

Giovanni Bombelli

*Processi decisionali e categorie giuridiche:
tra razionalità “classica” e spunti dal nudging*

Decision making and legal categories: between “classical” rationality and cues from nudging

Abstract: New technology-based dynamics progressively reshape the nature and the conceptualization of the decision-making processes as well as of law and human behaviour.

The question can be highlighted by comparing two paradigms.

On the one hand the modern model synthesized by Max Weber’s theory. Starting from the concept of “rational subject” (*Typus*), it is rooted in the cognitive transparency (*Sinn*) underlying social behaviours and, within the landscape of the liberal model, it entails the legitimization of law and political power in terms of rational belief (based on the categories of *Zweckrational* and *Glauben*).

On the other some contemporary perspectives, which are paradigmatically represented by the nudge theory. Moving from behavioural sciences it rethinks the decision-making dynamics and pivots on three points: the unintentional/unaware level involved by the deliberative processes, the reshaping of their transparency (rational) level and the implementation-optimization of choices (*choice architecture*) in the light of a problematic libertarian paternalism.

Beyond any analogies between the two perspectives, the comparison calls into question three points related to each other: the degree of the cognitive (rational) level underlying the decision-making process, the progressive mutation of the models of legal reasoning and public argumentation and, finally, the rearticulation of the political decision-making procedures (*soft powers*).

Keywords: law, decision, rationality, nudging.

1. Tradizione e transizioni: coordinate

Rappresenta un dato ormai quasi notorio il delinearci di prospettive teoriche, frequentemente legate a applicazioni di natura tecnologica, i cui riflessi *de facto* pongono in questione modelli “classici” di concettualizzazione dei processi deliberativi¹.

1 Per una più ampia contestualizzazione dei temi toccati in questo contributo si consenta rinviare, sebbene a partire da questioni e traiettorie parzialmente divaricate rispetto a quanto di seguito prospettato, ai miei *Diritto, decisione e paradigmi di “razionalità”*, in G. Bombelli-B. Montanari (a cura di), *Ragionare e decidere*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 321-358 e G. Bombelli-A. Lavazza, *Tecnologia, processi decisionali, sfera pubblica e diritto. Esplorazioni*, in C.

Un fenomeno *ça va sans dire* che interessa fortemente anche le modalità di plasmazione delle categorie giuridiche e *lato sensu* politico-istituzionali. In termini schematici, certamente con una buona dose di semplificazione, il quadro che va profilandosi si può descrivere come segue.

Da un lato permane un'impostazione "classica".

Muovendo da uno schema in qualche misura tradizionale essa interpreta l'agire e i processi di volizione e deliberazione, inclusi quelli a rilevanza più squisitamente giuridico-politica, secondo un modello imperniato sul concetto di "razionalità". Più precisamente, questo impianto teorico verte sull'idea di fondo che le dinamiche deliberative e i processi di autodeterminazione si configurano, almeno presuntivamente, come processi cognitivamente *trasparenti* in quanto leggibili-interpretabili in relazione a modelli di "razionalità"².

Ciò almeno in una duplice accezione: come razionalità (o trasparenza) "soggettiva" e razionalità (o trasparenza) "oggettiva".

Sotto il primo profilo tali dinamiche costituiscono oggetto di autopercezione da parte del soggetto-agente. In altre parole si tratta di processi di cui quest'ultimo, quand'anche essi assumano la forma di automatismi (come condotte di *default* a base razionale), è riflessivamente consapevole: si presume non solo che egli sia in grado di determinarli ma anche di renderne ragione in prospettiva *lato sensu* finalistica. Con riguardo al secondo versante, la natura trasparente di tali dinamiche risiede nella possibilità di descriverne la struttura o sequenza: ciò significa che i loro elementi strutturali (motivi, finalità, obiettivi, ecc.) sono suscettibili di una ricostruzione *oggettiva*.

Un'impostazione che per quanto attiene al diritto³ presenta ovviamente matrici risalenti, più precisamente moderne, ma che si struttura in modo compiuto grosso modo lungo la stagione di riflessione ottocentesca sino a connotare molte delle ulteriori articolazioni del secolo scorso⁴. Come noto ciò si è condensato nell'allestimento di una dogmatica complessa, articolata in figure concettuali e istituti al-

Buzzacchi-P. Costa-F. Pizzolato (a cura di), *Technopolis. La città sicura tra mediazione giuridica e profezia tecnologica*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, pp. 1-32.

2 Non è qui possibile discutere compiutamente la complessità di tale nozione: rinvio a G. Bombelli-B. Montanari (a cura di), *Ragionare e decidere*, cit., *passim*.

3 Un'impostazione analoga è notoriamente sottesa a gran parte della riflessione economica ove l'assunto della razionalità, fondamentalmente intesa come capacità di calcolo individuale in rapporto a costi-benefici, si è offerto secondo versioni molteplici: dall'utilitarismo classico (massimizzazione dell'utile individuale) sino al neocontrattualismo della *justice as fairness* rawlsiana imperniata sul *veil of ignorance* o, ancora, al contratto sociale "utilitaristico" proposto da John Harsanyi legato alla massimizzazione di una funzione di utilità attesa. Ovviamente qui non è possibile soffermarsi su snodi importanti di tale riflessione, dal teorema di Condorcet alla posizione marginalista, nei quali peraltro scelta individuale e orizzonte pubblico/collettivo si intrecciano. Si evoca qui la sfera dell'agire economico in rapporto a quanto si dirà più avanti a proposito del *nudging*, le cui matrici sono di natura economica, e alla luce della diversa prospettiva in esso tematizzata.

4 In merito è paradigmatica l'evocazione della posizione di un autore come Puchta in H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1975 (Wien, 1960), p. 193 e ss. Discutendo la nozione di "soggetto giuridico", il giurista praghese ricorda come per l'esponente della Scuola storica del diritto il "concetto fondamentale del diritto è la libertà[e]il concetto astratto di libertà è: possibilità di determinare se stesso a qualche cosa.[...]L'uomo è soggetto di diritto per il

trettanto classici che, dall'ambito privatistico alla sfera penale, sono sottesi a molti rami dell'ordinamento (sul punto si tornerà più avanti).

In prospettiva diversa si delineano orientamenti che non solo sembrano distanziarsi dall'impostazione appena evocata, in quanto rispetto ad essa eterogenei, ma che vanno acquistando sempre maggiore rilevanza e accreditamento sul piano teorico e sociologico.

Tali orientamenti prospettano modelli concettuali alternativi, se si vuole più articolati, in ordine alla comprensione dei processi deliberativi. Più precisamente essi interessano direttamente il binomio ragionamento-decisione con la pretesa altresì, più o meno esplicita, di strutturare le architetture concettuali sottese ai meccanismi di scelta individuale e collettiva. Quanto, a cascata, non può che rifluire sul plasmarsi delle *categorie* e, più in generale, sulla configurazione degli istituti giuridici: ciò soprattutto ove si considerino le eventuali intersezioni tra gli orientamenti in parola e alcune proiezioni sul piano tecnologico che, in prospettiva, aprono a possibili forme di *soft powers*.

