

LUISS



Corso di laurea in Giurisprudenza

Cattedra di Diritto amministrativo 1

Diritto amministrativo e scienze comportamentali: sfide e opportunità.

Chiar.mo Prof. Aristide Police

RELATORE

Chiar.ma Prof.ssa Silvia De Nitto

CORRELATRICE

Francesco Ferrari

16O283

CANDIDATO

A. A. 2023/2024

Il fondamento di ogni scienza sociale è evidentemente la psicologia. Potrebbe venire il giorno in cui saremo in grado di dedurre le leggi della scienza sociale dai principî della psicologia.

VILFREDO PARETO

Conoscere per deliberare.

LUIGI EINAUDI

INDICE

PREFAZIONE	5
INTRODUZIONE	6
CAPITOLO I LE SCIENZE COMPORTAMENTALI PER UNA ANALISI DELLA SCELTA PUBBLICA E DEI GIUDIZI UMANI.	10
1. Verso un nuovo modello di soggetto umano: dalla Psicologia e l’Economia al Diritto.	10
2. Dinamiche cognitive ed errori decisionali: l’insegnamento delle scienze comportamentali.	18
2.1 Le applicazioni nel campo del Diritto e della giurisdizione.	26
2.2 Decidere in gruppo: i collegi giudicanti.	34
3. Il sistema dei rimedi e l’“igiene decisionale”.	38
4. Le prospettive di un Diritto amministrativo “a misura d’uomo”.	48
4.1 Applicazione discendente: i regolatori comprendono i regolati. <i>Nudge</i> , “spinte gentili” e <i>soft law</i> : nuove tecniche di regolazione e di influenza sul consociato.	49
4.2 Applicazione <i>bottom-up</i> , comprendere il sistema: un utilizzo delle scienze comportamentali nel dialogo con il Potere amministrativo.	60
4.3 La scienza della negoziazione come scienza comportamentale delle relazioni: sfide e opportunità per la composizione dei conflitti amministrativi.	64
CAPITOLO II SCIENZE COMPORTAMENTALI E MOMENTO INTERPRETATIVO: LA DISCREZIONALITÀ INTERPRETATIVA.	69
1. Introduzione.	69
2. La criticità del momento applicativo, la crisi della fattispecie e le nuove sfide dell’interpretazione.	69
3. Il concetto di discrezionalità interpretativa: spazi di ponderazione sostanziale nell’attività dell’interprete.	76
4. Interpretazione giuridica, ermeneutica e risultanze delle scienze cognitive. Il rapporto tra la mente e il linguaggio.	83
5. Rilevanza costituzionale delle scelte metodologiche. La razionalità limitata e il principio di legalità dell’azione amministrativa nel tempo dell’incertezza del Diritto.	88
CAPITOLO III SCIENZE COMPORTAMENTALI E DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA PONDERATIVA.	96

1. La discrezionalità ponderativa e l'amministrazione come "artigiano degli interessi".	96
2. Dalle teorie economicistiche della scelta pubblica a quelle comportamentali.	102
3. La componente organizzativa e la componente comportamentale del buon andamento della pubblica amministrazione. I principali punti di criticità della scelta amministrativa.	106
4. Il Diritto amministrativo come sistema di <i>debiasing</i> e riduzione del rumore. I principi giuridici che regolano l'attività amministrativa come categorie per l'architettura delle scelte.	114
CONCLUSIONI	121
BIBLIOGRAFIA	123

PREFAZIONE

Chi si reca a Palazzo Spada per un'udienza al Consiglio di Stato, o anche solo in visita al palazzo rinascimentale che ospita il più alto organo della giustizia amministrativa, potrebbe essere guidato a osservare un'opera architettonica, espressione di un genio del barocco come Francesco Borromini. Si tratta di una galleria di collegamento a un piccolo cortile interno.

Chi dovesse ammirarla da neofita, posizionandosi al suo ingresso, non avrebbe alcun dubbio nello stimare a spanne che essa si estenda per almeno trentacinque metri.

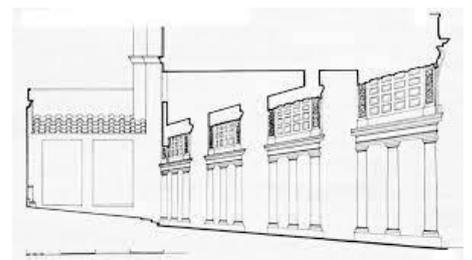
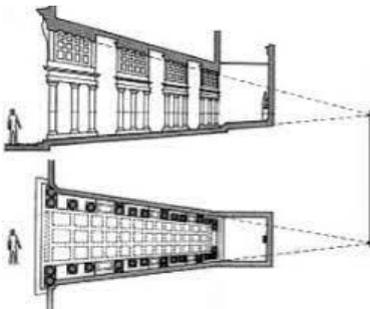
Addentrandosi tra le colonne, che dall'ingresso conducono al punto di fuga della prospettiva, egli sarebbe colto da grande stupore nel constatare che essa non arriva nemmeno a nove metri e che, raggiungendo la statua posizionata in fondo, all'apparenza a dimensione naturale, questa non gli arriverebbe nemmeno alla vita.

L'opera è una mirabile dimostrazione del genio del suo creatore, che la disegnò al preciso scopo prima di ingannare, poi di stupire l'occhio umano. Essa, però, è una altrettanto mirabile dimostrazione di quanto al contempo fallibile e prevedibile sia la mente umana nel processare le informazioni e nell'interpretare il reale. La sua cognizione può errare, ma può anche essere studiata nel suo errore al fine di interloquirvi, come fece il Borromini.

E così, se quello spettatore fosse un magistrato o un avvocato, questi porterebbe con sé nelle aule dei piani superiori la medesima razionalità di cui era dotato nell'osservare l'effetto ottico apprestato dal maestro.

Questa tesi, sin dalla sua domanda di ricerca, vuole essere un duplice invito a due compiti ardui e ambiziosi, che essa stessa non ardisce esaurire: dare gli strumenti e porre le basi perché gli operatori del Diritto si addentrino nel colonnato, superando i possibili abbagli della loro razionalità limitata, compiendo un cammino verso il rigore e verso il Vero; arricchire il bagaglio dei giuristi con nozioni utili a identificare il funzionamento della razionalità umana e il suo modo di individuare punti di fuga erronei o veritieri, al fine di interloquire con tutti i soggetti coinvolti nel fenomeno giuridico amministrativo, in modo conforme alla natura intellettuale che essi maxime condividono con tutti gli altri componenti della nostra specie.

FRANCESCO FERRARI



INTRODUZIONE

La Storia del Diritto amministrativo in Italia è quella di un sistema nato in embrione come mero strumento di accertamento della legalità dell'esercizio dei pubblici poteri e divenuto, via via, un sistema sempre attento alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive che sono in capo ai consociati. Tale sistema di garanzie, cristallizzato dal dettato della Carta costituzionale, è chiamato a interpretare lo spirito di questa e ad attuarne il disegno. Proprio dalla Costituzione repubblicana proviene una richiesta di una tutela piena ed effettiva, attenta alla protezione sostanziale dei beni giuridici e a un approccio concreto, non cieco verso la realtà sociale e materiale. Tale richiesta è anche ribadita dall'art. 1 c. p. a., che recita «la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e dell'ordinamento europeo».

Il presente elaborato si propone esplorare alcune dinamiche della effettività del Diritto in generale e, in particolare del Diritto amministrativo. Esse appartengono alla sfera della realtà umana, sociale e materiale, ma vengono in rilievo per la scienza giuridica in quanto incidono sui veri effetti dell'ordinamento nel reale; sul suo vero e ultimo volto nella dimensione della vita.

In particolare, si analizzeranno i possibili contributi che il comportamentismo, le scienze comportamentali e le analisi cognitive legate al comportamento possono avere nello studio della pratica giuridica concreta, nonché si tratterà di quali conseguenze si possono trarre dalle teorie sulla razionalità limitata dell'uomo, se si considerano i diversi partecipanti al fenomeno giuridico amministrativo.

L'attuale sistema di Diritto poggia su fondamenti che hanno perlopiù origine nell'Età dei Lumi e, di conseguenza, è strutturato su assunti quali l'oggettività del linguaggio, il libero arbitrio, la ragione come fattore unificante della specie umana. I riscontri teorici che si riportano nel presente elaborato mostrano invece che l'essere umano, alla prova dei fatti, decide spesso tramite scorciatoie intuitive che lo rendono poco razionale e in larga misura condizionabile.

Il primo capitolo è dedicato all'inserimento delle scienze comportamentali e dell'economia comportamentale nel campo del Diritto. In questa prospettiva, si introducono i nuovi modelli di interpretazione e descrizione della razionalità umana, che si fondano su uno studio empirico, sperimentale, e che hanno steso un catalogo di

deviazioni dallo schema razionale. Il modello di uomo che essi restituiscono è caratterizzato da opportunità pratiche e risorse cognitive insufficienti per il compimento di decisioni del tutto logiche e ponderate. Molti di questi studi, si vedrà, sono stati dedicati alla giurisdizione, alla figura del giudice e al funzionamento interno dei collegi giudicanti. Il panorama che viene restituito è quello di una pratica giuridica non molto difforme, nel suo espletarsi quotidiano, dalle descrizioni dei filosofi del Diritto di corrente realista. Tuttavia, rispetto a queste ultime posizioni, le nuove scienze della cognizione umana offrono prospettive più ottimiste sulla possibilità di razionalizzare, quanto meno in via descrittiva, il fenomeno dei diversi condizionamenti a cui chi giudica è sottoposto. Ne consegue che è già possibile elencare una serie di misure di prevenzione e di rimedi *ex post* ai limiti della razionalità decisionale. Queste misure non sono ancora state descritte in modo esaustivo e sono un campo di ricerca ancora aperto, sebbene promettente. Alcune di esse, in particolare, prendono forma in veri e propri “protocolli di igiene decisionale”, strutturati in modo da ridurre al minimo la possibilità che chi decide eluda i passaggi necessari a formare una soluzione ben fondata sui dati di fatto e realmente coerente con i suoi scopi dichiarati.

Dal paragrafo 2 del primo capitolo ci si avvia a descrivere quella che è una duplice prospettiva apertasi per il Diritto amministrativo: da un lato, i regolatori, preso atto dei riscontri scientifici sul funzionamento comportamentale dei singoli e della società, possono attuare nuove tecniche di indirizzo e valutare preventivamente gli esiti reali di una proposta normativa; dall’altro, i privati possono dotarsi dei medesimi strumenti per comprendere le realtà amministrative con cui hanno a che fare e dialogare con esse.

Quanto al primo punto di vista si analizza il vasto campo degli accorgimenti presi in diversi Paesi per l’implementazione di normative che collimassero efficacemente con la natura umana dei soggetti a cui debbono essere applicate. Si parla, in questo caso, sia di studi preventivi sulle normative sia dell’attuazione di tecniche di *nudging*. Queste ultime sono modalità di condizionamento del comportamento che utilizzano gli studi del comportamento per spingere gli esseri umani verso una determinata scelta. La loro efficacia è talvolta pari o superiore a quella di una regola scritta che imponga conseguenze alla sua violazione, eppure chi vi si adegua è libero di fare il contrario e spesso perfino inconsapevole della loro esistenza. Si pone quindi un tema di nuova natura per il Diritto amministrativo: di fronte ad autorità centrali che applicano queste

tecniche in modo capillare e con grandi conseguenze sul modello di società e di comportamenti che ne derivano, ci si può davvero fermare al dato formale del loro non essere legalmente vincolanti?

La trattazione prosegue poi con il secondo punto di vista, quello dei privati che guardano alle amministrazioni grazie agli studi sul comportamento di coloro che operano nel contesto delle istituzioni.

Conclude il capitolo una terza prospettiva: quella del dialogo tra amministrazioni e portatori di interessi con l'utilizzo degli strumenti della scienza della negoziazione. Sono strumenti che, si vedrà, non sono in contrasto con i principi del Diritto amministrativo, ma possono anzi rappresentare una opportunità per una migliore concertazione degli interessi.

Il secondo capitolo cala gli assunti e i riscontri delle scienze cognitive e comportamentali nel campo dell'interpretazione. Il ché è reso possibile da un percorso preliminare nelle teorie giusfilosofiche sulla metodologia della scienza giuridica, con un particolare sguardo al ruolo dell'interprete del Diritto amministrativo. Lo scopo è quello aprire alla possibilità di guardare all'interpretazione come a un "comportamento interpretativo", che si sviluppa nell'esercizio della cosiddetta discrezionalità interpretativa.

Nel paragrafo 3 del medesimo capitolo si instaura un dialogo tra le scienze cognitive e i riscontri dell'ermeneutica, con il fine di mostrare, al di là di una antica contrapposizione, come esse possano essere complementari nel comprendere le modalità di conoscenza e di interpretazione dell'uomo.

Nella conclusione del capitolo si propone infine un'ulteriore dissertazione che vuole dare una prospettiva sui possibili scopi che, in accordo con i principi dell'ordinamento, potrebbero essere seguiti dalla applicazione in quest'ambito delle scienze comportamentali: ne emergerà come esse possano essere utili a dare maggior dominio all'interprete della propria soggettività, in una prospettiva nuova di legalità e normatività, che si accompagna a una volontà –pur in una dimensione inevitabilmente creativa dell'interpretazione– di non sovvertire deliberatamente il messaggio del testo.

Il Capitolo III muove da una analisi della discrezionalità amministrativa ponderativa e la qualifica come opera "artigianale": essa è chiamata infatti a una aderenza particolare ai dati di realtà e al rispetto di principi che richiedono, nel Diritto amministrativo odierno,

una razionalità capace di ottimizzare le sue soluzioni verso risultati concreti che siano in linea con il pubblico interesse.

L'opera discrezionale, verrà argomentato, può essere deviata dai fini di legge da due fattori comportamentali principali: il perseguimento, da parte degli amministratori, di altri fini; il perseguimento dell'interesse pubblico specifico attraverso un'opera razionale inadeguata e concretamente inefficace.

Nel secondo paragrafo, a partire proprio dall'analisi dei fini dei pubblici funzionari, si affrontano quelle applicazioni delle scienze economiche al Diritto amministrativo che hanno proposto di analizzare i funzionamenti e gli elementi strategici che presiedono al suo sviluppo. Si vedrà poi come queste ricerche siano state integrate dagli studi comportamentali della scelta pubblica.

