle strisce pedonali, ci si trova al cospetto di un *nudge* trasparente, poiché la sua finalità è immediatamente distinguibile da chi deve attraversare la strada: proteggere l'incolumità di chi attraversa quando non è avvezzo al senso invertito di circolazione.

Altri tipi di *nudge*, invece, sono meno trasparenti, giungendo sino al limite della manipolazione subliminale, come le già citate esche negli abbonamenti ai servizi online. Gli utenti, infatti, non sono in grado di capire che l'abbonamento-esca è stato predisposto al solo scopo di far sembrare più convenienti gli altri tipi di offerte. Di conseguenza, è vero che «le condizioni che renderebbero un *nudge* “facilmente ed economicamente evitabile”, ossia la sua trasparenza e la capacità di innescare una riflessione, sono spesso violate»<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> S. CASSESE, *Exploring the Legitimacy of Nudging*, cit., 241.

<sup>87</sup> R. LEPENIES - M. MALECKA, *The Institutional Consequences of Nudging – Nudges, Politics, and the Law*, in *Review of Philosophy and Psychology*, n. 3/2015, 427-437: 428.

<sup>88</sup> J. CHEVALLIER, *Les Nudges dans la modernisation de l'action publique*, in M. BOZZO-REY - A. BRUNON-ERNST (Eds), *Nudges et normativités. Généalogies, concepts et applications*, Paris, Hermann, 2018, 227-238: 229.

<sup>89</sup> L. CONGIU - I. MOSCATI, *A review of nudges*, cit., 193, [traduzione dell'autrice].

Connesso al problema della trasparenza è il c.d. paradosso del pendio scivoloso (*slippery slope*) poiché, come rileva Tafani, «le misure più moderate e meno invadenti sono suscettibili di un’espansione indefinita»<sup>90</sup> tale per cui, scivolando da questo pendio, il paternalismo libertario può andare incontro a un’eterogenesi dei fini. Invece di predisporre «spintarelle», esso potrebbe contenere «spintoni e divieti», diventando indistinguibile rispetto al paternalismo di tipo coercitivo, poco compatibile con lo spirito di una costituzione liberale.

Le esposte critiche non sembrano, per ora, superabili sul piano costituzionale posto che il valore-faro al quale ogni prospettiva ordinamentale va relazionata è quello della dignità umana, da cui trae giustificazione la libertà di autodeterminazione.

Da ciò discende che i *nudge* dovrebbero essere pensati tenendo presente di non oltraggiare la libertà e l’autonomia dei singoli. Del pari, se usati in ambito istituzionale, non dovrebbero ostacolare la discrezionalità delle forze politiche e degli attori costituzionali. Altrimenti si giustificherebbe un irrocervo che, pur non presentando le fattezze di una norma giuridica, possiederebbe una eguale, ma surrettizia, forza costringitiva.

Quanto ai teoremi di neutralità ed equità dell’azione pubblica, corollario naturale del principio di non discriminazione, va constatato come essi non siano soltanto il portato di uno Stato che, astenendosi dall’intervenire, lascia i propri cittadini “liberi di sbagliare”. Al contrario, essi si associano all’obbligo statale di esplicitare azioni positive per colmare i divari nella società. Così, dunque, sul piano dei diritti, le tecniche di *nudge* consentirebbero allo Stato di valersi di uno strumento ulteriore per svolgere efficacemente i propri compiti. A patto, tuttavia, che la finalità resti sempre all’interno del perimetro disegnato dall’art. 3 Cost. e che i *nudge* non vengano utilizzati per penalizzare certe categorie (più deboli) di cittadini.

Inoltre, vi è un problema di proporzionalità, ragionevolezza e coerenza delle misure rispetto ai loro obiettivi. Flückiger fa l’esempio delle strategie potenzialmente adottabili per controllare la velocità degli automobilisti nelle autostrade. Lo stato potrebbe disporre di: 1) disegnare sull’asfalto dei motivi geometrici creando delle illusioni ottiche che inducono il conducente a rallentare (questo sarebbe un tipico *nudge*); 2) imporre dei limiti di velocità (divieto); 3) imporre alle case automobilistiche di limitare tutte le auto a 120 km/h (misura coercitiva estrema)<sup>91</sup>.

Al momento di scegliere quale sistema applicare, occorrerebbe, dunque, vagliare il rapporto costi/benefici e scegliere quello che consenta di massimizzare il vantaggio con il minimo sforzo. Se, però, la misura coercitiva fornisce risultati più certi, essa sarebbe da preferire rispetto a regole di *soft law* che sfruttano l’arte manipolatoria. D’altra parte, tuttavia, simili difetti sono alquanto comuni anche nella legislazione di tipo tradizionale.

Da ultimo, i *nudge* dovrebbero in ogni caso essere compatibili con il complesso dei valori democratici e delle libertà fondamentali, essendo necessaria una particolare cautela verso la salvaguardia di diritti come la partecipazione politica dei cittadini, la riservatezza, la libertà d’espressione, per fare solo qualche esempio.