All'interno di queste coordinate di seguito si proporrà una sorta di sintetica comparazione tra i due quadri teorici appena abbozzati.

Con riguardo al primo, l'impostazione di Max Weber può costituire un'ottima traccia o griglia interpretativa per impostare a mo' di *fil rouge* la riflessione. Il riferimento al teorico di Erfurt appare prezioso in quanto consente di mettere in luce con nitore alcune categorie di fondo che, in misura più o meno implicita, fanno da sfondo alle modalità "classiche" (di ascendenza moderna) di comprensione delle condotte a rilevanza giuridica e, più in generale, dell'agire politico-istituzionale.

Il secondo paradigma concettuale trova invece un'articolazione particolarmente perspicua nell'idea di *nudging*, di origine anglosassone e di matrice essenzialmente economica, maturata nell'alveo delle *behavioral sciences*⁵. L'analisi di alcuni profili concettuali di tale impostazione e il suo accostamento all'impianto weberiano, che a prima vista potrebbe sembrare inconsueto, consentirà di saggiare la distanza tra i due schemi concettuali così da meglio lumeggiare il nucleo di fondo dell'ipotesi interpretativa poc'anzi abbozzata⁶.

2. Un riferimento critico: il paradigma weberiano

Il riferimento critico alla prospettiva weberiana riposa su due ragioni cospiranti.

La prima attiene alla portata per così dire retrospettiva e storico-sintetica, quindi paradigmatica, rivestita dal modello elaborato dal teorico tedesco. Per molti versi il pensiero di Weber si può considerare, con riguardo almeno ad alcuni aspetti

fatto che possiede questa possibilità di determinarsi, per il fatto che ha una volontà" (ivi p. 194 nonché, alle pp. ss., la critica kelseniana).

5 R. H. Thaler-C. R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, New Haven & London, 2008.

6 In questa sede non si analizzerà il circuito, ben più articolato, razionalità-ragionevolezza-*nudging*: sul punto si proporrà solo qualche accenno in sede conclusiva.

centrali, come figlio o erede della grande tradizione ottocentesca dell'*allgemeine Rechtslehre*⁷ e della prima modernità. Pur ridiscutendola criticamente, nel quadro di una riflessione notoriamente molto articolata⁸, Weber non solo ne individua lucidamente le scansioni cruciali in ordine al processo di razionalizzazione del diritto ma ne condensa, altresì, alcuni postulati in ordine a categorie fondamentali sottese alla concettualizzazione della sfera giuridica⁹.

La seconda ragione dell'attenzione qui dedicata all'impostazione weberiana attiene, invece, all'influsso da essa esercitato. Non v'è dubbio che nella riflessione del teorico di Erfurt vengano a tema nodi teorici rilevanti (decisione, norma, comportamenti) che, anche indirettamente, intersecano temi di natura giuridico-politica. Tutte questioni su cui peraltro significativamente e nello stesso torno di tempo andavano riflettendo, secondo prospettive divergenti ma a partire da un orizzonte comune, anche autori come Hans Kelsen e Carl Schmitt¹⁰.

In questa direzione Weber sembra costituire un buon *test* per ragionare intorno ai temi di cui andiamo dicendo. Ai nostri fini sarà sufficiente soffermarsi solo su alcuni punti specifici della teoresi weberiana: l'idea di "agire sociale", la razionalità dei processi decisionali come "condotta (individuale) razionale" e infine, quanto qui soprattutto interessa, taluni riflessi in chiave giuridica, con particolare riguardo all'idea di "legittimazione (razionale)" (e, in modo connesso, alla nozione di potere legale-razionale e quindi di diritto).

Occorre considerare innanzitutto la nozione-base: l'idea di "senso dell'agire sociale".

In un quadro metodologico notoriamente ispirato all'avalutatività delle scienze sociali, essa rappresenta a buon diritto la cornice concettuale dell'intero impianto weberiano.

Nella prospettiva del pensatore tedesco "per 'agire' (*Handeln*) si deve intendere un atteggiamento umano[...]se e in quanto l'individuo che agisce o gli individui che agiscono congiungono ad esso un senso (*Sinn*) soggettivo." Più precisamente

7 Un approccio alla riflessione weberiana che intenda essere minimamente avvertito non può prescindere da alcuni riferimenti critici: limitandomi alla letteratura italiana rinvio ai lavori imprescindibili di Realino Marra, in particolare i suoi *La libertà degli ultimi uomini. Studi sul pensiero giuridico e politico di Max Weber*, Giappichelli, Torino, 1995 e *La religione dei diritti. Durkheim-Jellinek-Weber*, Giappichelli, Torino, 2006.

8 Si pensi, ad esempio, alle nozioni di "carisma", di "tradizione" e, più in generale, all'articolata tipologia di fattori sottesi all'agire sociale e quindi, mediatamente, alla sfera giuridica e al potere (circa la nozione di carisma è d'obbligo il rinvio a L. Cavalli, *Il capo carismatico*, il Mulino, Bologna, 1981): un versante qui solo richiamato in quanto esorbita dalla riflessione che si va proponendo (ma sul punto si tornerà anche più avanti).

9 M. Weber, *Economia e società*, Comunità, Milano, 1962 (Tübingen, 1922), II, cap. VII, in particolare p. 130 e ss. In merito R. Marra, *La religione dei diritti. Durkheim-Jellinek-Weber*, cit., pp. 132-133 e, soprattutto, p. 139 per l'attenzione riposta da Weber nella *Rechtsoziologie* all'incontro, sotto il profilo storico-giuridico, tra "i diritti e la razionalità giuridica formale". Un rapporto "creato essenzialmente dall'illuminismo[per cui] i diritti sono trasferiti nella corrente dell'oggettivismo giuridico[...]. Il diritto 'rivoluzionario'[...]deve integralmente la sua rilevanza storica allo sviluppo, con un'intensità sconosciuta a qualsiasi altra esperienza giuridica del passato, di qualità formali." Inoltre Id., *La libertà degli ultimi uomini...*, cit., cap. 6.

10 Si consenta rinviare al mio *Sulla polemica Schmitt-Kelsen: scenari storici e alcuni profili filosofico-giuridici*, in B. Montanari, *Corso di filosofia del diritto*, Scriptaweb, Napoli, 2012, pp. 227-272.

per “agire ‘sociale’ si deve però intendere un agire che sia riferito – secondo il suo senso, intenzionato dall’agente o dagli agenti – all’atteggiamento di altri individui, orientato (*orientiert*) nel suo corso in base a questo”¹¹.