La trattazione prosegue poi con una evidenziazione dell'aspetto organizzativo e di quello comportamentale del buon andamento della pubblica amministrazione e propone un catalogo dei principali errori cognitivi che gli scienziati hanno riscontrato nell'esercizio dei pubblici poteri.

Il capitolo si conclude con la descrizione delle nuove prospettive aperte dalle scienze comportamentali per depurare l'opera discrezionale dalle deviazioni della razionalità limitata, sia attraverso un'opera di *compliance* delle pubbliche amministrazioni, sia attraverso un sindacato giurisdizionale fornito di nuovi strumenti di studio delle dinamiche retrostanti all'esercizio della scelta.

Breve nota metodologica. L'elaborato muove dall'assunto che il Diritto astratto e il suo studio normativo siano *nomina nuda* finché non assumono un volto concreto, tramite un'opera umana di applicazione o esecuzione. La questione del Diritto effettivo non può che essere affrontata con gli strumenti delle scienze che indagano l'uomo e il reale, ma è una questione giuridica importante. Ignorare dinamiche giuridicamente rilevanti solo perché pregiuridiche o metagiuridiche e patrimonio di altre scienze potrebbe rischiare di mascherare con la purezza di una disciplina il suo venir meno, in concreto, ai fini fondamentali di tutela per cui sorge lo stesso ordinamento. Per questo lo sguardo giuridico, sempre focalizzato sui temi cardine del Diritto amministrativo, si è posato anche su contributi che hanno natura scientifica diversa.

CAPITOLO I

LE SCIENZE COMPORTAMENTALI PER UNA ANALISI DELLA SCELTA PUBBLICA E DEI GIUDIZI UMANI.

1. Verso un nuovo modello di soggetto umano: dalla Psicologia e l'Economia al Diritto.

La concezione che l'uomo –quanto meno quello Occidentale– ha di sé è stata sovente duale, nel senso che ha visto spesso convivere la comune evidenza della limitatezza umana con la altrettanto comune visione dell'uomo come soggetto razionale e quindi astrattamente idoneo ad assumere scelte critiche, adeguate e ponderate. A seconda dell'epoca o del contesto storico si è posto ora l'accento su uno, ora sull'altro aspetto, considerando l'uno e l'altro secondo i mezzi teorici e l'episteme del proprio tempo.

I fondamenti primi del nostro stesso sistema giuridico, ad esempio, si possono rinvenire in un momento in cui diversi contenuti, paradigmi e vene concettuali più o meno latenti della Civiltà Occidentale (libertà, libero arbitrio, uguaglianza, Ragione) sono giunti a maturazione e sfociati nell'Età dei lumi¹. Questo momento di rifondazione del nostro moderno Diritto è connotato da una visione del Mondo e dell'Uomo su cui le materie sociali dovrebbero operare, che si potrebbe pressappoco così riassumere: una realtà in buona dose conoscibile empiricamente; soggetti umani dotati di libero arbitrio e di una razionalità capace di interpretare in via pressoché univoca il linguaggio; un linguaggio oggettivamente apprezzabile e capace di definire casi sussumibili in categorizzazioni astratte; un uomo capace, inoltre, se utilizza la ragione, di dominare i propri momenti decisionali e di scegliere fini e mezzi del suo agire.

Ciascuna delle caratteristiche appena esposte –ognuna con conseguenze a cascata nella sistematizzazione dell'approccio giuridico al reale– è giunta negli ultimi decenni a una forte messa in discussione che ha portato a riconoscere, fra gli altri fenomeni, la “crisi” che secondo copiosa dottrina avrebbe interessato la fattispecie. Una crisi sia della sua

¹Sui valori della Rivoluzione francese come sublimazione e secolarizzazione dei valori dell'etica e della teologia della Civiltà cristiana si sono espressi molti autori, tra cui, a titolo di esempio, SIEDENTOP L., *Inventing the individual: the origins of western liberalism*, Penguin Books Ltd, 2015; BRAGUE R., *The law of God: the philosophical history of an idea*, University of Chicago Press, 2008; ma anche, nelle loro riflessioni, DE TOQUEVILLE A. (1805-1859), CHESTERTON G. K. (1874-1936), LEWIS C. S. (1898-1963).

componente astratta, data la complessità dell'ordinamento e i limiti del linguaggio, sia del suo aspetto concreto, data la perdita di fiducia nella perfetta conoscibilità del fatto². Elementi, questi, già di per sé idonei a rivoluzionare l'impianto metodologico della scienza giuridica e che hanno aperte numerose riflessioni su cosa sia il Diritto e cosa vi appartenga, sulle modalità in cui l'interprete dovrebbe interfacciarsi con il linguaggio precettivo e con le sfide della *quaestio facti*³.

Ciò che non sempre si è approfondito nell'ambito di questa riflessione, ma che è stato oggetto di focalizzazione scientifica degli studi accademici a cui in larga parte attinge questa tesi, è l'elemento umano su cui si incardinano le scelte, i processi decisionali e le interazioni che portano il Diritto astratto a manifestarsi effettivamente nella dimensione della vita, tramite la sua applicazione da parte di soggetti umani.

Alla luce del fiorire delle scienze cognitive e comportamentali, si è giunti da più parti, in particolare dalla metà del secolo scorso, a domandarsi con sempre maggiore interesse se non fosse il caso di “aggiornare” le scienze sociali, tenute in conto le emergenze di quegli studi che hanno esplorato per la prima volta il funzionamento della persona umana e dei gruppi umani attraverso un'osservazione sperimentale e teorizzazioni empiricamente fondate.

È così che, facendo scorta di impostazioni scientifiche in campo psicologico come il cd. *comportamentismo*⁴, nel campo degli studi sociali si sentì la necessità di utilizzare la conoscenza empirica del comportamento umano, per fare di tale conoscenza la lente di nuove letture dei fenomeni economici, giuridici, politici e sociali. Tale lente era in realtà un nuovo modo di immedesimarsi nei soggetti umani individuali o collettivi oggetto di studio, tenendone in conto l'esposizione a limitazioni interne ed esterne allo svolgimento della propria razionalità. La conseguente «normalizzazione dell'errore»⁵

² IRTI N., *La crisi della fattispecie*, in *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, 2014, n. 1, p. 36;

CANZIO G. (prefazione di), in RUMIATI R., BONA C., *Dalla testimonianza alla sentenza*, Il Mulino, 2019, pp. 7-9

³ CANZIO G., cit., p. 7

⁴ «a. *In psicologia, indirizzo di studio (detto anche, con adattamento del corrispondente termine ingl., behaviorismo), che estende i metodi osservativi della psicologia animale e l'analisi delle correlazioni individuo-ambiente a tutta la psicologia, compreso l'uomo, contestando l'uso dell'introspezione [...]* b. *Nelle scienze sociali, impostazione metodologica secondo la quale possono essere considerati come oggetto d'indagine scientifica soltanto i comportamenti (di individui o di organismi in risposta a determinate condizioni) oggettivamente osservabili e passibili di controllo intersoggettivo.*», www.treccani.it

⁵ VELLA F., *Diritto ed economia comportamentale*, Bologna, Il Mulino, 2023, p. 23

restituisce un individuo umano, vero, fallibile e limitato, ma non per questo meno osservabile al fine di trarre tendenze, regole e generalizzazioni.

È così che in economia, riprendendo suggestioni sull'utilizzo della psicologia negli studi sociali di autori tra '800 e '900 (fra gli altri, John M. Clark e Vilfredo Pareto⁶), a partire dalla seconda metà del secolo XX, un simile approccio ha i primi rivoluzionari effetti e giunge a proporre nuove basi per i modelli di analisi e predizione delle scelte. È proprio in questo contesto che una branca della dottrina economica abbandona definitivamente il modello di *homo oeconomicus* dell'economia classica, dotato di una razionalità cd. "olimpica"⁷, modello «tanto perfetto quanto mitologico»⁸, facendo nascere una nuova scienza economica: l'economia comportamentale.

Pregio vantato da questa scienza, ma più in generale dalla scienza comportamentale, sarà, come si avrà modo di vedere, quello di non limitarsi a denunciare il problema della limitata razionalità dell'uomo, ma di accettare la sfida di ricostruire anche sperimentalmente le dinamiche scatenanti e caratterizzanti la stessa, nonché di classificarne le figure sintomatiche, al fine di proporre rimedi e accorgimenti consequenziali.

Tra i primi autori in tale nuova scienza si annovera certamente Herbert A. Simon, che a partire dai suoi primi scritti pone sotto osservazione le dinamiche comportamentali sia in una prospettiva di comprensione atomistica dell'agire del singolo, sia –e soprattutto– nel contesto dell'agire collettivo in organizzazioni pubbliche e private. Proprio Simon, che grazie ai suoi studi inaugurerà una serie di premi Nobel conferiti a scienziati o economisti comportamentali, ebbe sin da subito un particolare sguardo alle pubbliche amministrazioni, con la volontà di porre le basi per una analisi scientifica della effettività della struttura e dell'operare delle organizzazioni amministrative⁹. Era sua intenzione evidenziare e analizzare come larga parte della effettività dei poteri amministrativi prenda la sua forma ultima nella personalità e nel comportamento della «*person in the office*», combinati con la natura e il funzionamento del plesso

⁶ "Il fondamento dell'economia politica e, in generale, di ogni scienza sociale, è evidentemente la psicologia. Potrebbe venire il giorno in cui saremo in grado di dedurre le leggi della scienza sociale dai principi della psicologia.", PARETO V., *Manuale di economia politica*, Milano, S.E.L., 1906

⁷ SIMON H. A., *Models of man: social and rational*, Wiley, 1957

⁸ VELLA F., cit., p. 23

⁹ SIMON H. A., *Administrative behavior. A study of decision-making processes in administrative organization*, ed. IV, New York, The Free Press, 1997, p. xi

organizzativo in cui essa è inserita¹⁰. Nell'approccio di Simon al comportamento umano si elimina anzitutto il dogma della massimizzazione dell'utilità come criterio delle scelte dei singoli, essendo spesso questa sostituita da una più generale e meno olimpicamente razionale ricerca di una decisione soddisfacente¹¹.

Simon teorizza il suo modello di razionalità limitata come la via mediana tra due estremi: da un lato il già citato modello dell'economia classica, che raggiunge massimi livelli di raffinatezza nelle analisi delle scelte secondo teorie come quella dei giochi e in cui calcoli complessi e probabilistici non sarebbero un problema per il soggetto pensante; dall'altro, il modello di quella psicologia sociale freudiana che vorrebbe «ridurre tutta la cognizione a un'affezione»¹² (cioè a una determinazione passiva dello spirito). Simon riconosce al primo modello un livello di «raffinatezza tomistica», nonché «attrattività intellettuale ed estetica», ma al contempo lo vede inadatto a interpretare il possibile o effettivo comportamento di un individuo in carne ed ossa¹³. Riguardo al secondo modello, egli afferma che, mentre il compito che ha occupato le generazioni di scienziati comportamentali che lo hanno preceduto è stato, seguendo Freud, quello di mostrare che le persone non sono nemmeno lontanamente razionali come si credeva fossero, il compito dei comportamentisti del futuro sarebbe stato dimostrare che lo sono più di quanto certa psicologia li abbia disegnati¹⁴. La loro razionalità, in sostanza esiste, ma è per Simon solamente «meno grandiosa di quanto proclamato dagli economisti [classici, ndr]»¹⁵. Questa riflessione ha in sé un'intuizione latente, che sarà determinate per affermare l'utilità delle scienze comportamentali negli studi sociali ovvero, per citare il titolo di un noto saggio in merito, quella che l'uomo sia *Prevedibilmente irrazionale*¹⁶. La naturale conseguenza è che la irrazionalità dell'uomo sia quindi razionalmente e scientificamente indagabile e classificabile per i fini delle scienze sociali e delle loro professioni.

Le intuizioni di Simon saranno di particolare utilità per lo svolgimento di questo capitolo, in quanto ancorano l'osservazione scientifica del comportamento umano, fatta propria dalle scienze sociali, alle inevitabili implicazioni che tali premesse di metodo

¹⁰ Ivi, pp. 17-18

¹¹ Ivi, p. 118

¹² Ivi, pp. 88-89

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ ARIELY D., trad. di GALLI C., *Prevedibilmente irrazionale*, ROI Edizioni, 2024

hanno per la scienza dell'amministrazione. Tuttavia, in questo percorso preliminare verso la scoperta del nuovo modello di uomo limitatamente razionale non si può ignorare il largo contributo dato da altri studiosi comportamentali, soprattutto economisti, che si sono rivolti in maniera approfondita e specifica alla individuazione dei vizi del ragionamento, delle loro cause e delle possibili misure preventive. Essi hanno cercato e cercano tutt'ora di offrire una mappatura della razionalità limitata, esplorando i cosiddetti *bias* sistematici, che deviano i modi di pensare e agire delle persone da quelli che i "modelli dell'agente razionale" proporrebbero come corretti¹⁷. Tali "deviamenti" del ragionamento umano sarebbero errori sistematici e prolungati nel tempo¹⁸, forme «soggettive e particolarmente ostinate» di euristiche¹⁹, a loro volta definibili come scorciatoie rapide e automatiche imboccate dal pensiero²⁰ (dal greco *heurískein*, trovare). Tra i più citati autori in questo campo troviamo i due accademici Amos Tversky e Daniel Kahneman, che hanno cercato di comunicare non solo al pubblico accademico, ma anche al grande pubblico, gli errori sistematici del pensiero. È proprio con un'opera divulgativa come *Pensieri lenti e pensieri veloci*²¹, di prima stampa nel 2011, che il già premio Nobel Kahneman riassume la sua già nota teorizzazione sulle modalità decisionali degli esseri umani, ponendo la distinzione fondamentale tra due sistemi di cui sarebbe dotato l'uomo: uno intuitivo e rapido, sempre attivo e coinvolto nei processi mentali ("Sistema 1"); uno meditato e analitico ("Sistema 2"), che si attiva in via secondaria, senza eliminare il lavoro del primo, ma ponendosi anche in posizione ausiliaria rispetto a esso²². Una gran parte delle nostre decisioni sarebbe presa con il primo sistema, che è in grado non solo di agire in maniera elementare, ma anche di strutturarsi in maniera complessa determinando il risultato, però, in maniera affrettata e spesso approssimativa²³. Quando invece vi è la necessità di utilizzare il secondo, che richiede maggiore sforzo, si può essere ugualmente sviati da diversi fattori. *In nuce*, il cd. "Sistema 1" richiede scarse risorse ma adotta scorciatoie non rigorose, il cd. "Sistema 2" sarebbe l'unico a ottenere il risultato tramite passaggi