<sup>90</sup> D. TAFANI, *Il diritto alle scelte stupide*, cit., 244.

<sup>91</sup> A. FLÜCKIGER, *Gouverner par des « coups de ponce » (nudges) : instrumentaliser nos biais cognitifs au lieu de légiférer ?*, in *Les Cahiers de Droit*, n. 1/2018, 199-227: 220.

Ma chi potrebbe controllare se un *nudge* rispetti i parametri sinora descritti (trasparenza, non discriminazione, proporzionalità e ragionevolezza) se non le Corti? E quali Corti, visto che dovrebbero disporre di strumenti differenti rispetto alle tecniche decisorie tradizionali, fondate sul presupposto della normatività classica del diritto?

Insomma, il *nudging* rappresenta senza dubbio una strada interessante, ma da percorrere con cautela in ambiti, anche sensibili, come quello finanziario, previdenziale o sanitario dove gli interessi della collettività – per esempio, ad una maggiore disponibilità di organi donati – scusino in un ipotetico bilanciamento l'intromissione nell'interesse dei singoli. Il *nudging* sembra, invece, una tecnica pregevole per subentrare al paternalismo giuridico nel ramo della libertà contrattuale dei privati, paternalismo reputato alla base di una “insolubile contraddizione” per le restrizioni che provoca<sup>92</sup>.

Ad ogni modo, non sembra realistico sostenere che il *nudging* possa, in un futuro prossimo, sostituire il “vecchio” Stato fondato sul monopolio dell'uso della forza<sup>93</sup>. La regolamentazione classica, basata sulla coercizione e sulla logica del *command and control* non può essere ancora messa da parte dalle “spinte gentili”, in relazione alla cui efficacia mancano a tutt'oggi dati, così come mancano, soprattutto, i loro costi effettivi di implementazione.

In conclusione, per rispondere alle domande poste in apertura, ovvero se il ricorso al *nudging* è ammissibile rispetto agli standard valoriali del costituzionalismo, se esistono già forme involontarie di *nudging* a livello costituzionale e, quali benefici e rischi esso apporta nel contesto dello stato di diritto, può condividersi – per il momento – solo parzialmente la postura di distensione di Cassese, il quale rileva come il loro uso “interstiziale” non ponga alcun problema di legittimità. È vero che gli esempi sopra raffigurati in ambito costituzionale, posto che si convenga sulla loro validità, costituiscono dei casi il cui impatto è minimo oppure casi che sinora non sono mai stati interpretati come *nudge* (forme involontarie, appunto).

D'altro canto, lo sviluppo di *nudge* manipolativi, magari agevolato dall'uso delle nuove tecnologie, potrebbe rendere sempre meno marginali tali strumenti. *Nudge* più propriamente “costituzionali” potrebbero essere introdotti *ex novo* tramite una riforma se il legislatore costituzionale si persuadesse della loro efficacia.

Esiste, tuttavia, una questione di opportunità, poiché il loro ricorso dovrebbe implicare, a monte, una motivazione che validamente fugasse ogni timore su un suo uso distorto. Tanto più che la delicatezza degli ambiti toccati dal diritto costituzionale richiederebbe, come si è visto, una tutela rafforzata.

Un rischio per lo stato di diritto, dunque, potrebbe esserci. Il superamento della teoria della razionalità classica, infatti, rende *a contrario* l'individuo meno libero e meno autonomo, proprio perché reputato poco “razionale”. Così, questo paternalismo “libertario”, se si

<sup>92</sup> M. MARCHESIELLO, *Nudge*, cit., 509.

<sup>93</sup> S. CASSESE, *Exploring the Legitimacy of Nudging*, cit., 242, che sottolinea come essi non siano affatto uno “strumento miracoloso” tali quali vengono predicati.

traducesse un giorno in un abuso o arbitrio del potere, potrebbe in definitiva aprire la via a un meno “benevolo” dispotismo.

Fra gli obiettivi che si prefigge una democrazia liberale, mediante il proprio catalogo di diritti costituzionali, vi è in primo luogo quello del “pieno sviluppo della persona umana”, come recita l’art. 3 Cost. Così, dunque, è condivisibile ritenere che l’accettazione di «forme di interferenza paternalistica significa per la democrazia abdicare al proprio ruolo: quello di porsi come condizione per la formazione di individui liberi e autonomi, capaci di autogoverno sia nella dimensione pubblica sia nella dimensione privata»<sup>94</sup>. Valorizzare il *nudge* come strumento utile e, per certi versi, positivamente “sovversivo” in determinate politiche pubbliche (sanitaria, emergenziale, di prevenzione del rischio, solo per citarne alcune), non consentirebbe automaticamente di adoperarlo nella sfera del diritto costituzionale, se non a condizione di un’ampia circospezione. Da qui l’auspicio che si approfondisca lo studio dei legami del *nudging* con tale materia, affinché i suoi effetti possano essere sempre più noti e anticipabili.

---

<sup>94</sup> M. CUONO - R. SAU, *Ripensare il paternalismo in epoca neoliberale*, cit., 38.