Da questa prospettiva diventa cruciale la nozione di “senso” (*Sinn*), peraltro significativamente collocata nei fondamenti metodologici. Tale termine non si riferisce soltanto al “senso di fatto intenzionato soggettivamente o, in un caso storicamente dato, da colui che agisce” o, ancora come aggiunge Weber, “in media” e “approssimativamente, in una certa massa di casi, [intenzionato]dagli agenti”. In termini più precisi, si deve parlare di senso “intenzionato soggettivamente, in un tipo puro costruito concettualmente, dall’agente o dagli agenti assunti come tipo”¹² e, quindi, con riferimento a condotte individuali di natura razionale.

Fatta salva la complessità della prospettiva elaborata dal pensatore di Erfurt in ordine alle dinamiche deliberative, alla nozione weberiana di “agire sociale” sembra quindi soggiacere un’idea di razionalità intesa come trasparenza intrinsecamente cognitiva dei processi decisionali.

In questo senso si potrebbe parlare di comportamento razionale di *default* nella duplice accezione, “soggettiva” e “oggettiva”, precedentemente proposta.

In Weber la prima accezione si declina in termini di perfetta consapevolezza da parte del soggetto circa la condotta adottata: da qui l’idea di “tipo puro” (*rein Typus*) o “agente-tipo” che, a livello giuridico, ha come corrispettivo il “soggetto-agente” o “soggetto-modello” (un profilo che ovviamente va sganciato dalla questione, segnalata dallo stesso Weber, relativa alla condotta “vera” o “oggettiva”).

Il versante “oggettivo” va inteso in rapporto alla rilevanza conferita dal teorico tedesco alla trasparenza dei meccanismi decisionali sottesi alla sfera giuridica e *latu sensu* politica: ciò che, alla luce dell’evocato approccio avalutativo, rende quest’ultimi suscettibili di ricostruzione e interpretazione “dall’esterno”.

Tale modello esplicativo riemerge, ad esempio, anche in rapporto alla nozione tipicamente socio-giuridica di “costume” (*Sitte*): esso va inteso come un uso in cui la consuetudine di fatto poggia su una acquisizione diuturna. In aggiunta il “costume” si può definire come “condizionato da interessi” ove la sua sussistenza empirica sia condizionata “semplicemente da un orientamento puramente razionale rispetto allo scopo dell’agire degli individui, in vista di aspettative omogenee”¹³.

Peraltro, in relazione a quanto si osserverà successivamente a proposito del *nudging*, risulta particolarmente utile soffermarsi anche sull’idea weberiana di “agire economico” (*Wirtschaften*).

11 M. Weber, *Economia e società*, cit., I, p. 4.

12 *Ibidem*. Vale la pena precisare come nella prospettiva weberiana per “senso” non si debba intendere “qualsiasi senso oggettivamente ‘corretto’, oppure un senso ‘vero’ stabilito metafisicamente. In ciò consiste la differenza delle scienze empiriche dell’agire – quali la sociologia e la ricerca storica – rispetto a tutte le discipline dogmatiche – giurisprudenza, logica, etica, estetica – che si propongono di indagare, nei loro oggetti, il senso ‘corretto’ o ‘valido’”: Ivi p. 4. Va tuttavia precisato come anche il senso “corretto” o “oggettivo” della sfera giuridica, o “giurisprudenza”, sul piano logico-metodologico vada collocato all’interno delle premesse weberiane appena richiamate.

13 *Ibidem*, p. 26: ivi si vedano anche p. 26 e ss. per le analisi dedicate ai “tipi di agire sociale”.

Quest'ultimo si configura come un potere di disposizione "orientato economicamente in modo primario". Ne è un esempio l'"agire economico razionale" (*rationales Wirtschaften*), in quanto processo "orientato economicamente in modo razionale rispetto allo scopo (*zweckrational*), e quindi in modo sistematico." In questa linea l'economia rappresenta un "agire economico autocefalo", così come l'"impresa economica" si struttura su un "agire economico continuativo ordinato in base alle regole dell'impresa"¹⁴.

Già da questi rapidi riferimenti emerge il punto che ci interessa.

L'analisi weberiana dei processi decisionali privilegia l'attenzione per i profili razionali ad essi sottesi. Più precisamente il *focus* viene posto sulla loro natura non eterodiretta: ossia in linea di principio sulla dominabilità, in termini di prevedibilità-calcolabilità o di aspettativa *à la* Luhmann, delle condotte come condizione di possibilità in prospettiva squisitamente giuridica per la costruzione della fattispecie giuridica e, quindi, come schema di qualificazione *di condotte presuntivamente razionali*¹⁵. L'agire sociale, espressamente inclusivo delle condotte a rilevanza giuridica e *lato sensu* politica (ed economica), è razionale *in quanto* perfettamente trasparente.

Come osservato ciò non comporta misconoscere in alcun modo la complessità dell'analisi weberiana. Essa contempla una ricca galleria di "ragioni" sottese alle scelte e alle condotte, ancorché non immediatamente riferibili all'idea di "razionalità" nell'accezione qui suggerita, riconducibili ad esempio alle segnalate nozioni di "carisma" e "tradizione". Qui interessava soprattutto rimarcare come Weber tematizzi il versante dell'agire razionalmente orientato (concettualizzato come *zweckrational* in rapporto all'agire economico), soprattutto per i suoi riflessi a livello di configurazione delle categorie giuridiche nonché in ordine alla legittimazione razionale del potere e, più in generale, dello spazio pubblico come dimensione logicamente connessa al diritto.

Disegnando la sua ricca tipologia del potere¹⁶, notoriamente imperniata sull'individuazione dei criteri che ne validano la legittimità¹⁷, tra i tipi di potere legittimo Weber annovera il potere "razionale" che, di fatto, viene sostanzialmente assimilato al potere "legale" e, quindi, al potere nella sua accezione giuridica. Il "potere razionale" si connota, infatti, per il fatto di poggiare "sulla credenza (*Glauben*) nella legalità di ordinamenti statuiti" e del "diritto di comando di coloro che sono chiamati ad esercitare il potere (potere legale) in base ad essi"¹⁸.

14 *Ibidem*, p. 57. Si veda anche quanto si richiamerà più avanti a proposito delle nozioni weberiane di "mercato" e "contratto".

15 *Ibidem*, II, p. 17 ove si osserva che "un diritto è 'formale' quando [...] vengono prese in considerazione esclusivamente le caratteristiche generali univoche della fattispecie. [...] [O]gni decisione giuridica concreta è l' 'applicazione' di un principio giuridico astratto a una 'fattispecie' concreta" (Ivi anche p. 42).

16 Vale la pena ricordare come Weber distingua tra "potenza" (*Macht*) e "potere" (*Herrschaft*): la prima "designa qualsiasi possibilità di far valere entro una relazione sociale, anche di fronte ad un'opposizione, la propria volontà, quale che sia la base di questa possibilità", laddove con "potere" occorre intendere "la possibilità di trovare obbedienza, presso certe persone, ad un comando che abbia un determinato contenuto": *ibidem*, I, p. 52.