¹⁷ KAHNEMAN D., *Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics*, in *The American Economic Review*, American Economic Association, 2003, vol. 93, n. 5, p. 1449

¹⁸ VELLA F., cit., p. 27

¹⁹ BONCINELLI E., CALVARUSO A., *Che cosa abbiamo nella testa?*, Milano, Il Saggiatore, 2021

²⁰ VELLA F., cit., p. 27

²¹ KAHNEMAN D., *Pensieri lenti e veloci*, traduzione di SERRA L., Milano, Mondadori, 2020

²² Ivi, pp. 23-30

²³ Ibid.

ordinati e meditati, ma richiede uno sforzo notevolmente maggiore. I due sistemi, come vedremo, dialogano fra loro in diversi modi e il primo dà spunti al secondo, il quale è tra le altre cose anche preposto a orientare le nostre posizioni e i nostri comportamenti più ragionati e limpidamente voluti. Proprio questa conformazione della mente umana, derivata con ogni probabilità dallo stato di natura²⁴ e da necessità di efficienza, fa sì, secondo l'autore, che i risultati a cui si perviene con il ragionamento sovente siano errati o sviati rispetto al fine della decisione²⁵. Ciò che connota le ricerche di Tversky e Kahneman, anche rispetto all'impostazione di Simon, è un forte impianto sperimentale, volto a costruire con prove in laboratorio le loro teorie. Tale metodo fu anche oggetto di critica in ragione di una difficile riproduzione in laboratorio delle condizioni esterne, critica che non valse a impedire il proliferare dei loro studi nelle citazioni dei ricercatori che nelle scienze sociali si sono interessati, negli anni, a questi temi²⁶. I loro studi restano, infatti, tra i più autorevoli e tra quelli che trovano più riscontro nei risultati delle sperimentazioni successive.

Da quando la ricerca psicologica sociale si è in parte convogliata nello studio del comportamento, l'approccio sopra descritto si è tramutato in una disciplina vasta e poliedrica, interdisciplinare o complementare ad altre discipline.

Già tra gli anni '50 e '60 del secolo scorso, studiosi come Glendon A. Schubert e Walter Berns (futuro costituzionalista statunitense), si esprimevano sulle possibili implicazioni degli studi comportamentali in campo giuridico²⁷, anticipando quello che sarebbe stato un filone di ricerca che avrebbe fatto da mastice a esperienze di sodalizio accademico tra economisti comportamentali come Richard Thaler e giuristi come Cass R. Sunstein. In particolare, Schubert applicava il metodo quantitativo e la teoria dei giochi all'analisi della giurisprudenza, con uno speciale sguardo a quella della Corte Suprema degli Stati Uniti, alla ricerca di riscontri empirici che dimostrassero quantomeno la plausibilità di una lettura dei posizionamenti dei giudici come espressione di dinamiche di potere ulteriori rispetto alla mera attività giurisdizionale in senso montesquiano. Così facendo, egli abbatteva il muro di facciata della giurisdizione e prospettava di sondarne il

²⁴ Ivi, p.121

²⁵ KAHNEMAN D., cit., *Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics*, p. 1469

²⁶ VELLA F., cit., p. 26

²⁷ SHUBERT G. A., *Quantitative analysis of judicial behavior*, Glencoe, Illinois: The Free Press, 1959; BERNIS W., *Law and behavioral science*, in *Law and contemporary problems*, Duke University School of law, 1963, vol. 28, fasc. 1, pp. 185-212

retroterra, con un utilizzo di analisi matematiche e comportamentali. L'intento era far emergere empiricamente quella natura per lo più extragiuridica delle vere motivazioni sostanziali sottese alle decisioni che era già stata patrimonio speculativo della dottrina giuridica, attraverso alcune teorie dei giusrealisti²⁸ (in special modo, Jerome Frank, che però affermava invece la insondabilità e imprevedibilità di tali dinamiche e l'illusorietà di ogni certezza o prevedibilità del Diritto effettivo²⁹).

Tolte esperienze precedenti come quelle appena delineate, un vero contributo, capace di avviare un processo di definizione di nuovi paradigmi scientifici anche per i giuristi, provenne dall'opera di Thaler e Sunstein. Essi provenivano ciascuno da un suo percorso personale di ricerca e vollero mettere assieme le proprie esperienze creando una collaborazione che sfocerà, tra l'altro, con la prima stampa del 2009, in *Nudge. La spinta gentile*³⁰. Bisogna che qui si riporti l'attenzione non sul tema dell'attività giurisdizionale, bensì su nuove nozioni per il rapporto fra regolatori e regolati. In quest'opera, infatti, i due –entrambi studiosi, sebbene sotto diversa lente, del comportamento umano– pongono l'accento su un altro tema emergente una volta affermata non solo la limitatezza, ma anche la prevedibilità della razionalità umana. Di fatti, si è reso noto che il comportamento umano può essere indirizzato senza alcuna imposizione autoritativa di comandi e senza alcuna privazione di libertà in senso stretto. Di qui il larghissimo campo di ricerca che si apre sul cosiddetto *nudge*, in italiano spesso tradotto con “pungolo” o “spinta”, ovvero una modalità non imperativa di indirizzo del comportamento umano verso una determinata scelta anziché un'altra³¹. Esso si attua agendo sul contesto e la tipologia di informazioni e stimoli, anche non verbali, che ha di fronte il soggetto nel suo momento decisionale. Questo passaggio segna veramente il completamento del percorso di questo paragrafo verso un nuovo soggetto umano modello per il discorso delle scienze sociali, in quanto ne appare chiara

²⁸ «Giusrealismo. Corrente di pensiero che riunisce varie concezioni del diritto (giurisprudenza degli interessi, giurisprudenza sociologica, giusliberismo, teoria del rapporto giuridico, istituzionalismo, realismo giuridico americano e scandinavo), accomunate dal fatto di attribuire rilevanza all'effettiva operatività del diritto nella società e alla sua concreta applicazione da parte dei giudici nei tribunali. Tali teorie si contrappongono al formalismo giuridico e al legalismo giuspositivista, nonché al cognitivismo etico del giusnaturalismo, inteso come possibilità di fondazione oggettiva dei valori e, in particolare, della giustizia.», www.treccani.it

²⁹ FASSÒ G., *Ottocento e Novecento*, in FARALLI C. (a cura di), *Storia della filosofia del diritto*, Roma, Laterza, 2020, pp. 271-272

³⁰ SUNSTEIN C. R., THALER R. H., *Nudge. La spinta gentile.*, Feltrinelli, 2024

³¹ SUNSTEIN C. R., *Behavioral science and public policy*, Cambridge University Press, 2020, p. 10

la visione sottostante: se l'uomo è libero e razionale si influirà sul suo comportamento solo tramite il comando precettivo e l'imputazione di conseguenze negative o positive alle sue azioni, con i classici strumenti dell'ordinamento; se egli, invece, ha una razionalità condizionabile da un mutamento del contesto o di altri fattori rilevanti per la mente, ma non afferenti al Diritto in senso stretto, si potrà evitare di influire su di lui tramite l'imposizione e scegliere le modalità di questo suo "condizionamento gentile". Si badi: scegliere le modalità, non l'eventualità dello stesso. Difatti, come spiegano Thaler e Sunstein³², il condizionamento è inevitabile ed esiste a prescindere, anche se fosse lasciato al caso. Appare quindi chiara la portata di queste scoperte sul funzionamento della persona: una volta preso atto che alcuni fattori sono statisticamente determinanti su comportamenti umani che hanno effetti sulla collettività e sugli altri individui, potrebbe essere più irrazionale coprirsi il guardo di fronte alle risultanze della scienza, piuttosto che agire sui fattori determinanti rinvenuti, con una preferenza per quelli che determinano comportamenti più virtuosi³³, ferme restando le conseguenti esigenze di trasparenza di un simile agire³⁴. Queste teorie possono dare adito a due principali tendenze: una che restringe il campo della regolazione precettiva per lasciare spazio a forme più "gentili" di orientamento; l'altra che, sfruttando l'inevitabilità del condizionamento e avendo come pretesto la natura non coercitiva del *nudge*, coglie entrambi gli elementi per giustificare una estesa opera di orientamento dall'alto delle scelte private da parte dei regolatori, in maniera trasparente o addirittura opaca e subliminale. Una visione ottimistica rispetto al *nudge* è propria, come si vedrà, del cosiddetto *paternalismo libertario*³⁵. Di queste prospettive aperte dalla razionalità umana limitata e vincolata, si avrà modo di trattare più approfonditamente *infra*.

Per concludere questo percorso sinottico nella fallibilità del decidere umano, è opportuno citare un ultimo aspetto fondamentale, evidenziato in una moderna pietra miliare della scienza comportamentale come *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*³⁶. In quest'opera i tre autori pongono l'accento, sin dal titolo, sul concetto di "rumore decisionale", che indicherebbe un difetto del ragionamento umano che porta gli

³² SUNSTEIN C. R., THALER R. H., *Nudge. La spinta gentile*, cit., p. 14

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ivi*, pp. 302-303

³⁵ *Ivi*, p. 17

³⁶ KAHNEMAN D., SIBONY O., SUNSTEIN C.R., trad. di GALLITELLI E., *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, UTET, 2021

individui a variazioni indesiderate, in decisioni o giudizi che dovrebbero essere omogenei, rispetto alle scelte prese nelle medesime circostanze da altri o anche da loro stessi in un diverso momento. Rispetto ai già citati *bias*, errori sistematici e prevedibili (a cui può essere anche collegato), il rumore è un fenomeno disordinato e casuale, rilevabile statisticamente e molto meno indagato, sino ad allora, dalla letteratura scientifica. L'essere umano quindi, ci si presenta non solo come possibilmente affetto da una serie di sviamenti del pensiero prevedibili e direzionati in un determinato senso, ma anche come incoerente rispetto a sé e ad altri di medesima professionalità, in misura statisticamente rilevabile. Tale indice di variazione viene definito «scandalosamente alto» in una varietà di campi professionali che richiederebbero una grande accuratezza di giudizio³⁷. Gli autori di *Rumore* passano in rassegna alcune delle professioni più delicate per la salute e la sicurezza degli individui e della società, solitamente ricollegate a un alto livello di *expertise* e di formazione, tra le quali non mancano le professioni legali e le scienze forensi. Una analisi statistica delle decisioni delle corti statunitensi e delle loro incoerenze in diversi ambiti³⁸ porta gli autori a definire la giurisdizione come «una specie di lotteria», in particolar modo in determinate materie³⁹. Anche per il rumore, come per gli altri difetti del ragionamento, gli studiosi del comportamento non si limitano a dare strumenti di individuazione, ma anche strategie di prevenzione e di argine.

Si può a ogni modo anticipare che l'insegnamento che permea questa intera materia è che il primo e basilare rimedio ai fenomeni oggetto del suo studio sia prendere coscienza dell'esistenza del problema e divulgare, quanto più possibile, la nozione che la razionalità umana sia quasi certamente fallace, laddove operi ignara delle insidie dei propri limiti.

2. Dinamiche cognitive ed errori decisionali: l'insegnamento delle scienze comportamentali.

Una volta tracciato in sintesi il problema della razionalità limitata, non resta che addentrarsi tra i riscontri delle scienze comportamentali. Lo scopo non sarà quello di

³⁷ Ivi, p. 12

³⁸ In particolare, quello dei giudizi sulle richieste di asilo e quello delle concessioni di libertà provvisoria e della comminazione delle pene in ambito penale.

³⁹ Ivi, p. 13

esaurire qui le risultanze di una intera scienza, quanto piuttosto quello di far emergere allo sguardo del giurista il funzionamento basilare degli errori del pensiero umano, in particolare quelli più potenzialmente rilevanti nel fenomeno giuridico nel suo complesso. Così facendo si porterà avanti l'ulteriore intento di rendere più concreta la manifestazione al lettore dei quotidiani perigli che insidiano il rigore delle nostre scelte. Un punto di partenza per comprendere il sistema cognitivo umano può essere la suddivisione in "sistemi" che si è vista *supra*. Essa è stata divulgata, nonché notevolmente approfondita, da Kahneman, che utilizza le espressioni di "Sistema 1" e "Sistema 2", coniate da Keith E. Stanovich e Richard F. West⁴⁰.

Il Sistema 1 è, in breve, intuitivo. Il Sistema 2 è, invece, ragionato. Le operazioni del Sistema 1 sono «veloci, automatiche, senza sforzo, associative ed emozionali»⁴¹. Quelle del Sistema 2 sono invece «lente, seriali, controllate, faticose, [...] flessibili e governate da regole»⁴². È attraverso il Sistema 1, secondo Kahneman, che si originano spontaneamente sensazioni e impressioni che «sono le fonti principali delle convinzioni esplicite e delle scelte deliberate del Sistema 2»⁴³. Si può quindi affermare, secondo il premio Nobel Israeliano, che sebbene il Sistema 2, ovvero quello processato e ragionato, sia in grado di vagliare i pensieri in una serie ordinata di stadi, esso non può comunque prescindere, alla sua fonte, da informazioni immediate (e, per questo, non meditate), che gli provengono, in una modalità sulla quale non ha controllo, dalla componente percettiva e intuitiva della mente⁴⁴.

«Se corroborate dal Sistema 2, le impressioni e le intuizioni si trasformano in credenze e gli impulsi si convertono in azioni volontarie. Quando tutto procede liscio [...] il Sistema 2 adotta i suggerimenti del Sistema 1 senza praticamente modificarli»⁴⁵.

Di norma il Sistema 1, che si è capito essere il più influente nella massima parte dei casi, adotta strategie opportune e produce predizioni a breve termine esatte. Esso però è soggetto a *bias* ed errori sistematici, in special modo in circostanze specifiche⁴⁶.

⁴⁰ STANOVICH K. E., WEST R. F., *Individual differences in reasoning: implications for the rationality debate?*, in *Behavioral and Brain Sciences*, Cambridge University Press, 2000, pp. 645-665

⁴¹ Cit. KAHNEMAN D., *Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics*, p. 1451

⁴² *Ibid.*

⁴³ KAHNEMAN D., *Penieri lenti e veloci*, cit., p. 25

⁴⁴ *Ivi*, pp. 24-25

⁴⁵ *Ivi*, p. 30

⁴⁶ *Ivi*, p. 31

Secondo il già citato Stanovich, gran parte dell'esposizione di un individuo a errori cognitivi dipenderebbe da una particolare componente del Sistema 2, che egli definisce «razionalità», la quale sarebbe collegata a una forma di autocontrollo, di disciplina intellettuale, che spinge l'individuo a superare la pigrizia e la tendenza al minimo sforzo mentale, alla superficialità, che sono veri e propri difetti razionali. Secondo questo celebre psicologo, per giudicare la vulnerabilità di un soggetto agli errori cognitivi, proprio disciplina e controllo sarebbero i fattori più rilevanti, anche più di convenzionali parametri sul grado di intelligenza come il test del quoziente intellettivo⁴⁷. Si potrebbe quindi affermare che la razionalità possa assumere la forma di una prassi, di un comportamento, di un approccio ulteriore rispetto al mero dispiego di capacità cerebrali, che risiederebbe in una ottimizzazione e organizzazione rigorosa del pensiero che coinvolge una disposizione d'animo di propensione al rigore. Studi scientifici condotti su un campione di bambini⁴⁸ hanno dimostrato una forte correlazione tra i risultati che essi avevano ottenuto in termini di autocontrollo e disciplina e i risultati che hanno ottenuto, una volta cresciuti, in termini di misurazione delle abilità intellettuali e di impiego di queste in modo proficuo ed efficace⁴⁹. Come ogni capacità o propensione, anche quella al rigore mentale può essere in una certa misura esercitata o indotta. Per questo, è importante innalzare il livello di allerta e di interesse sul tema in ogni campo del sapere e delle professioni.

È opportuno comprendere alcuni meccanismi di fondo prodotti dal connubio dei due sistemi e in particolar modo dall'influenza del primo. Questi “meccanismi” possono infatti determinare in buona dose il comportamento e le scelte di un individuo senza che questi nemmeno se ne accorga, ovvero nella sua convinzione di aver agito deliberatamente o ponderatamente⁵⁰. Un primo esempio può essere quello del

⁴⁷ TOPLAK M. E., WEST R. F., STANOVICH K. E., *The Cognitive Reflection Test as a predictor of performance on heuristics-and-biases tasks*, in *Memory and Cognition*, Springer, 2011, Vol. 39, pp. 1275-1289

⁴⁸ MISCHEL W., EBBESEN E. B., *Attention in delay of gratification*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, American Psychological Association, 1970, n. 16, pp. 329-337

⁴⁹ Ibid.;

MISCHEL W., *Processes in delay of gratification*, in BERKOWITZ L. (a cura di), *Advances in experimental social psychology*, San Diego, Academic Press, 1974, vol. 7, pp. 249-292;

MISCHEL W., SHODA Y., RODRIGUEZ M. L., *Delay of gratification in children*, in *Science*, AAAS, 1989, n. 244, pp. 933-938

⁵⁰ KAHNEMAN D., *Pensieri lenti e veloci*, cit., pp. 70-73

“meccanismo associativo”⁵¹, potente strumento della mente che consente di fare istantanei e istintivi collegamenti tra uno stimolo e altri elementi, producendo una reazione automatica del soggetto, tramite la cosiddetta “attivazione associativa”. Così, di fronte a una realtà nuova e inaspettata, la mente si sarà già predisposta o allertata secondo l’interpretazione intuitiva e rapida della situazione in cui si trova. Questo meccanismo, pur utile al funzionamento della mente, ha effetti collaterali che possono essere più o meno dannosi, ma che sicuramente sono impercettibili al soggetto che li subisce. È il caso del “*priming*”, fenomeno per cui le nostre risposte a domande di diversa natura o il nostro “riempire gli spazi vuoti/ignoti” di una determinata situazione, possono essere pesantemente condizionati dagli stimoli a cui eravamo sottoposti in un momento precedente⁵². Così, se casualmente siamo stati esposti a un determinato tema (a causa di uno stimolo di qualsiasi natura, verbale o non verbale) saremo condizionati dalla presenza di quel tema nella nostra mente nel compiere, di lì a poco, le scelte più disparate. Tutto ciò senza che il nostro Io cosciente possa aver individuato il condizionamento. Questo fenomeno è come se restringesse il libero arbitrio o la capacità di discernimento, ma a priori, in quanto è come se modificasse il “terreno mentale” su cui ci muoviamo nel compimento della scelta, predisponendo, al posto nostro, il nostro approccio *prima facie* alla questione in oggetto. Come si è visto, spesso il nostro sistema più ragionato non si discosta molto dalle percezioni ottenute in questa fase.

Un altro meccanismo mentale che determina le scelte in una maniera non voluta da chi le compie è quello determinato dal passaggio da un certo grado di “fluidità cognitiva” a un altro. Questa caratteristica, che connota il pensiero in un determinato momento, dipende dalla percezione che la nostra mente ha rispetto a una situazione o a uno stimolo. Tale percezione può essere graduata tra gli estremi “facile” o “difficile” e determina il grado di “tensione cognitiva”, dal quale deriva lo sforzo mentale e il conseguente convogliamento di energie verso un determinato compito⁵³. Anche questo meccanismo può influire pesantemente e in maniera sottesa sulla decisione finale che prendiamo in merito a una questione che ci è sottoposta ed è spesso molto più collegato

⁵¹ MOREWEDGE C. K., KAHNEMAN D., *Associative processes in intuitive judgement*, in *Trends in Cognitive Sciences*, Lindsey Drayton, 2010, n. 14, pp. 435-440

⁵² KAHNEMAN D., *Pensieri lenti e veloci*, cit., pp. 69-72

⁵³ Ivi, p. 79

alla forma che assumono gli stimoli rispetto al loro contenuto sostanziale. È stato sperimentalmente provato, ad esempio, che il grado di persuasività di un testo per il lettore può dipendere in misura considerevole dalla sua disposizione e qualità grafica nel senso che, se esse sono rese più nitide o meglio elaborabili dal cervello, la affermazione sostanziale è percepita come più convincente⁵⁴. Lo stesso vale per la metrica o il ritmo delle frasi, tanto che un proverbio sarebbe ritenuto molto più persuasivo in rima rispetto alla sua versione non rimata⁵⁵. Un altro esperimento condotto, con i dovuti accorgimenti di laboratorio, ha addirittura evidenziato che soggetti incaricati di valutare i rendiconti tra loro contrastanti di due finte imprese turchi avrebbero sistematicamente ritenuto più credibile, a parità di condizioni, quello della ditta dal nome più semplice da pronunciare⁵⁶. Queste possono tramutarsi in influenze che, da sole o in concomitanza tra loro, possono influire su decisioni anche molto importanti per gli individui e la società.

Per proseguire la disamina dei meccanismi in grado di condizionare fortemente le nostre reazioni e le nostre scelte, è opportuno citare quel meccanismo mentale che ci fa provare istantaneamente che una determinata cosa sia “normale”, ovvero “sorprendente”. Tale meccanismo fa sì che la percezione di uno stimolo sia associata immediatamente con un parametro di stupore che non è collegato solo alla probabilità statistica che uno stimolo si palesasse, anzi molto spesso si discosta da questa per rientrare in una automatica “ricerca di senso”⁵⁷. Così, un evento improbabile potrebbe stupirci poco se dovesse avvenire in un contesto in cui si stanno verificando cose improbabili, nonostante non vi sia un collegamento causale tra i singoli eventi. Può essere, anzi, che finiamo per ipotizzare che questo nesso di causalità vi sia, traendo conclusioni in via tutt’altro che razionale. Questa persistente ricerca di senso e di attribuzione di causalità è una caratteristica che, secondo gli esperimenti della psicologia, si può ritrovare perfino nei bambini di sei mesi⁵⁸. Ma cosa può avere a che fare questo meccanismo forse “innato” con la produzione di errori nelle professioni e

⁵⁴ Ivi, p. 84

⁵⁵ Ivi, p. 85

⁵⁶ SHAH A. K., OPPENHEIMER D. M., *Easy does it: the role of fluency in cue weighting*, in *Judgement and Decision Making Journal*, Society for Judgment and Decision Making, 2007, n. 2, pp. 371-379

⁵⁷ KAHNEMAN D., *Pensieri lenti e veloci*, cit., pp. 95-102

⁵⁸ MICHOTTE A., *The perception of causality*, Andover, Methuen, 1967;

LESLIE A. M., KEEBLE S., *Do six-month-old infants perceive causality?*, in *Cognition*, 1987, n.25, pp. 265-288

quindi anche in quelle forensi? La risposta è che esso è alla base di un'attività mentale che può essere utile, ma al tempo stesso foriera di grandi abbagli: difatti, la tendenza a ricostruire intuitivamente la causalità che ha portato a un evento è alla base della spinta a una ricerca necessaria di un agente collegato al fatto, della attribuzione a questo in maniera automatica di particolari intenzioni, della ricostruzione degli eventi prima ancora di averne conosciuto i dettagli rilevanti per un qualsiasi ragionamento⁵⁹. Tutto ciò spinge il soggetto, in molti casi, a non prendere nemmeno in considerazione il ragionamento statistico che invece richiederebbe l'approccio di inferenza razionale alla ricostruzione di un fatto o di un contesto⁶⁰.

L'effetto appena descritto fa parte, secondo Kahneman, di una più generale ricerca di "coerenza" che l'uomo applica al reale, con la conseguente autocreazione di teoremi su questo o quell'avvenimento. Questa si accompagna, secondo lo psicologo Daniel Gilbert, a una naturale tendenza del Sistema 1 a credere, senza alcun filtro, alle affermazioni che ha di fronte, tanto che l'azione di smentire o di "non credere" sarebbe prerogativa solo del Sistema 2⁶¹ che, come si è visto, richiede uno sforzo maggiore e potrebbe essere già impiegato altrove. Questa dinamica è collegata a *bias* come quello di «conferma», che fa sì che la mente verifichi sempre una affermazione mettendola istintivamente alla prova con esempi a suo favore e non con esempi contro⁶², andando a determinare spesso l'esito finale della propria risposta. Oppure, ancora, essa può essere connessa al cosiddetto «effetto alone», per cui tendiamo a giudicare una persona in modo totalmente buono o totalmente negativo⁶³. Così facendo, corriamo alle conclusioni, con la fretta di esprimere un giudizio che costruisca una specie di teorema intuitivo, di concertazione del complesso degli elementi a disposizione. Tali effetti, inoltre, sono collegati all'ordine in cui ci arrivano le informazioni o le percezioni, essendo le successive fortemente condizionate dalle prime⁶⁴.

La ricerca di coerenza può addirittura avere l'effetto di arrestare o frenare il nostro approfondimento di una materia, giacché agli occhi dell'uomo «è la coerenza, non la

⁵⁹ KAHNEMAN D., *Pensieri lenti e veloci*, cit., pp. 95-103

⁶⁰ Ivi, p. 104

⁶¹ GILBERT D. T., KRULL D. S., MALONE P. S., *Unbelieving the unbelievable: some problems in the rejection of false information*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, American Psychological Association, 1990, n. 59, pp. 601- 613

⁶² KAHNEMAN D., *Pensieri lenti e veloci*, cit., p. 109

⁶³ Ivi, p. 111

⁶⁴ Ibid.

completezza delle informazioni, che conta per una buona storia. Anzi, si scopre spesso che sapere poco rende più facile integrare tutte le informazioni in un modello coerente»⁶⁵.

Il rapporto tra Sistema 1 e Sistema 2 ha poi nel meccanismo di sostituzione di un sistema con l'altro un momento particolarmente critico. In particolare, il primo ha una costante attività di produzione di giudizi automatici, senza una esplicita volontà o richiesta della parte cosciente e razionale; mentre il secondo, quando riceve o genera domande, deve compiere un volontario indirizzamento di attenzione e una conseguente ricerca di risorse cerebrali⁶⁶. È questo il motivo all'origine della tentazione, per lo più assecondata, di sostituire il giudizio più razionale, quindi difficile, con quello più facile, già disponibile grazie all'intuizione⁶⁷. Proprio da questo nascono euristiche e *bias*. La componente intuitiva, inoltre, nella sua attività giudicante continua e non richiesta, può creare problemi, proprio perché tende a rispondere anche a domande non poste e ulteriori, condizionando la strategia di approccio ai veri temi oggetto della scelta razionale⁶⁸. Questo si rende particolarmente pericoloso per il giudizio quando il soggetto finisce non solo per sostituire una risposta ragionata e rigorosa con una intuitiva, ma anche, a maggior ragione, quando questi finisce per sostituire una domanda che richiede un certo sforzo con un'altra, connessa, ma più semplice da verificare con le risorse del momento⁶⁹. Sono queste le cosiddette "domande euristiche". Ad esempio, la difficile domanda, posta in astratto, su quale sia una adeguata sanzione per un comportamento cui l'ordinamento attribuisce disvalore, verrebbe con questo meccanismo riformulata in modo inconscio chiedendosi, piuttosto, quanta sia la nostra rabbia quando ci immaginiamo la commissione di quella mala condotta. Domanda, quest'ultima, che consente sì, se fatta propria, di rispondere al quesito originario, ma in maniera assolutamente approssimativa e svincolata da valutazioni oggettivamente ponderate.