17 *Ibidem*, p. 207 e ss.

18 *Ibidem*, p. 210.

Non è qui possibile approfondire la complessa nozione weberiana di “credenza”, inclusiva del suo *côté* razionale e, più in generale, il nesso che intercorre tra credenza (intesa anche come “senso comune”) e condotte a rilevanza giuridica¹⁹. Importa solo rimarcare come l’espressione “potere legale” vada riferita a “qualsiasi diritto [che può] essere statuito razionalmente rispetto al valore (*wertrational*) o rispetto allo scopo (*zweckrational*) (o a entrambi)”²⁰.

In sostanza: il potere legale coincide con il diritto razionale. Tra potere legale e diritto razionale (*melius*: tra razionalità del diritto e presunta razionalità delle condotte) viene così a istituirsi una perfetta simmetria nella forma della reversibilità chiasmatica.

Sintetizzando l’ossatura del ragionamento weberiano si può schematizzare come segue.

L’agire sociale si configura come una dimensione fondamentalmente trasparente *in quanto* basata sulla razionalità delle condotte, ascrivibili ad un “tipo puro” (agente-tipo o agente-modello) e inclusive di quelle a rilevanza giuridica e *lato sensu* politica.

In ordine a quanto si va ragionando questa rapida analisi di alcuni profili-chiave dell’impianto weberiano postula almeno due corollari.

Primo corollario.

Trova conferma come Weber, pur certamente problematizzandolo, articoli e sistematizzi in termini fondativi un apparato categoriale risalente d’impronta razionalistica. Tale apparato ha costituito l’impianto teorico per la concettualizzazione dei processi di volizione-deliberazione e la conseguente edificazione di categorie e istituti giuridici: dall’ambito privatistico (si pensi paradigmaticamente a tutta la materia relativa alla manifestazione della volontà e alla disciplina dei vizi²¹) sino all’ambito penale (si pensi altrettanto paradigmaticamente alla messa a punto della figura del “dolo” o, ancora, alla nozione di “capacità di intendere e di volere”).

Secondo corollario.

In questo quadro va rimarcato come anche nell’analisi dei fattori di natura apparentemente “non razionale” (o “a-razionale”) connessi alle dinamiche deliberative, quali ad esempio i concetti evocati di “tradizione” e “carisma”, a ben vedere Weber muove dal presupposto della loro piena riferibilità alla sfera soggettiva sotto il profilo del grado di riflessività. In altre parole, con lessico luhmanniano, il centro di imputazione è sempre rappresentato dal soggetto razionale che rimane il vero monarca della sfera decisionale.

Un’ultima notazione.

19 Sul nesso credenza-diritto si consenta rinviare al mio *Diritto, comportamenti e forme di “credenza”*, Giappichelli, Torino, 2017.

20 M. Weber, *Economia e società*, cit., I, p. 212 ove a seguire si precisano analiticamente i presupposti del potere legale.

21 La cui matrice concettuale va ovviamente reperita nell’idea di “negozio giuridico” elaborata nella Scuola storica del diritto e nelle sue successive rielaborazioni all’interno della linea pandettistica.

Sin qui si è volutamente ragionato a prescindere dall'esplicitazione dell'orizzonte politico-istituzionale, o di politica del diritto, sotteso alla riflessione weberiana. Si tratta ovviamente di un profilo rilevante non solo in ordine all'estensione dello schema razionale anche all'ambito delle scelte-condotte a rilevanza collettiva o, più precisamente, politica e cui il teorico di Erfurt fa esplicito riferimento.

Tale versante attiene anche alla cornice entro cui si iscrive l'intero modello weberiano la quale coincide con l'intreccio tra modello liberale e Stato di diritto: una cornice che Weber, pur analizzandone criticamente e in modo preveggente alcune oscillazioni interne, assume fondamentalmente come presupposto. Un tema cruciale poiché il riferimento all'orizzonte delle scelte pubbliche (*public choices*) permane problematicamente sotteso, nel quadro del tutto diverso costituito dal *libertarian paternalism*, anche alla prospettiva del *nudging* di cui ora si dirà (inoltre *infra* § 4).

3. Sul *nudging*

Il riferimento all'apparato categoriale weberiano rivestiva natura paradigmatica, intravedendo in esso un esempio eminente di concettualizzazione della dimensione giuridico-politica legata a un modello di razionalità. L'impianto weberiano va posto a confronto con alcune prospettive di matrice anglosassone i cui riflessi sono rilevanti anche in ordine alla comprensione dei processi decisionali e quindi, mediamente, in rapporto alla sfera giuridica e alle categorie ad essa sottese nonché ai suoi riflessi politico-istituzionali.

Come segnalato, di seguito ci si soffermerà, sempre in chiave paradigmatica, su alcuni aspetti relativi alla teoria e alla pratica del *nudging*²². Un termine abitualmente tradotto con "spinta gentile", a indicare come l'obiettivo di tale approccio sia promuovere comportamenti ritenuti normativamente desiderabili senza ricorrere a forme di divieto o a repertori sanzionatori.

Schematicamente interessa ragionare su tre profili: la dimensione irriflessa delle dinamiche decisionali; il conseguente (apparente) ridimensionamento del loro livello di trasparenza e, infine, la possibilità di implementazione/ottimizzazione delle condotte in relazione ad un agente-modello secondo finalità predeterminate e ispirate ad un modello di *libertarian paternalism*.

Un primo aspetto da rimarcare è il rilievo assegnato nel quadro della teoria del *nudging* al livello irriflesso, cui vengono ascritti rapsodicamente i profili relativi alla sfera reattivo-emotivo-pulsionale, connesso alle dinamiche di volizione e deliberazione.

22 R. H. Thaler-C. R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, cit. Nell'ormai ampia bibliografia, soprattutto di matrice anglosassone, ci si limita a segnalare K. Mathis-A. Tor (eds.), *Nudging – Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Springer, Cham, 2016 per l'attenzione ivi dedicata sia ai profili teorici sia ad alcune proiezioni applicative. Per una più ampia contestualizzazione delle successive considerazioni, anche per quanto attiene a taluni profili più squisitamente teorico-giuridici, si consenta rinviare a G. Bombelli-A. Lavazza, *Tecnologia, processi decisionali, sfera pubblica e diritto. Esplorazioni*, cit.

Muovendo da un modello esplicativo imperniato sulla presenza di due processi o sistemi decisionali distinti (rispettivamente definiti come *automatic system* e *reflective system*)²³, tale sfera irriflessa attiene alle strutture cerebrali più arcaiche legate all'area limbica. Non vi è modo qui di considerare analiticamente tale livello, ormai oggetto privilegiato di indagine neuroscientifica e cui l'idea di *nudge* rinvia in modo più o meno esplicito²⁴, ma si tratta con tutta evidenza di un versante cruciale. Al punto successivo vedremo come, anche in chiave giuridica, almeno in prima battuta questo schema esplicativo metta in questione il modello “classico” o tradizionale imperniato sull'idea di agente/soggetto-modello presuntivamente a base razionale di cui il *rein Typus* weberiano rappresenta una sorta di paradigma.

Peraltro si può osservare come da questa prospettiva specifica, sempre in chiave squisitamente giuridica, non si sia in presenza di una novità assoluta. Ad esempio anche un'impostazione come il “realismo giuridico”²⁵, soprattutto in alcune sue varianti che enfatizzano la natura esclusivamente psicologico-emotiva di categorie-base del diritto²⁶, per un verso mostra talune analogie con i modelli di cui si va dicendo. Tuttavia, pur costituendone in qualche misura una sorta di anticipo, va rimarcato come il realismo giuridico si strutturi su altre basi: in particolare, ad esso manca ovviamente tutto il plesso categoriale costituito dalla circolarità che *de facto* si istituisce tra *nudging* e indagine neuroscientifica.

Quanto appena osservato consente di cogliere meglio il secondo profilo del *nudging* che attiene al gradiente di consapevolezza-razionalità delle condotte²⁷.

La rilevanza conferita alle componenti irriflesse sottese ai processi decisionali e alle condotte sembra postulare, come corollario logico, il ridimensionamento (non rimozione) del loro grado o livello di trasparenza con proiezioni immediate su nozioni-chiave come “scelta razionale” o “condotta razionale”. Un versante che emerge soprattutto in relazione alla possibilità di pianificare una *choice architecture* facendo leva su comportamenti di *default*, nel quadro delle segnalate premesse behaviori-

23 R. H. Thaler-C. R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, cit., pp. 19-22.

24 Per qualche accenno G. Bombelli-A. Lavazza, *Tecnologia, processi decisionali, sfera pubblica e diritto. Esplorazioni*, cit., p. 12 (con riferimento a R. H. Thaler-C. R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, cit., p. 42).

25 Una presentazione sintetica ma completa in A. Lisitano, *Cos'è il realismo giuridico*, in B. Montanari (a cura di), *Spicchi di Novecento*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 159-200.

26 Si pensi paradigmaticamente alla posizione di Axel Hägerström, forse l'esponente di spicco del realismo scandinavo, per il quale “l'intero meccanismo del diritto riesce a funzionare, mosso da un potente complesso di sentimenti, che operano indipendentemente dalle idee circa la scelta delle leggi che sarebbe opportuno stabilire”: A. Hägerström, *Inquiries into the Nature of the Law and Morals* (Upsala, 1953), nella traduzione parziale di S. Castignone, *Il realismo giuridico scandinavo e americano. Antologia di scritti giuridici*, il Mulino, Bologna, 1981, p. 55.

27 Sul punto A. Tor, *The Critical and Problematic Role of Bounded Rationality in Nudging*, in K. Mathis-A. Tor (eds.), *Nudging – Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, cit., pp. 3-10 e, sempre ivi, M. F. Dold, *Condorcet's Jury Theorem as a Rational Justification of Soft Paternalistic Consumer Policies*, pp. 39-58 da porre in relazione al precedente accenno al teorema di Condorcet.

stiche da cui muove il *nudging*²⁸. Su entrambe queste nozioni (*choice architecture* e *default*), tra loro strettamente connesse, occorre soffermarsi in modo più analitico.

L'obiettivo ultimo di Thaler e Sunstein è elaborare una *choice architecture*.

Con tale espressione ci si riferisce all'approntamento di modalità mediante le quali guidare, nel senso di articolare o (ri)plasmare (*reshaping*), i processi di deliberazione e, quindi, i comportamenti da essi derivanti. Muovendo dal menzionato modello binario (automatismo-riflessività), giudicato esplicativo dei meccanismi decisionali, sembrano distinguibili due livelli.

Da un lato si fa leva su condotte di *default* intese come automatismi legati al livello irriflesso. Peculiari al comportamento ordinario, il loro paradigma è costituito dal tipo di agente-*Human* e tali condotte, *in quanto* contemplanò la possibilità di errore, si caratterizzano per il loro grado di "irrazionalità" o minore trasparenza cognitiva. Ma *al contempo* nel *nudging* rivestono un ruolo centrale i comportamenti riflessi: più precisamente, condotte perfettamente trasparenti *in quanto* rispondenti, secondo i dettami behavioristici, al nesso mezzi-fini (incentivi) e il cui paradigma è rappresentato dall'agente-modello a base razionale o agente-*Econ*²⁹.

Tuttavia nella prospettiva in parola i due livelli non appaiono equiparabili.

Il riferimento all'agente-*Human* (le cui condotte "predictably err") è infatti funzionale all'enfaticizzazione dell'agente-modello a base razionale (agente-*Econ*) che, a ben vedere, soggiace all'impianto concettuale del *nudging*. In altre parole: l'idea di fondo è che la "correzione" o "orientamento" (in linea di principio: rimozione) dei fattori irriflessi consentano di ottimizzare attraverso incentivi i processi decisionali con riferimento a *un certo modello* di "scelta razionale" e, cioè, in rapporto a *standards* o obiettivi predeterminati e ritenuti razionalmente ottimali (sulla natura problematica di tali obiettivi e il loro grado di "predeterminazione" si tornerà più avanti).

Il punto sta qui.

La prospettiva del *nudging* solo apparentemente sembra ridimensionare il paradigma di comportamento razionale. Facendo *de facto* coincidere la razionalità-consapevolezza delle scelte con un ipotetico *standard* o paradigma predeterminato, rispetto al quale le condotte vanno *orientate*, ne discende che i comportamenti di *default* (automatismi) risultino simmetricamente in qualche misura "irrazionali" (non solo a-razionali) e, in quanto tali, oggetto di correzione.

Più in generale l'impostazione qui discussa privilegia una particolare figura di "scelta"/"decisione" dalla quale a ben vedere viene espunto lo spazio dell'errore (*bias*): ciò comporta una riduzione della complessità cognitiva sottesa ai processi di volizione-deliberazione nella cui dinamica in realtà, contrariamente allo schema binario da cui

28 Con riguardo ai meccanismi psicologici sottesi alle dinamiche di cui si va dicendo si può ricordare come una nozione simile al "nudge" sia quella di "boost": in merito R. Hertwig-T. Grüne-Yanoff, *Nudging and Boosting: Steering or Empowering Good Decisions*, in "Perspectives on Psychological Sciences", august 2017, pp. 1-14. Ringrazio il dott. Andrea Lavazza per la gentile segnalazione di questo riferimento bibliografico.

29 R. H. Thaler-C. R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, cit., pp. 7-8.

sembra muovere il *nudging*, possono ben intrecciarsi profili compositi (adattando il lessico di Thaler e Sunstein: fattori “razionali-*econ*” e fattori “irrazionali-*human*”)³⁰.