Dai meccanismi che abbiamo sin qui visto, ma molto più spesso dalla combinazione di questi fra loro e con altri meccanismi, si genera, come si è detto, terreno fertile per gli errori. Questi possono essere della più varia natura e il compito di crearne una specifica

⁶⁵ Ivi, p. 117

⁶⁶ Ivi, p. 120

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ivi, p. 123

⁶⁹ KAHNEMAN D., *Maps of bounded rationality*, cit., p. 1463

tassonomia impegna ancor oggi centri di studio e di ricerca cognitiva e comportamentale. Le diverse figure di euristiche, di *bias*, di fallacie del ragionamento, di distorsioni cognitive e le loro cause anche emotive e sociali, sono oggetto, a seconda delle classificazioni, di aggregazione o distinzione di loro categorie e subcategorie⁷⁰. Possiamo tuttavia ricordare alcune principali figure che accomunano i noveri, alcune delle quali hanno rappresentato delle scoperte apripista per questa scienza.

Uno dei *bias* in assoluto più studiati e da più tempo mappati è il cosiddetto *overconfidence bias* che raggruppa quelle tendenze, generate anche e soprattutto dalla ricerca di coerenza di cui si diceva, a sovrastimare la correttezza delle proprie percezioni e della propria capacità di conoscere e valutare le questioni⁷¹. A questo si collega anche la sensazione comune, anche se spesso erronea, di avere qualità conoscitive o intellettuali superiori alla media⁷². Si può immaginare, ma è comprovato sperimentalmente, quanto una simile percezione possa rendere il soggetto cieco nell'individuare i suoi stessi abbagli.

Osservato e riscontrato almeno quanto quello appena citato, è il *bias* dell'“effetto ancoraggio”: siamo portati a non discostarci dalla prima informazione o dal primo parametro (l'“àncora”) che ci viene fornito su un determinato argomento o problema⁷³. Più è ostinato il nostro attaccamento alla cosiddetta “àncora” iniziale, più forte sarà l'effetto distorsivo di questa nelle nostre stime⁷⁴. Questo *bias* può essere peraltro oggetto, in caso di valutazioni quantitative, di un rilievo matematico che può essere espresso come “indice di ancoraggio”⁷⁵. Quello che potrebbe stupire è che spesso un’“àncora” palesemente casuale risulta essere forte quanto una legata in qualche maniera alla materia della valutazione. In un esperimento che aveva come campione

⁷⁰ Cfr. tra loro:

GILOVICH T., GRIFFIN D., *Introduction – Heuristics and biases: then and now*, in GILOVICH T., GRIFFIN D., KAHNEMAN D. (a cura di), *Heuristics and biases: the psychology of intuitive judgement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 1-18;

MONTIER G., *Darwin's mind: the evolutionary foundations of heuristics and biases*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=373321;

LINCIANO N., *Errori cognitivi e instabilità delle preferenze nelle scelte di investimento dei risparmiatori retail. Le indicazioni di policy della finanza comportamentale*, Roma, Consob, 2010, Quaderno di finanza n. 66;

BARBERIS N., THALER R. H., *A survey of behavioral finance*, New York, National Bureau of Economics Research, 2002, NBER Working paper n. 9222

⁷¹ VELLA F., cit., p. 31

⁷² Ibid.

⁷³ KAHNEMAN D., *Pensieri lenti e veloci*, cit., pp.159-189

⁷⁴ Ivi, p. 165

⁷⁵ Ibid.

numerosi giudici tedeschi di esperienza media almeno quindicennale, i partecipanti furono forniti dei dettagli di un caso penale e furono poi divisi in due gruppi: uno avrebbe assistito a un lancio di un dado da gioco truccato che si fermava a un determinato numero, l'altro al lancio di un altro dado che si fermava a un numero inferiore. Successivamente, veniva loro chiesto se l'imputato meritasse un numero di mesi di pena superiore o inferiore a quello indicato dal dado. Fu incredibilmente registrato che questo modo "ancorante" di porre la domanda influiva sull'ammontare medio della pena comminata dai due diversi gruppi con un'incidenza (indice di ancoraggio) del 50% ⁷⁶.

Altri due importanti e citate euristiche sono quella della disponibilità e quella dell'affetto. La prima fa sì che rispondiamo alle domande o facciamo previsioni in base agli esempi più immediatamente disponibili perché forniti sul momento dalla memoria o dalle circostanze⁷⁷ (si è osservato, ad esempio, che le misure di precauzione, private e pubbliche, per le catastrofi vengono quasi sempre prese pensando alle calamità di cui si ha memoria e vengono attuate in maggior misura quanto più un disastro del medesimo tipo è recente⁷⁸). La seconda fa sì che utilizziamo le nostre emozioni come veri dati determinati per la decisione o la stima⁷⁹.

Le figure sintomatiche e le categorie ora enunciate sono a titolo esemplificativo, ma rendono l'idea dei vasti campi di ricerca che esse promettono e del rilievo della materia per ogni attività decisionale. Queste, assieme ad altre, si incontreranno nelle diverse applicazioni degli studi comportamentali che questa tesi offrirà nel Diritto in generale e nel Diritto amministrativo in particolare.

2.1 Le applicazioni nel campo del Diritto e della giurisdizione.

Saggiati i riscontri delle scienze comportamentali è bene ora cominciare a calarli nel campo del Diritto. Tale ambito è stato particolarmente stimolante per gli studiosi cognitivi e comportamentali, anche perché probabilmente esso è uno dei primi che

⁷⁶ ENGLISH B., MUSSWEILER F. S., STRACK F., *Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making*, in *Personality and Social Psychology Bulletin*, SAGE Publications, 2006, n. 32., pp. 188-200

⁷⁷ GILOVICH T., GRIFFIN D., cit.

⁷⁸ KAHNEMAN D., *Pensieri lenti e veloci*, cit., p.183

⁷⁹ GILOVICH T., GRIFFIN D., cit.

sovvieni quando si tratta di elencare giudizi umani che hanno un forte impatto sugli individui e la società. Le domande a cui si tenterà ora di rispondere sono principalmente: quali sono gli errori specifici che possono più frequente provocare errori di organi giudicanti? Quali sono le più rilevanti e interessanti “incursioni” di questi filoni di studio nel campo della applicazione del Diritto in sede giurisdizionale?

Si vedranno invece *infra* le applicazioni degli studi comportamentali al momento procedimentale del Diritto amministrativo, che implica importanti scelte, anch’esse influenzate dalla razionalità limitata.

L’*homo judicans* porta con sé nella sua attività l’esposizione, in quanto uomo, alle insidie decisionali fin qui trattate. Alcune di esse sono particolarmente determinanti e particolarmente gravi nel contesto della giurisdizione. È anche questione di osservare quanti e quali siano i pertugi offerti dal sistema giudiziario alla insinuazione degli errori. Non si può mancare di affrontare a proposito il tema, centrale⁸⁰, della predisposizione dei giuristi alla logica e al pensiero deduttivo⁸¹. Infatti, è proprio la logica deduttiva che viene assunta dal nostro come processo mentale di applicazione della norma e a tale forma di pensiero l’ordinamento rimanda ogni qual volta esso censuri la “illogicità” di una sentenza o di altro atto⁸². L’approccio normativista che prevede la sussunzione quasi “meccanica” del caso nella fattispecie è stato criticato dalle moderne teorie del Diritto, dal realismo alla teoria dell’argomentazione. Tale approccio resta tuttavia un punto di partenza centrale in un sistema fatto pur sempre di norme, quindi di meccanismi logici di imputazione. È del resto sullo schema della deduzione che si fonda la speranza di un qualsiasi precetto generale e astratto di trovare inveramento. Un simile ruolo e un simile affidamento, forse necessario, alla logica deduttiva indica però, secondo ampia letteratura scientifica, più una deontologia che una ontologia di come vengono realmente impostati i ragionamenti degli umani⁸³. Difatti, si riscontrano sperimentalmente grandi difficoltà, anche in campioni statistici di giuristi⁸⁴, ad applicare con disinvoltura molti schemi di tale logica (che alcune teorie hanno

⁸⁰ MAZZARESE T., *Logica giuridica*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, Torino, UTET, 2004, vol. 11, pp. 128-138

⁸¹ RUMIATI R., BONA C., cit. p. 113

⁸² Ibid.

⁸³ Ivi, 121

⁸⁴ BONA C., *Sentenze imperfette*, Bologna, Il Mulino, 2010

affermato essere innata nella struttura di ogni mente umana⁸⁵). In particolare, le indagini dimostrano che mentre gli individui sono particolarmente efficienti ad applicare alcuni schemi deduttivi, lo sono molto meno nell'applicarne altri⁸⁶. Se si guarda per esempio alle quattro forme dei sillogismi condizionali (i due *modi* e le due fallacie), mentre il cosiddetto *modus ponens* appare quasi perfettamente applicato da un campione di studenti dell'ultimo anno di giurisprudenza, questi dimostrano alte e maggioritarie percentuali di errore sia di fronte a versioni semplici di *modus tollens*, sia di fronte alle due restanti forme: la fallacia dell'affermazione della conseguente e la fallacia della negazione dell'antecedente⁸⁷. I motivi degli errori possono essere spiegati in larga parte con i meccanismi che si sono visti nel precedente paragrafo e sono più frequenti, specialmente per alcuni tipi di sillogismo, quando le premesse e le conclusioni presentano determinate caratteristiche di formulazione e di contenuto⁸⁸ (come, ad esempio, l'uso dei quantificatori⁸⁹ come «alcuni» o «qualche»). Questa difficoltà degli individui con il ragionamento che è alla base di ogni deduzione rigorosa, mette in difficoltà il modello normativista sotto un nuovo punto focale: non quello dei limiti legati all'esaustività, alla coerenza o ad altre qualità del linguaggio precettivo, bensì quello della dimestichezza con la logica formale dell'operatore della scelta. Lo stesso giudice amministrativo è chiamato ad avere un duplice approccio logico, dovendo decidere e motivare logicamente e al contempo scrutinare la logicità degli atti che sono sottoposti al suo vaglio. Per questo, diffondere tra i giuristi una conoscenza più approfondita del pensiero formale e delle sue figure tipiche, che spesso non sono affatto intuitive e lampanti per l'occhio umano, sarà tra le strategie di argine che si proporranno *infra* quando si tratterà dei rimedi al dilagare degli errori.

Coerente con la ricostruzione sin qui svolta è la teoria, propria di correnti come il giusrealismo americano, che definirebbe una «ipocrisia formale» la classica ricostruzione del percorso logico che porta alla decisione del giudice. Al contrario,

⁸⁵ FODOR O. J. A., *The language of thought*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1975

⁸⁶ RUMIATI R., BONA C., cit., 121

⁸⁷ BONA C., cit.

⁸⁸ WOODWORTH R. S., SELLS S. B., *An atmosphere effect in formal syllogistic reasoning*, in *Journal of Experimental Psychology*, Sarah Brown-Schmidt, 1935, n. 18, pp. 451-460

⁸⁹ CERASO J., PROVITERA A., *Sources of error in syllogistic reasoning*, in *Cognitive Psychology*, Elsevier, 1971, n. 17, pp. 391-416

decisione sarebbe istantanea, perlopiù intuitiva, e verrebbe solo *ex post* seguita da uno sforzo di giustificazione⁹⁰.

Venendo nello specifico al tema delle euristiche e dei *bias*, alcune figure già trattate possono sicuramente incidere in sede giurisdizionale e influenzare marcatamente i giudizi. Il già citato effetto ancoraggio, per esempio, può rilevare nella stima del risarcimento, portando il giudice a compiere il cosiddetto “aggiustamento”, anziché valutare in maniera completamente oggettiva il danno⁹¹. La predisposizione a questo *vulnus* del momento decisionale è data nel nostro ordinamento, tra le altre norme, dagli artt. 1223, 1226, 1227, 2056 e 2059 c.c. che impongono al giudice una determinazione della liquidazione del danno offrendo uno schema decisionale non precisamente confinato e strutturato. A questo spazio di manovra contribuiscono le cosiddette “clausole aperte”.

Indagini ed esperimenti svolti in diversi paesi su campioni ciascuno di diversa composizione (giudici, avvocati, membri di giuria popolare, studenti di giurisprudenza, ecc...) hanno rilevato effetti ancora in ambito giuridico nelle decisioni sul sull'ammontare dei risarcimenti⁹², nei risultati delle mediazioni e delle conciliazioni⁹³, nella determinazione delle pene rispetto alla richiesta dell'accusa⁹⁴ e, come si è già visto, perfino nella determinazione delle pene rispetto a un'ancora casuale⁹⁵.

Anche l'euristica della disponibilità è stata studiata nei suoi possibili risvolti per la giurisdizione, sia con esperimenti in laboratorio, sia con analisi quantitative e indagini. L'effetto è sempre quello di giudicare sulla base di ciò che è più disponibile alla mente, perché corrispondente a esperienze recenti, perché espresso in maniera più nitida, perché in linea con supposti fatti notori o per altre ragioni. Una descrizione più vivida, cruda o dettagliata, può essere resa più memorizzabile e quindi più disponibile alla mente che decide⁹⁶. Una familiarità mentale con soluzioni più frequenti può aversi, ad

⁹⁰ MORERA U., in VELLA F., *Diritto ed economia comportamentale*, Bologna, Il Mulino, 2023, p. 204

⁹¹ RUMIATI R., BONA C., cit., p. 26

⁹² MARTI M. W., WISSLER R. L., *Be careful what you ask for: the effect of anchors on personal injury damage awards*, in *Journal of Experimental Psychology*, Sarah Brown Shmidt, 2000, n. 6, pp. 91-103

⁹³ GUTHRIE C., RACHLINSKI J. J., WISTRICH A. J., *Inside the judicial mind*, in *Cornell Law Review*, Cornell Law School, 2001, n. 86, pp. 777-810

⁹⁴ ENGLISH B., MUSSWEILER T., *Sentencing under uncertainty: anchoring effects in the court-room*, in *Journal of Applied Social Psychology*, Wiley-Blackwell, 2001, n. 31, pp. 1535-1551

⁹⁵ ENGLISH B., MUSSWEILER F. S., STRACK F., cit.

⁹⁶ REYES R. M., THOMPSON W. C., BOWER G. H., *Judgemental biases resulting from different availabilities of arguments*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, American Psychological Association, 1980, n. 39, pp. 2-12

esempio, rispetto alla individuazione della moglie e non del marito come parte debole della separazione, cosa che avviene molto più sovente del contrario. Questo porta campioni di studenti, di giudici e di avvocati, a stimare l'assegno per il coniuge debole, nella medesima situazione fattuale, con un ammontare molto diverso a seconda che il destinatario sia donna o uomo⁹⁷. Il ché si spiega con il fatto che gli esempi di coniuge riconosciuto debole che vengono alla mente a chi giudica riguardano molto più un genere (quello femminile) rispetto all'altro. L'effetto prodotto è una maggiore forza dell'immagine nella mente di chi valuta il caso, che predispone di conseguenza a dare una maggiore risposta di tutela alla parte, anche in termini economici.