Da questa prospettiva si può inoltre notare come anche il diritto, sulla scorta di Weber, verta sul (o comunque postuli il) paradigma di un comportamento “razionale” nell’accezione precisata di agente-modello³¹, sebbene con almeno due differenze importanti rispetto al *nudging*.

Diversamente da quest’ultimo il diritto non persegue *di per sé* alcuna idea correttiva semmai rivestendo, ove si acceda ad alcune prospettive teoriche, una natura *lato sensu* orientativa delle condotte³². Sempre a livello giuridico appare inoltre più complessa, assumendo come paradigmatico un modello di condotta razionale, la valutazione-bilanciamento dei possibili fattori “devianti” sottesi alle deliberazioni: si pensi all’articolata disciplina delle scriminanti in ambito penale o, ancora, a quella già evocata dei vizi in ambito civile.

In questa linea è allora evidente come l’espressione “comportamento di *default*” debba intendersi in termini opposti a quanto proposto con riguardo alla prospettiva weberiana.

In quest’ultima tale espressione era funzionale a indicare le condotte a base razionale assunte dal teorico tedesco come paradigma di normalità (presunta: il *rein Typus*) dell’agire sociale e giuridico-politico, laddove nello schema del *nudging* occorre invertirne l’accezione. In quest’ultimo le “condotte di *default*” rinviano ad automatismi decisionali e comportamentali che, come poc’anzi osservato, non solo si ritiene siano costitutivamente erronei e quindi “irrazionali” ma diventano, altresì, suscettibili di modificazione-manipolazione in vista dell’adeguamento delle condotte a un paradigma di comportamento razionale e a obiettivi prestabiliti.

Questi ultimi rilievi mettono in luce come lo schema concettuale del *nudging* privilegi di fatto un ipotetico modello di condotta-deliberazione a base “razionale”, in termini diversi rispetto allo schema weberiano e configurato in termini behavioristici, cui le componenti irriflesse vengono subordinate.

Ciò comporta un corollario rilevante: la possibilità di ottimizzare o, con termine inglese, implementare le condotte di *default* in rapporto ad un agente-modello predefinito e secondo finalità predeterminate.

In chiave giuridica si prospettano riflessi molteplici riguardo ai quali è possibile solo fare qualche rapido riferimento.

Si pensi per stare all’area privatistica, con riguardo alla conclusione-articolazione di un accordo contrattuale e diversamente da quanto emerge dalla prospettiva

30 In merito R. Baisch, *Nudging: Information, Choice Architecture and Beyond*, in K. Mathis-A. Tor (eds.), *Nudging – Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, cit., pp. 217-246; G. Bombelli-A. Lavazza, *Tecnologia, processi decisionali, sfera pubblica e diritto. Esplorazioni*, cit., pp. 12-13.

31 Una figura peculiare a molti rami dell’ordinamento e che, ad esempio, acquista particolare rilevanza in ambito penale.

32 In questa sede ovviamente non è possibile entrare nell’ambito dibattuto: a titolo paradigmatico si pensi alla prospettiva hartiana o, più recentemente e in chiave del tutto diversa, alla *planning theory* proposta da un autore come S. J. Shapiro.

weberiana³³, alle possibili implicazioni sotto il profilo della trasparenza nello scambio dei consensi *ex art.* 1321 c.c.³⁴ (quanto chiama in causa l'idea stessa di fattispecie³⁵). Oppure, se possibile in termini ancora più complessi, le potenziali ricadute sul terreno penale in merito al configurarsi di figure-chiave come il dolo o la colpa e, più in generale, ai modelli di imputazione e di responsabilità³⁶.

Ma tale versante attiene anche ad una prospettiva più ampia che investe le crescenti interazioni tra tecnologia e diritto³⁷. La possibilità di disporre (in futuro ma in parte già allo stato presente) di un insieme di una *data base* virtualmente infinito relativo ai comportamenti di massa, di buona parte dei quali si può presupporre la natura irriflessa o di *default* nell'accezione del *nudging*³⁸, apre all'eventualità per nulla remota di introdurre in forma massiva sistemi di calcolo-controllo a base algoritmica dei processi decisionali e delle condotte collettive³⁹.

33 Individuata nell'"associazione mediante scambio sul mercato" ciò che Weber chiama l'"(arche)-tipo di ogni agire sociale razionale" (M. Weber, *Economia e società*, cit., I, p. 619), ne segue che il contratto va inteso come "il riflesso giuridico della comunità di mercato" tanto da poter parlare di "comunità di contratto" (*ibidem*, II, pp. 20-23): riprendo tali riferimenti da N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 107-109, che rimarca la circolarità sottesa alla prospettiva weberiana tra capitalismo, mercato inteso come agire razionale e la sua proiezione nella figura del contratto. Ciò si esprime "nel carattere *impersonale* e *oggettivo* del rapporto giuridico[...]. La razionalità è in questa *nudità*, in questa assoluta oggettivazione, sciolta da aloni soggettivi e da attriti psicologici.[...]La razionalità del mercato e del contratto permette il '*calcolo*' di chi agisce nel mondo economico: sarebbe irrazionale agire senza la possibilità di guardare al domani, senza quello '*speculare*', che è proprio del moderno imprenditore" (p. 108, corsivi nel testo; ivi anche le pp. ss. per il rimarco circa la crisi della figura "weberiana" di contratto e il profilarsi di un contratto "incalcolabile").

34 Tale versante acquista particolare rilievo in relazione alla centralità conferita nell'analisi di Thaler e Sunstein all'istituto assicurativo che gli autori sembrano individuare come strumento elettivo per molti ambiti della sfera privatistica (R. H. Thaler-C. R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, cit., *passim*): un profilo da valutare criticamente in rapporto sia al contesto anglosassone entro il quale matura il *nudging*, sia al suo combinarsi con il ruolo delicato rivestito in tale impostazione dagli incentivi e dalle *policies* ad esso sottese. Sul punto, in chiave privatistica, gli acuti rilievi di E. Battelli, *Il paternalismo giuridico libertario nella prospettiva dell'autonomia privata tra vincoli strutturali e limiti funzionali*, in "Politica del diritto", XLIX, 4, 2018, pp. 579-598.

35 N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 19 e ss. (un punto che l'Autore tematizza sempre a partire da Weber).

36 Sul profilo "volontaristico", quindi razionale, del dolo L. Eusebi, *Il dolo come volontà*. Morcelliana, Brescia, 1993.

37 Su alcune mutazioni che investono la *struttura* della sfera giuridica considerata nel suo nesso con la tecnologia il mio *Dal moderno all'"ultramoderno"? Intorno al nesso diritto-tecnica-sicurezza*, in F. Pizzolato-P. Costa (a cura di), *Sicurezza e tecnologia*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 3-26.

38 Si consenta ancora rinviare alla mia *Nota sul concetto di "massa"*, in B. Montanari, *Corso di filosofia del diritto*, cit., pp. 321-338.

39 Per qualche prospettazione, in rapporto anche all'orizzonte dei *Big Data* e alle possibili proiezioni di natura neuroscientifica, G. Bombelli-A. Lavazza, *Tecnologia, processi decisionali, sfera pubblica e diritto. Esplorazioni*, cit., in particolare p. 17 e ss. A questo livello si situano le direzioni molteplici entro le quali occorre inquadrare il nesso diritto-tecnologia, in particolare tutto il tema della robotica nella quale ovviamente rientra la questione appena evocata dei *Big Data*: sul punto, nell'ormai ampia messe delle ricerche, si veda ad esempio M. Corrales-M. Fenwick-N.

Solo a questo livello si coglie meglio la problematicità di un profilo già evocato e, cioè, lo sfondo *lato sensu* di progettualità politica sotteso al *nudging* e riconducibile all'idea di *libertarian paternalism* (in particolare ove esso si coniughi con l'evoluzione tecnologica appena evocata).

Si tratta di un aspetto delicato su cui è bene evitare fraintendimenti.

Il *nudging* presenta certamente una natura complessa e quanto sin qui osservato non deve condurre a sottostimarne le molteplici potenzialità⁴⁰. Semmai il *punctum dolens* è costituito dall'insieme delle *policies* ad esso sottese: in altre parole, il “pacchetto” di obiettivi e finalità che guidano l'implementazione delle pratiche di *nudging*.

Sul punto è ancora utile il confronto con l'impalcatura weberiana.

In Weber la tematizzazione dei modelli di agire sociale e delle sue categorie fondative, sino all'idea stessa di diritto, matura nel quadro dell'implicito riferimento ad un assetto politico-giuridico-istituzionale (modello liberal-borghese, Stato di diritto) le cui finalità o obiettivi appaiono almeno formalmente trasparenti e in qualche misura indiscutibili.

Il *libertarian paternalism* sotteso al *nudging* rinvia invece a una costellazione di opzioni fondamentalmente opaca, in considerazione anche dell'espressa rinuncia alla dimensione sanzionatoria che, sotto questo profilo, consente di assimilare la pratica del *nudging* alla *soft law*. Un aspetto, quest'ultimo, che milita a favore della tesi di quanti rimarcano lo scarso (o assente) grado di *transparency*, come legittimità sostanziale, dei *values judgments* che connota l'architettura di *public choices* e *policies* peculiare al *nudging*⁴¹.

Forgó (eds.), *Robotics, AI and the Future of Law*, Springer, Singapore, 2018; U. Pagallo, *The Law of Robots. Crimes, Contracts and Torts*, Springer, Cham, 2013; P. Moro-C. Sarra (a cura di), *Tecnodiritto. Temi e problemi di informatica e robotica giuridica*, Franco Angeli, Milano, 2017.

40 In merito, ad esempio, M. Tallacchini, *Nudging o educazione a scelte civiche responsabili? L'esempio dello screening della mammella*, in “Epichange–Epidemiologia in trasformazione”, 41, 7, gennaio-febbraio 2017, pp. 1020-1025 la quale rimarca opportunamente il ruolo delicato che il modello del *nudging* recita in contesti democratici sia in termini di legittimità sia sul piano epistemico nel quadro di politiche *science-based*. In particolare l'Autrice rileva come il *nudging* “non è privo di problematicità, in particolare nel settore della salute, che trova nel consenso libero e informato dei cittadini il proprio principio fondativo. Le politiche di screening dei tumori, e in particolare del tumore della mammella, rappresentano un esempio interessante perché proprio in tali programmi il *nudging* ha avuto grande fortuna, ma al tempo stesso ha fatto emergere serie perplessità. Benché sostenuto dalle politiche di molti paesi, lo screening della mammella continua a essere oggetto di controversie – dal suo impatto sulla riduzione della mortalità ai rischi di sovradiagnosi – che, mettendone in dubbio la validità, diminuiscono anche l'efficacia dei programmi. Il *nudging* è apparso, quindi, come un approccio importante per aumentare la partecipazione, anche se i risultati delle misure ad esso ispirate restano problematici. Il *nudging* può rappresentare uno strumento utile e potente se vengono pienamente definite le sue condizioni di legittimità, che riguardano il ‘posto giusto’ degli strumenti di persuasione dolce nel quadro degli interventi normativi. Il ‘posto giusto’ del *nudging* nella costruzione delle politiche *science-based* è parte di un più generale ripensamento dei caratteri della democrazia nelle società della conoscenza, vale a dire delle procedure con cui le istituzioni democratiche validano e legittimano, quale fondamento delle proprie scelte normative, saperi incerti e controversi” (ivi p. 1020).

41 In merito M. D. White, *The Crucial Importance of Interests in Libertarian Paternalism*, in K. Mathis-A. Tor (eds.), *Nudging – Possibilities, Limitations and Applications in European Law*

4. Qualche suggestione finale

Il confronto sintetico tra un modello “tradizionale” di concettualizzazione della condotta a rilevanza giuridico-politica, paradigmaticamente rappresentato dall'impianto weberiano, e le sollecitazioni derivanti da uno schema per molti versi ad esso eterogeneo come il *nudging* consente di proporre qualche suggestione conclusiva.

Si farà riferimento a tre punti correlati: il profilo cognitivo, la problematizzazione di alcune categorialità filosofico-giuridiche e, infine, il diverso dislocarsi dei “centri di imputazione” a livello politico-giuridico.

Una prima suggestione attiene alla questione sottesa a entrambe le impostazioni menzionate: il problema della trasparenza *cognitiva* delle condotte, quindi dei processi decisionali, a rilevanza giuridica e politica (o collettiva). Si tratta in realtà di un tema risalente che matura soprattutto a cavaliere tra Ottocento e Novecento, significativamente nello stesso torno di tempo nel quale andava elaborandosi l'analisi weberiana⁴², di cui quest'ultima e il *nudging* si possono considerare due strategie di risposta differenti ma analoghe.

Il ricorso weberiano all'idea di razionalità appare infatti funzionale a riconoscere un grado di prevedibilità “soggettiva” e “oggettiva” alle condotte. Il soggetto (o “tipo”) è ritenuto cognitivamente consapevole delle scelte compiute: in tal modo la *sequenza* del suo processo decisionale è *oggettivamente* ricostruibile e, quindi, articolabile (anche in relazione all'elaborazione di una norma giuridica). Pur muovendo da un modello teorico differente, in ultima analisi anche il *nudging* mira alla trasparenza cognitiva: a prescindere dalle criticità poc'anzi menzionate che connotano globalmente tale impostazione, l'edificazione di una *choice architecture* si risolve nell'allestimento di un sistema di scelta razionale *in quanto tendente* a un paradigma predeterminato e in vista di fini prestabiliti.