Tramite l'euristica della disponibilità, eventi simili, vicini o contemporanei possono generare tre fenomeni: l'illusione di controllo, la sovrastima delle proprie capacità valutative e la cosiddetta *overconfidence*⁹⁸. Questi tre assieme danno vita a un più ampio *bias* egocentrico⁹⁹.

L'illusione di controllo si riferisce alla correlazione tra le azioni di un individuo e il loro esito¹⁰⁰. È specialmente presente in contesti dove il soggetto agente non ha un riscontro immediato sul risultato di ciò che fa. In un esperimento condotto su giudici statunitensi, si è chiesto loro di stimare il tasso di riforma delle loro sentenze da parte di corti di grado superiore¹⁰¹. L'87% presentava un *bias* egocentrico, nel senso che aveva la percezione che le sue sentenze venissero riformate in misura molto minore rispetto alla grande maggioranza dei propri colleghi¹⁰² (il ché è matematicamente impossibile).

Altra euristica che può risultare determinante in ambito processuale è quella della rappresentatività, che fa sì che la ricostruzione offerta da una parte sia considerata più convincente in base alla sua capacità di corrispondere a un prototipo o a un'ipotesi più rappresentativa, perché rimandante a una categoria nota¹⁰³. L'irrazionalità di questa euristica è particolarmente forte perché la "somiglianza" di qualcuno, di qualcosa o di una circostanza a un determinato prototipo può essere determinata da elementi irrilevanti per la verifica metodica e rigorosa di un'ipotesi. Uno degli effetti di questo

⁹⁷ BONA C., BAZZANELLA B., *L'assegno di mantenimento nella separazione. Un saggio tra diritto e scienze cognitive*, Trento, Università degli studi di Trento, 2008

⁹⁸ RUMIATI R., BONA C., cit., p. 150

⁹⁹ Ivi, p. 151

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ GUTHRIE C., RACHLINSKI J. J., WISTRICH A. J., cit.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ KAHNEMAN D., TVERSKY A., *Subjective probability: a judgement of representativeness*, in *Cognitive Psychology*, Elsevier, 1972, n. 3, pp.430-454

bias è quello di equiparare gli argomenti ben strutturati alle narrative¹⁰⁴. Gli uni fondano la loro autorevolezza cercando di dimostrarsi veri, le altre puntano invece sulla verosimiglianza¹⁰⁵. Il verosimile, infatti, ha una forza persuasiva che ben combacia con certi nostri funzionamenti cerebrali, come la volontà di ricostruire cause e moventi che si è trattata nel precedente paragrafo. Così avviene, in maniera del tutto irrazionale, che tramite questa euristica gli individui possano ritenere più probabile una ricostruzione fatta di molti eventi concatenati, rispetto a una che includa solo uno di essi¹⁰⁶. È chiaro, invece, che sia molto più probabile il realizzarsi di un qualunque evento da solo, rispetto al medesimo evento assieme ad altri¹⁰⁷. È questa la cosiddetta «fallacia della congiunzione»¹⁰⁸.

La somiglianza a un prototipo familiare per la nostra mente è sovente legata all'aspetto esteriore o formale delle cose. In un esperimento fatto in Italia, gli intervistati erano chiamati a decidere di un caso tenendo conto di una pronuncia della Corte di Cassazione: la forza che hanno attribuito nel loro giudizio alla sentenza del giudice della nomofilachia era significativamente maggiore laddove ne era stato fornito l'originale con l'intestazione, l'Emblema della Repubblica, i bolli, le firme e gli altri elementi formali, anziché la semplice trascrizione scaricata dalla banca dati¹⁰⁹. Il caso, avendo ad oggetto un giudizio quantitativo, consentiva di rilevare l'incidenza del precedente giurisprudenziale in maniera misurabile.

Effetti irrazionali nel giudizio possono essere poi provocati dal cosiddetto "incorniciamento" (o *framing*), che produce una reazione diversa rispetto a un medesimo fatto non sulla base degli elementi sostanziali rilevanti, bensì della "cornice" in cui esso si colloca¹¹⁰. La cornice può essere data dall'inserimento in un determinato contesto, da una particolare perifrasi dell'espressione, da una modalità di confezionamento del quesito o della cosa, dalla alterazione della rilevanza data, nel descrivere, ad alcuni elementi rispetto ad altri¹¹¹. Tutto questo può far sì che un giudizio

¹⁰⁴ TARUFFO M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, Laterza, 2009

¹⁰⁵ RUMIATI R., BONA C., cit., p. 169

¹⁰⁶ TVERSKY A., KAHNEMAN D., *Extensional versus intuitive reasoning: the conjunction fallacy in probability judgement*, in *Psychological Review*, American Psychological Association, 1983, n. 90, pp. 293-315

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ BONA C., *Studio sul danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 2012

¹¹⁰ VELLA F., cit., p. 35

¹¹¹ KAHNEMAN D., *Maps of bounded rationality*, cit. p. 1458

viri altrove a parità di sostanza¹¹². In una valutazione di impatto ambientale, ad esempio, tra due soluzioni potrebbe emergere come opportuna agli occhi di chi sceglie la più dannosa, se la narrazione più convincente ne ha nascosto meglio i rischi e se meglio ha evidenziato le sue virtù¹¹³.

Come si è visto *supra*, un'altra prospettiva per cui guardare l'insieme delle decisioni di un organo giudicante è quella della variabilità dovuta a rumore decisionale. Questo fenomeno può alimentare l'incertezza del Diritto, anche senza che essa sia ricollegata a una pratica razionale e in parte creativa di adattamento delle fattispecie da parte del giudice, o ad altri fenomeni in un certo senso "controllabili" e giustificabili. Difatti, il rumore decisionale produce una variabilità dei giudizi che è indice piuttosto di una volatilità degli stessi e spesso di una irrazionalità alla vera base delle decisioni, di una implicita rinuncia *in toto* all'oggettività. Bisogna ricordare che la differenza di giudizi a parità di circostanze è definita rumore solo quando è indesiderata, in quanto attinente ad ambiti in cui, dato un medesimo caso, le soluzioni elaborate da professionisti della materia dovrebbero essere quantomeno simili¹¹⁴. La limitazione del rumore non va quindi a scalfire mutazioni o innovazioni della qualificazione giurisprudenziale di un dato fatto o istituto, che sono frutto di un esercizio di razionalità, piuttosto che di una rinuncia ad essa. Un problema, però, sorge quando la variabilità è così elevata, magari su fattori che potrebbero essere resi oggettivi, da far ritenere che il risultato sia legato a determinazioni dello spirito del decisore, anche momentanee¹¹⁵.

Una proprietà fondamentale del rumore è che esso può essere misurato anche senza porsi il problema di quale fosse la scelta corretta o quali specifici errori o *bias* abbiano influenzato i giudizi¹¹⁶. Basta, a tal fine, la misurazione della loro varianza¹¹⁷.

Fu proprio un giudice, Marvin Frankel, che nei primi anni '70 negli Stati Uniti aprì il dibattito sul forte rumore decisionale in un ambito in cui l'ordinamento federale lascia grande discrezionalità: quello della determinazione delle sanzioni penali. Il movimento che seguì alle denunce di Frankel diede vita a nuovi studi sperimentali su campioni di giudici. Ne emerse che per uno stesso caso giudici differenti erano capaci di comminare

¹¹² VELLA F., cit., p.35

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ KAHNEMAN D., SIBONY O., SUNSTEIN C.R., cit., p. 10

¹¹⁵ Ivi, p. 17

¹¹⁶ Ivi, p.11

¹¹⁷ Ibid.

condanne totalmente differenti¹¹⁸ (con variazioni da uno a dieci anni di reclusione, o da tre a venti, per lo stesso caso), che riguardo a illeciti minori vi era totale discordanza sull'opportunità della pena detentiva rispetto a misure alternative¹¹⁹. Alcuni studi hanno evidenziato che a inizio giornata o dopo la pausa pranzo i giudici erano statisticamente più propensi a concedere la libertà condizionale, rispetto a prima della pausa pranzo¹²⁰. Da una rassegna di 207.000 decisioni del tribunale dell'immigrazione si riscontrava una significativa correlazione statistica, ritenuta non casuale, tra i giorni particolarmente caldi e quelli con maggiori respingimenti¹²¹. Osservando uno degli esperimenti più scrupolosi sulla variabilità dei giudizi, che evidenziava ingenti deviazioni standard delle pene, c'è chi afferma che probabilmente qualsiasi prova in laboratorio sarà portata a sottostimare la portata del rumore¹²². Infatti, nelle vere aule di tribunale i giudici sono esposti a molte più informazioni e ogni esposizione a un'informazione non decisiva può portare un giudice a differire dagli altri¹²³.

Qualcuno potrebbe obiettare a questa disamina che i giudizi cui si fa riferimento hanno natura più "immediata" e sommaria, come quella di stabilire una pena in un ordinamento che mette il giudice già di fronte a un verdetto sulla colpevolezza. Si potrebbe inoltre obiettare che questi condizionamenti sono per lo più "situazionali", mentre il giudice amministrativo italiano forma la sua convinzione di fronte a elementi più documentali e in maniera più diacronica. Si è visto, tuttavia, come ogni situazione decisionale abbia le sue insidie e che per quanto queste possano differire ed essere graduate diversamente, saranno quasi certamente influenti su chi operi senza prendere precauzioni o senza saperle identificare. Occorre inoltre ricordare quanto si è detto *supra* circa la possibilità che il momento determinate per l'adozione di un dispositivo avvenga prima ancora di un processo mentale ordinato e come quindi la motivazione possa essere ridotta a difesa di una presa di posizione scollegata da un raziocinante

¹¹⁸ PARTRIDGE A., ELDRIDGE W.B., *The second circuit sentence study: a report to the judges of the second circuit August 1974*, Washington DC, Federal Judicial Center, 1974, p. 9

¹¹⁹ AUSTIN W., WILLIAMS T. A. III, *A survey of judges' responses to simulated cases: research note on sentencing disparity*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern University School of Law, 1977, n. 68, p. 306

¹²⁰ DANZINGER S., LEVAV J., AVNAIM-PESSO L., *Extraneous factors in judicial decisions*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 2011, 108, n. 17, pp. 6889-6892

¹²¹ HEYES A., SABERIAN S., *Temperature and decisions: evidence from 270.000 court cases*, in *American Economic Journal: Applied Economics*, American Economic Association, 11, n. 2, pp. 238-265

¹²² KAHNEMAN D., SIBONY O., SUNSTEIN C.R., cit., p. 86

¹²³ Ibid.

approfondimento del caso. Questo meccanismo può inficiare anche la imparzialità della decisione, dato che un giudice orientato per i motivi più vari a favore di un tipo di parte del processo, troverà il modo di nascondere agli altri e forse a sé stesso il vero movente della decisione, forzando ogni stadio intermedio dell'argomentazione. Quest'ultimo è forse un tema elementare quanto possibilmente influente e dalla difficile soluzione.

Uno studio comportamentale e quantitativo della giustizia amministrativa italiana, portato avanti su larga scala, potrebbe offrire spunti di riflessione sulle dinamiche della sua effettività. Come si vedrà, sono diverse le modalità di analisi, tra cui quelle degli algoritmi, oggi capaci anche di prevedere le decisioni di una sezione giurisdizionale in base alle sue decisioni pregresse (la cosiddetta giustizia predittiva).

2.2 Decidere in gruppo: i collegi giudicanti.

Un processo decisionale individuale è strutturalmente diverso da un processo decisionale collettivo. Un assunto che ha riscosso in passato molte adesioni è che aumentando il numero dei partecipanti alla decisione, affidandola a un collegio, questa risulti come più accurata e ponderata. Così si riteneva Condorcet¹²⁴ (a patto però che i giudizi fossero indipendenti) e anche, molto più di recente Surowiecki, il quale ha parlato di «saggezza delle folle»¹²⁵ per evidenziare l'efficienza e l'accuratezza conferita ai soggetti collettivi dalla pluralità di punti di vista.

Questa intuizione parrebbe aver ispirato il sistema processuale italiano, che tende ad aumentare il numero di componenti dell'organo giudicante con l'aumentare della complessità e della rilevanza delle cause¹²⁶. Questo avviene, oltre che nella giustizia ordinaria, anche in quella amministrativa, dove si passa dai tre componenti del collegio per il primo grado ai cinque per il secondo grado, fino ai tredici componenti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

¹²⁴ CONDORCET J., *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, Parigi, L'Imprimerie Royale, 1785

¹²⁵ SUROWIECKI J., *The wisdom of crowds*, New York, Random House, trad. It., *La saggezza della folla*, Milano, Fusi Orari, 2007

¹²⁶ RUMIATI R., BONA C., cit., p. 233-235

L'ottimismo verso le decisioni collegiali è sempre più frenato dall'analisi delle distorsioni cui queste possono prestarsi, non meno ingenti di quelle che riguardano il decidente monocratico¹²⁷.

Anche queste dinamiche sono state molto più studiate all'estero che in Italia. Tuttavia, le distorsioni che evidenziano possono dare un quadro generale delle dinamiche di ogni tipo di collegio. In particolare, si può far riferimento all'ampio filone di ricerca statunitense circa la composizione e il funzionamento delle giurie popolari. Questo tema così importante per quell'ordinamento, specie se unito alla possibilità per le parti di influire sulla composizione dell'organo, ha dato un forte incentivo alla ricerca sulle dinamiche della decisione collettiva. Per questo si è creato un vero *expertise* di soggetti specializzati nella composizione della "giuria perfetta", anche tramite l'uso di algoritmi¹²⁸.