La seconda suggestione si connette direttamente a quanto appena osservato e rinvia al carattere problematico di alcune categorialità filosofico-giuridiche sottese all'agire individuale e al piano dei comportamenti collettivi.

La progressiva transizione da forme di razionalità “dura” a forme di ragionevolezza, che da tempo rappresenta notoriamente uno dei *focus* principali dell'attuale dibattito filosofico-giuridico con particolare riguardo ai modelli di ragionamento e argomentazione⁴³, costituisce una spia significativa circa la problematicità che a

and Economics, cit., pp. 21-38 e, sempre ivi, A. D. Steffen, *Nudging Is Judging: The Inevitability of Value Judgment*, pp. 69-89; G. Bombelli-A. Lavazza, *Tecnologia, processi decisionali, sfera pubblica e diritto. Esplorazioni*, cit., in particolare pp. 15-17.

42 Si consenta rinviare al mio *Reason, Emotion and Politics. Remarks for a Contemporary Theory of Emotion in the Political-Legal Debate* di prossima pubblicazione nonché al già citato lavoro di chi scrive sul tema della massa. In chiave sociologico-giuridica si veda anche L. Cominelli, *Cognizione del diritto. Per una sociologia cognitiva dell'agire giuridico*, Franco Angeli, Milano, 2015.

43 Con riguardo sia alla sfera “privata” sia, più in generale, ai modelli di ragionamento che connotano gli attori della sfera giuridico-politica (come le Corti): in merito, a titolo esemplificativo, S. Zorzetto, *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, Franco Angeli, Milano, 2008 e F. Modugno, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzio-*

vari livelli connota la concettualizzazione dei processi decisionali. Un versante che non appare disgiunto dai temi di cui qui si è andati ragionando, ove soprattutto lo si valuti in rapporto sia al (reale) grado di riflessività connesso alle dinamiche deliberative sia alla possibilità del loro eventuale controllo o manipolazione.

In una prospettiva più spiccatamente politico-istituzionale ciò si riflette anche sui processi di interpretazione delle condotte collettive, rendendo viepiù problematica l'individuazione delle relative *categorie* o *forme* giuridiche. L'odierno quadro socio-giuridico, dominato da aggregazioni di massa, sollecita non solo il ripensamento del tradizionale repertorio concettuale ("popolo", "Stato", ecc.) attraverso il quale era stato possibile interpretare la sfera dell'agire collettivo ma anche il suo sfondo categoriale. Tale repertorio rinviava infatti, come sue condizioni di possibilità, a modelli o forme di discussione ritenuti strutturalmente peculiari allo spazio pubblico (in termini propriamente di "giudizio politico") e di cui la *Rationalität* weberiana costituiva un'articolazione paradigmatica. In prospettiva le dinamiche abbozzate non solo pregiudicano l'orizzonte disegnato dal teorico di Erfurt, incluse talune sue successive riletture "aggiornate" (si pensi ad Habermas⁴⁴), ma ipotecano altresì la stessa idea di ragionevolezza (*reasonableness*) di matrice rawlsiana⁴⁵.

Proprio da questa prospettiva si affaccia allora, come terza e ultima suggestione, una questione più ampia nella quale in qualche modo si sintetizzano i due versanti precedenti.

Pur muovendo da quadri teorico-contestuali molto distanti, sia l'impianto weberiano sia il *nudging* in linea di principio presuppongono, sebbene in misura diversa, la visibilità-riconoscibilità dei soggetti o centri cui imputare (con lessico à la Luhmann) le forme di intervento e controllo politico-istituzionale.

Un profilo che Weber, pur problematizzandolo, eredita ed assume dallo scenario ottocentesco di matrice liberale e che il *nudging* per certi versi amplifica postulando una sorta di massiccio intervento su scala collettiva ispirato al *libertarian paternalism*.

Qui si profila il dato problematico. Il potenziale connubio tra *nudging* e tecnologia, funzionale all'obiettivo di ottimizzazione delle scelte di massa che caratterizza il primo, rischia infatti di comportare una dislocazione dei centri di imputazione tali da renderli sempre più opachi o invisibili in ordine al loro grado di legitti-

nale, Editoriale scientifica, Napoli, 2007. Più in generale G. Bombelli-B. Montanari (a cura di), *Ragionare per decidere*, cit., *passim*

44 D'obbligo il riferimento a J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Luchterhand, Nuewied, 1962. La questione ovviamente si apre al vasto tema, che qui non è possibile approfondire dovutamente, relativo ai controlli di razionalità connessi ai processi comunicativi nel dibattito pubblico (*melius* politico-istituzionale) e, più in generale, alla *Diskursethik* articolata dall'appena menzionato Habermas e da autori come K. O. Apel.

45 Come noto, sul punto il dibattito filosofico-giuridico contemporaneo si presenta articolato e frastagliato: dall'*Informal Logic* alle logiche del dialogo sino ai modelli di pragma-dialettica (su cui ad esempio F.H. van Emeren-R. Grootendorst, *A Systematic Theory of Argumentation: The pragma-dialectical approach*, Cambridge University Press, Cambridge 2004).

mazione o *accountability* (il *soft powers* cui si faceva inizialmente riferimento)⁴⁶: una dimensione che, benché non esplicitamente tematizzata, permane sottesa alla prassi del *nudging*.

In definitiva, più in generale ciò che sembra progressivamente compromessa è un'intera grammatica concettuale di ascendenza moderna.

Imperniata sul soggetto-Stato, tale grammatica si connotava per il carattere impersonale, ma sempre su base funzionale e in linea di principio trasparente *in quanto legittimata*, del potere e da non confondere con i processi potenziali di opacizzazione appena evocati.

Ancora una volta il riferimento weberiano è prezioso soprattutto ove il teorico di Erfurt, ragionando del potere *zweckrational*, osserva che “nel caso del potere fondato sulla statuizione si obbedisce all'ordinamento impersonale statuito legalmente e agli individui preposti in base ad esso, in virtù della legalità formale delle sue prescrizioni e nell'ambito di queste”⁴⁷.

L'impersonalità di cui parla Weber è di natura strutturale-funzionale e non prefigura la disarticolazione dei centri di imputazione della decisione politico-giuridica che, come poc'anzi osservato, invece sembra poter scaturire da impostazioni come il *nudging*.

Traducendosi in un diverso modello teorico, nella sua pervasiva performatività tale dinamica costituisce il sovvertimento più evidente dell'asserto weberiano e disegna uno scenario per molti versi inquietante.

46 G. Bombelli-A. Lavazza, *Tecnologia, processi decisionali, sfera pubblica e diritto. Esplorazioni*, cit., in particolare p. 17 e ss.

47 M. Weber, *Economia e società*, cit., I, p. 210 (ma ivi si vedano anche le righe successive).