Nell'ambito di questi studi si è confermato come i collegi non siano affatto immuni da *bias* e da rumore. Innanzitutto, si è dimostrato che l'inserimento degli individui in un collegio non vale a renderli singolarmente più razionali. I singoli componenti erano influenzati, secondo diversi studi in ambito penale, dall'aspetto fisico¹²⁹ dell'imputato, dalla sua etnia, dalla pronuncia del rappresentante dell'accusa e da altri fattori irrilevanti¹³⁰. Altre distorsioni che si sono riscontrate sono quella «predecisionale»¹³¹, foriera di un "salto alle conclusioni" senza previo controllo delle informazioni¹³², ma anche quella della «dissonanza postdecisionale» che spinge il singolo a sottovalutare aspetti che metterebbero in dubbio la posizione del gruppo¹³³.

La necessità di dare ordine anche alle decisioni dei collegi sembra sottesa alle previsioni legislative italiane sulla loro procedura interna.

Il primo comma dell'art. 76 cod. proc. amm. recita «Possono essere presenti in camera di consiglio i magistrati designati per l'udienza», curandosi che i decidenti possano aver

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ FERGUSON A. G., *The big data jury*, in *Notre Dame Law Review*, University of Notre Dame, 2016, n. 91, pp. 935-1006

¹²⁹ MACCOUN R. J., *The emergence of extralegal bias during jury deliberation*, in *Criminal Justice and Behavior*, SAGE Publications, 1990, n. 50, pp. 303-314

¹³⁰ KAPLAN M. F., MILLER L. E., *Reducing the effect of juror bias*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, American Psychological Association, 1978, n. 36, pp. 1443-1455

¹³¹ CARLSON K. A., RUSSO J., *Biased interpretation of evidence by mock jurors*, in *Journal of Experimental Psychology: Applied*, 2001, n. 7, pp. 91-103

¹³² RUMIATI R., BONA C., cit., p. 233-235

¹³³ FESTINGER L., *A theory of cognitive dissonance*, Stanford, Stanford University Press, 1962

preso visione dell'eventuale contraddittorio in presenza. Il terzo comma del medesimo articolo specifica la modalità di formazione del consenso nel collegio statuendo che «Il presidente raccoglie i voti. La decisione è presa a maggioranza di voti. Il primo a votare è il relatore, poi il secondo componente del collegio e, infine, il presidente. Nei giudizi davanti al Consiglio di Stato il primo a votare è il relatore, poi il meno anziano in ordine di ruolo, e così continuando sino al presidente». Questa previsione, assegnando al relatore il primo voto sul dispositivo da adottare, collima con i riscontri sul comportamento dei gruppi, che danno una importanza decisionale all'ordine in cui i componenti esprimono il loro voto (del resto questa è una intuizione sui collegi che ben precede i riscontri delle moderne scienze: si ricordi, ad esempio, la prerogativa del *princeps senatus* dell'antica Roma¹³⁴).

Per rimando dell'art. 76 cod. proc. amm., si applicano anche secondo, quarto e quinto comma dell'art 276 cod. proc. civ., che dà ordine alle questioni da trattare e alla procedura da seguire in camera di consiglio. C'è chi ha individuato in norme di questo tipo una presa d'atto di alcuni dei meccanismi che possono ridurre l'efficacia delle decisioni di gruppo¹³⁵. Questi riguardano una forma di irrazionalità ulteriore rispetto a quella dei singoli componenti, che assume una connotazione collettiva dovuta a specifici comportamenti collegiali.

Si osserva, tuttavia, che l'ordinamento, nel definire le modalità decisionali e di soluzione in caso di opinioni discordanti, non predispone particolari strumenti per valorizzare pienamente il conflitto costruttivo che si potrebbe generare¹³⁶.

Difatti, la principale fonte di errori dei gruppi è una caratteristica che è solitamente considerata positiva, ovverosia la loro tendenza a creare coesione¹³⁷, quando non un vero e proprio sentimento di appartenenza. Proprio da questo è generato il fenomeno del cosiddetto *groupthink* («pensiero di gruppo»), che consiste in una tendenza a voler raggiungere consenso unanime, la quale annulla le valutazioni e le motivazioni dei membri singoli. Ne proviene una deteriore efficienza mentale e una maggiore crisi tra la cognizione del gruppo e la sfera del reale. Inoltre, tale tendenza crea una sorta di setaccio delle informazioni, che verranno scartate o non considerate a sufficienza se non

¹³⁴ <https://www.treccani.it/enciclopedia/princeps-senatus/>

¹³⁵ RUMIATI R., BONA C., cit., p. 242

¹³⁶ Ivi, 244

¹³⁷ BERNTHAL P. R., INSKO C. A., *Cohesiveness without groupthink*, in *Group & Organization Management*, SAGE Publications, 1993, n. 18, pp. 66-87

assecondano la direzione presa. In questo circolo vizioso si sviluppa anche la «distorsione del falso consenso», che porta alcuni componenti a ritenere, senza averne evidenza, che gli altri concordino con il loro punto di vista.

Sintomi del deterioramento del pensiero del gruppo sarebbero: l'illusione di invulnerabilità e ottimismo; l'autocensura dei singoli membri e relativa soppressione del dubbio; l'illusione di unanimità, che spinge al conformismo; la costruzione artificiosa di giustificazioni, che impedisce il riesame di opinioni già espresse¹³⁸. In questo contesto, le cosiddette "cascate informative", che portano ad accodarsi ad altri e a sopprimere informazioni discordi, possono anche causare rumore, in quanto piccoli cambiamenti iniziali in una direzione o in un'altra possono generare grande variabilità nel risultato finale¹³⁹.

Come le cascate informative, anche il fenomeno della «polarizzazione di gruppo» può generare rumore. Esso fa sì che i gruppi tendano ad estremizzare il risultato su cui raggiungono il consenso. Ad esempio, un collegio propenso a liquidare un danno punitivo stimerà una somma molto più ingente di quella a cui avrebbero pensato i suoi singoli componenti¹⁴⁰. Ci sono diverse ragioni per questo effetto e sono ricollegabili all'agire sociale dell'uomo che è abituato a tastare la propria identità in relazione con altri esseri umani. È stato provato che la stessa azione di spiegare un proprio convincimento al gruppo può rafforzare molto, in chi parla, l'impressione che la sua idea o la sua ricostruzione sia valida e opportuna¹⁴¹.

Esperimenti su giurie simulate hanno voluto testare la polarizzazione creando giurie che davvero si sarebbero riunite e altre che risultavano dalla sola aggregazione delle posizioni espresse singolarmente da individui: ne è emerso che il confronto interno agli organi aumenta sia la variabilità dei giudizi che l'estremizzazione dell'opinione comune, in un senso o in un altro¹⁴².

¹³⁸ JANIS I., MANN L., *Decision making*, New York, Free Press, 1977;

RUMIATI R., BONA C., cit., p. 245

¹³⁹ KAHNEMAN D., SIBONY O., SUNSTEIN C.R., cit., p. 117

¹⁴⁰ SUNSTEIN C. R., HASTIE R., PAYNE J. W., SCHKADE, D. A., VISCUSI W. K., *Punitive damages: how juries decide*, Chicago, The University of Chicago Press, 2002

¹⁴¹ HEATH C., GONZALES R., *Interaction with others increases decision confidence but not decision quality: evidence against information collection views of interactive decision making*, in *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, Elsevier, 1995, n. 61, pp. 305-326

¹⁴² KAHNEMAN D., SCHKADE D., SUNSTEIN C., *Shared outrage and erratic awards: the psychology of punitive damages*, in *Journal of Risk and Uncertainty*, Springer Science + Business Media, 1998, n. 16,

Anche per questi problemi decisionali, gli studiosi hanno offerto soluzioni pratiche, alcune già sperimentate con successo in ambito giurisdizionale. Le si vedranno nel prossimo paragrafo, che tratta appunto delle strategie e degli argini tesi a contenere l'irrazionalità esondante degli individui e delle formazioni sociali.

3. Il sistema dei rimedi e l'“igiene decisionale”.

Il sistema dei rimedi ai fenomeni che si sono visti, in particolar modo con riferimento all'ambito giuridico, è un ampio e promettente cantiere che è ben lontano dall'essere ultimato. Del resto, uno dei punti fondamentali che vengono toccati da questa tesi nello sviluppo della sua domanda di ricerca è proprio quello del vasto campo di opportunità che si aprono per una presente e futura contaminazione dei giuristi con esperti di discipline utili a comprendere queste dinamiche effettive del Diritto.

Si può tracciare una prima distinzione tra quei rimedi volti a prevenire l'irrazionalità dall'esterno e che quindi tendono di limitare l'irrazionalità del soggetto decidente ponendogli dei binari su cui muoversi e invece quei rimedi che puntano alla interiorizzazione da parte di tale soggetto dei segnali di allerta e dei meccanismi preventivi, puntando quindi a una autoregolazione interna del processo della decisione¹⁴³.

Tentativi di strutturare esternamente la scelta degli organi giudicanti sono quelli che realizza il nostro ordinamento laddove si aspetta che il lavoro del giudice sia di “applicare regole” non tanto perché da lui ritenute giuste, ma perché riconosciute come vincolanti, regole che rendono la scelta un risultato di una lunga serie di formalità volte a gestire e ordinare la cognizione del fatto e ad assumere il necessario per esprimersi in Diritto¹⁴⁴. L'idea che si possa orientare dall'esterno la decisione grazie a un apparato di precetti è ritenuta superata da diverse correnti metodologiche (in particolare il giusrealismo), ma, come si è visto, può essere guardata con scetticismo anche secondo gli studi comportamentali. In particolare, data la limitata razionalità dell'uomo, l'imposizione di una regola a un soggetto può anche essere resa vana da errori che

pp. 49-86; KAHNEMAN D., SCHKADE D., SUNSTEIN C., *Deliberating about dollars: the severity shift*, in *Columbia Law Review*, Columbia Law Review Association, 2000, n. 100, pp. 1139-1175

¹⁴³ RUMIATI R., BONA C., cit., p. 15, p. 29

¹⁴⁴ Ivi, p. 15-16

prescindono dalla volontà di sottostare al comando impartito. Per questo, parrebbe necessario comunque agire anche internamente. Il ché significa porre innanzitutto una questione di formazione e di contaminazione tra discipline. C'è chi si è spinto a proclamare la necessità di una «*law behavioral revolution*» che produca una nuova «giurisprudenza comportamentale»¹⁴⁵, facendo modo di superare l'attuale stato delle cose, in cui dei nostri comportamenti decidono regole date in mano a «giuristi che di come noi ci comportiamo fanno poco o nulla»¹⁴⁶. Il primo scoglio per apprestare le soluzioni auspiccate è quello della già più volte evidenziata necessità di creare consapevolezza e di diffondere il tema della razionalità limitata tra gli operatori e gli studiosi del Diritto. La banalità apparente di questa urgenza, se vista assieme alla distanza che ancora v'è da colmare in merito, può essere la dimostrazione di quanto cogente ma al tempo stesso trascurato sia ad oggi il percorso da compiere. Infatti, si rileva come una vera formazione specialistica dei giuristi in questa materia sia ancora un lontano miraggio¹⁴⁷. In particolare, pare combaci bene con le peculiarità del giudizio amministrativo, che è perlopiù vaglio dell'esercizio di una altrui attività razionale, l'esigenza che «coloro ai quali si chiede la valutazione dei *bias*» di altri soggetti «siano innanzitutto consapevoli dei propri»¹⁴⁸.

Come affermano coloro che si sono dedicati alle applicazioni della psicologia nel campo del Diritto, «la qualità della giustizia dipende in gran misura dalla qualità di coloro che la dispensano, e quest'ultima dipende in buona dose dal loro temperamento»¹⁴⁹.

Gli elementi che definirebbero coloro in grado di offrire giudizi ben costruiti e ponderati sarebbero principalmente tre: la «preparazione», l'«intelligenza» e il corretto «stile cognitivo»¹⁵⁰. La preparazione dipende dalla effettiva competenza in un determinato campo, mentre l'intelligenza e lo stile cognitivo indicano rispettivamente una misura delle capacità intellettive e un'unione di diverse tendenze in merito al grado di apertura mentale, alla tendenza a essere più riflessivi o impulsivi, o la propensione a cambiare idea. Esistono alcuni indicatori legati a specifiche modalità di test, che permettono di

¹⁴⁵ VAN ROOIJ B., FINE A., *Behavioral jurisprudence: law needs and behavioral revolution*, in *Behavioral Scientist*, 2022, 18 maggio, <https://behavioralscientist.org/behavioral-jurisprudence-law-needs-a-behavioral-revolution>

¹⁴⁶ VELLA F., cit., p. 175

¹⁴⁷ Ivi, p. 188

¹⁴⁸ Ivi, p. 184

¹⁴⁹ MARONEY T., (*What we talk about when we talk about*) *Judicial temperament*, in *Boston College Law Review*, Boston College Law School, 2020, n. 6, pp. 2085-2153

¹⁵⁰ KAHNEMAN D., SIBONY O., SUNSTEIN C. R., cit., p. 259

ottenere un giudizio di un soggetto sulla base di queste caratteristiche: ad esempio, i diversi test sulla *General Mental Ability*, il *Cognitive Reflection Test* che misura il grado di riflessione cognitiva e l'impulsività del pensiero, la scala *ADMC (Adult Decision Making Competence)* che misura la propensione a compiere errori cognitivi, o anche la scala *Halpern Critical Thinking Assessment* che riguarda le capacità di pensiero critico¹⁵¹. L'ipotesi di sottoporre chi compie giudizi a test psicologici potrebbe essere ritenuta avventata, ma è già stata oggetto in Italia di un dibattito pubblico scaturito da una delibera del Consiglio dei Ministri relativa alle modalità di selezione dei magistrati¹⁵². Si può a ogni modo affermare che questi strumenti e i loro parametri posso dare un indirizzo su quali possono essere le qualità da ricercare e da incentivare. Alcune vie di ricerca si sono poste il tema fondamentale del coinvolgimento delle emozioni nel giudizio, ipotizzando una figura di giudice dotato di «*dispassion*», una sorta di atarassia e di neutralità emotiva, grazie all'impiego di tecniche in tal senso orientate. Il soggetto giudicante che ne scaturirebbe potrebbe essere per taluni un "modello ideale". Tuttavia, per un verso esso pare destinato a rappresentare una mera aspirazione¹⁵³, per un altro non tutti concorderebbero che un simile soggetto sia davvero il più idoneo a un esercizio di razionalità e, ove necessario, di equità. La via maestra su questo piano di riflessione sarebbe quindi lo sviluppo di tecniche per governare le emozioni, anziché escluderle¹⁵⁴. Le strategie che sono state individuate sono diverse e alcune delle principali sono: la *situation selection*, che consiste nell'evitare incarichi particolarmente "sentiti" in ragione di propri vissuti; l'*attentional deployment*, che è una tecnica per direzionare l'attenzione; il *cognitive change*, che porta al riconoscimento della portata emotiva che il caso ha per il soggetto, alla quale conseguono una accettazione piena e una adozione di processi volti a governarla, anche tramite nuove modalità di comunicazione interne ai collegi¹⁵⁵. Tutte queste strategie sono ancora da approfondire con nuovi studi e attraverso l'apertura di nuove vie di ricerca, per ammissione stessa di coloro che le hanno individuate.

¹⁵¹ Ivi, p. 263-268

¹⁵² Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 75 del 26/03/2024

¹⁵³ MARONEY T. A., GROSS J. J., *The ideal of the dispassionate judge: an emotion regulation perspective*, in *Emotion Review*, Sage Publications, 2014, n. 2, pp. 142-151

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ VELLA F., cit., p. 187

Un tema fondamentale per le tecniche di miglioramento delle decisioni è quello del *debiasing*, ovvero della eliminazione sistematica dei *bias*. Questo obiettivo richiede tecniche di apprendimento specifiche, in grado di contrapporsi a comportamenti automatici, come quelli prodotti dal Sistema 1¹⁵⁶.

Gli approcci per eliminare i *bias* possono essere *ex ante* ovvero *ex post*. Questi ultimi consistono in interventi di vario tipo sul risultato della decisione, che viene corretto sulla base del *bias* che ha contribuito a produrlo. Gli interventi *ex ante*, invece, si possono distinguere a loro volta in due categorie: i *nudges* e gli interventi formativi¹⁵⁷. I *nudges*, che si sono già visti *supra*, applicano la teoria delle spinte gentili alla decisione, agendo sull'ambiente e il contesto in cui ha luogo il giudizio¹⁵⁸. La varietà di questi accorgimenti è molta e la loro ideazione nei più diversi campi occupa tuttora gli studiosi.

Gli interventi formativi, invece, prevedono di istruire i decisori a riconoscere e superare i loro *bias*. È il caso, ad esempio, dei “*boosting*”, che mirano a implementare determinate capacità, come l'attitudine al pensiero statistico o logico. Spesso queste modalità di azione richiedono metodi di apprendimento non convenzionali.

Un esperimento condotto alla Boston University ha ottenuto successi rilevanti nella riduzione degli errori decisionali tramite la sottoposizione dei partecipanti a una serie di video informativi e il coinvolgimento in “giochi seri”¹⁵⁹. I giochi in particolare, che spingevano a riconoscere i propri *bias* e ad agire su di essi, hanno ridotto significativamente gli errori nei test, sia subito dopo il loro svolgimento che a distanza di tempo¹⁶⁰. Può sembrare un metodo forse eterodosso, ma se può, assieme ad altri, contribuire a un miglioramento delle decisioni, potrebbe essere impiegato nella formazione anche dei giuristi.

Un modello di *debiasing* cui si fa riferimento per le professioni legali è il cosiddetto *WRAP*, articolato nei quattro indirizzi che ne compongono l'acronimo: *Widen your options, Reality-test your assumptions, Attain distance before deciding, Prepare to be*

¹⁵⁶ VELLA F., cit., p. 188

¹⁵⁷ KAHNEMAN D., SIBONY O., SUNSTEIN C. R., cit., p. 273

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Ivi., 275

¹⁶⁰ MOREWEDGE C. K. et al., *Debiasing decisions: improved decision making with a single training intervention*, in *Policy Insights from the Behavioral and Brain Sciences*, 2025, n. 1, pp. 129-140

wrong¹⁶¹. La prima direttrice, se ben seguita, spinge a considerare tutte le opzioni in gioco anche le meno probabili, che pigrizia di ragionamento ci spingerebbe neppure a considerare. Questo richiede una proficua attività di acquisizione, selezione e gestione di informazioni e dati anche complessi. Sono già stati sperimentati in merito strumenti da mettere a disposizione dei giudici con la possibilità di fare ricerche interattive e collegamenti tra fonti, orientamenti, statistiche e altre informazioni quantitative che potrebbero essere altrimenti tralasciate¹⁶². Tutto questo può essere agevolato, come si vedrà, da algoritmi di intelligenza artificiale, che possono fungere da potenti motori di ricerca ausiliari.

La seconda direttrice mira a valorizzare i pregi del ragionamento controfattuale, ponendo di fronte all'organo giudicante anche evidenze contrarie a quelle su cui sta basando il proprio ragionamento¹⁶³. La terza, invece, prevede un allontanamento virtuoso dal carico di emotività che ciascun caso visionato, come ogni storia, inevitabilmente porta con sé. L'obiettivo è quello di «vedere come stanno davvero le cose» e «avvicinarsi a esse per quello che sono e non per quello che crediamo che siano»¹⁶⁴. A questo si ricollega la tecnica della *mindfulness*, diffusa ormai in molti campi professionali, che si fonda su pratiche meditative formali e informali. Questa metodologia è stata oggetto di scrutinio e di verifica scientifica in molti contesti¹⁶⁵ ed è stata anche promossa come strumento per coloro che amministrano la giustizia nei suoi diversi settori¹⁶⁶, oltre che come fondamentale elemento di formazione per i giuristi¹⁶⁷, nonché come proposta da parte di associazioni e organismi governativi (come la Australian Law Reform Commission) per una maggiore imparzialità dei giudici¹⁶⁸. Nella dottrina giuridica, il dibattito su questa tecnica non è ancora concluso ed è caratterizzato anche da accese opposizioni di quanti credono che il coinvolgimento

¹⁶¹ VELLA F., cit., p. 188;

HUANG P. H., *How improving decision-making and mindfulness can improve legal ethics and professionalism*, in *Journal of Law, Business and Ethics*, Pacific Southwest Academy of Legal Studies in Business, 2015, vol. 21, pp. 35-76

¹⁶² VELLA F., cit., p. 189

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ AMADEI G., *Mindfulness. Essere consapevoli*, Bologna, Il Mulino, 2013

¹⁶⁵ VONDERLIN R., BIERMANN M., BOHUS M., *Mindfulness-based programs in the workplace: a meta-analysis of randomized controlled trials*, in *Mindfulness*, 2022, n. 4, e058976

¹⁶⁶ NALTY K., *Strategies for confronting unconscious bias*, in *The Colorado Lawyer*, Colorado Bar Association, 2016, n. 5, pp. 45-52

¹⁶⁷ VELLA F., cit., p. 190

¹⁶⁸ Ibid.

emotivo non sia contrario ai compiti di chi giudica. È importante, inoltre, separare nettamente la *mindfulness* riconosciuta dalla comunità degli esperti come valida e fondata, da tutto ciò che negli anni si è cercato di far ricadere sotto questa definizione al livello commerciale, che scade spesso in banalizzazioni e pratiche non scientifiche¹⁶⁹.

Per quanto riguarda l'ultima delle direttrici, *Prepare to be wrong*, si tratta di mettere in conto la possibilità che si possa cadere nell'errore e predisporre meccanismi che aiutano a imparare dallo stesso una volta realizzato di averlo commesso. Essenziali in questo senso possono rivelarsi sistemi di *feedback*, che consentano al soggetto di sapere quanto prima il risultato della decisione che ha prodotto. Altre prassi riguardano la possibilità di una periodica revisione dell'operato da parte di pari, o anche il coinvolgimento di soggetti specializzati che facciano da "allenatori", osservando (anche tramite videoregistrazioni) i comportamenti dei giudici, per un successivo confronto costruttivo, che possa renderli edotti di aspetti su cui potrebbero e dovrebbero migliorare¹⁷⁰.

Un filone di ricerca comportamentale e decisionale si è sviluppato a partire dalla *Consider the opposite strategy*, volta a incrinare gli ancoraggi che ci trattengono e orientano nel decidere¹⁷¹. Lo strumento che aiuterebbe in questa strategia decisionale è quello della *checklist*, cioè una lista di passaggi e di bilanciamenti tra fattori che da ordine a una determinata scelta, facendo sì che chi la compie non dimentichi di considerare elementi necessari e non commetta errori grossolani nello svolgere le sue mansioni. Uno dei campi in cui questo sistema è stato già molto utilizzato è quello sanitario. È proprio un medico, Atul Gawande, ad aver scritto uno dei più celebri saggi in merito, *The checklist manifesto* (2009)¹⁷². Sulla base di sperimentazioni sul campo e partendo dalle simili esperienze di altri in campo aeronautico e ingegneristico, lo scienziato propone la *checklist* come miglior metodo per ridurre gli sbagli decisionali e soprattutto per dare un ordine ai processi mentali, che consenta di evitare gli automatismi nocivi. In campo giuridico, il lavoro di Gawande è stato ripreso dalla American Judges Association, nel libro bianco contenente linee guida per migliorare le

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Ibid.;

WINTER C., *The value of behavioral economics for EU judicial decision-making*, in *German Law Journal*, 2020, n. 2, pp. 240-264

¹⁷¹ VELLA F., cit., p. 44

¹⁷² GAWANDE A., *The checklist manifesto: how to get things right*, New York, Metropolitan Books, 2009

decisioni delle corti, in special modo per evitare che la routine del giudicare produca nei magistrati strategie decisionali semplificate e distorsive¹⁷³.

Un altro strumento che si è suggerito in psicologia della decisione per eliminare i *bias* costringendo a vedere le cose in un'altra prospettiva riguarda le decisioni di gruppo. Per combattere i fenomeni del *groupthink* e della polarizzazione, è stato proposto di introdurre all'interno dei collegi giudicanti il ruolo dell'«avvocato del diavolo»¹⁷⁴. Questo consisterebbe nell'incaricare uno dei membri di sostenere, con una estesa argomentazione, la soluzione avversa a quella che si sta prospettando come opportuna¹⁷⁵. Tale modo di agire sarebbe peraltro già attuabile in quanto compatibile con la struttura deliberativa delineata nell'art. 276 cod. proc. civ., sempre che si attui nella fase precedente alla votazione delle singole questioni¹⁷⁶.

In merito all'aspetto appena trattato, potrebbe segnalarsi anche l'utilità che spesso ha avuto nella formazione di un dibattito consapevole e di decisioni ponderate la possibilità per un membro di un collegio di produrre, laddove consentito dall'ordinamento di riferimento, una *dissenting opinion* (il caso più studiato è quello della Corte Suprema degli Stati Uniti, ma lo stesso è previsto per la Corte Suprema canadese, per la CEDU, ecc...). Questa possibilità potrebbe aprire la via a un maggiore coinvolgimento del singolo componente, rendendolo meno portato ad appiattirsi su posizioni e approfondimenti altrui.

Come si è visto, mentre identificare i *bias* è agevolato dal loro orientamento in una determinata direzione, il rumore decisionale è invece imprevedibile e non sempre facilmente spiegabile o visibile. È uno dei motivi per cui esso può risultare particolarmente dannoso. Per questo la prevenzione del rumore è stata denominata «igiene decisionale» con un lessico che rimanda volutamente all'ambito medico: quando si sterilizza un ambiente o uno strumento, quando si adottano norme di igiene, nessuno sa quale sia l'esatto batterio o virus del quale si sta realmente fermando la diffusione, ma si agisce con delle accortezze generali valide a contrastarne la massima

¹⁷³ VELLA F., cit., p. 47

¹⁷⁴ RUMIATI R., BONA C., cit., p. 244

¹⁷⁵ Ibid.

¹⁷⁶ Ibid.

parte. Così, l'igiene decisionale previene una gamma imprecisata di potenziali errori, prima che essi si verifichino¹⁷⁷.

Esattamente come le misure di igiene mediche, quelle decisionali possono apparire faticose o tediose e i loro vantaggi non sono direttamente visibili. Quando sorge un problema, inoltre, è difficile riportarlo a una specifica negligenza (l'aver lavato male le mani o l'aver utilizzato un certo oggetto non totalmente sterile, l'aver mancato di pesare adeguatamente questo o quel fattore di un caso giudicando), il che può deresponsabilizzare i professionisti¹⁷⁸. L'igiene decisionale offre strategie che fanno evitare molti errori, ma non si sa sul momento quali. Questo la rende anche meno tangibilmente utile, per chi la pratica, anche rispetto alla lotta ai *bias*, i quali, venendo identificati, si presentano come obiettivi più concreti e soddisfacenti a cui mirare¹⁷⁹.

Gli autori di *Rumore* propongono un particolare protocollo di igiene decisionale chiamato «protocollo a valutazione intermedia», che racchiude diverse accortezze di igiene decisionale in un unico metodo. Il pregio principale di questo metodo è che dà un ordine al processo e ritarda la vera assunzione della decisione, rendendola ponderata e ancorata ai dati di fatto disponibili.

Si procede in fasi, ciascuna con un suo proprio scopo. In primo luogo, si struttura la decisione in valutazioni intermedie ben distinte, ciascuna su un diverso aspetto rilevante ai fini del risultato. Ogni voce indipendente non deve sovrapporsi con altre e deve pesare su una sola delle valutazioni. È importante sospendere in principio la presa di posizione dei singoli e del collegio nel suo insieme sull'esito che si ritiene opportuno e indurre tutti ad adottare strategie che aiutino ad avere una "visione esterna" dei fatti. Successivamente, ciascun membro dovrà esprimersi sul singolo punto senza l'influenza degli altri (si ricordi l'importanza di aggregare giudizi distinti, ma senza che si trascinino tra loro nel *groupthink* e/o nella polarizzazione). È importante, secondo i fautori di questo metodo, che si proceda poi a dividere il rapporto finale in quelli che chiamano "capitoli", che devono riguardare ciascun aspetto e devono riportare i giudizi indipendenti¹⁸⁰. Si giunge così alla riunione decisionale, in cui verrà impiegato il

¹⁷⁷ KAHNEMAN D., SIBONY O., SUNSTEIN C. R., cit., p. 280

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Ivi, p. 280-281

¹⁸⁰ KAHNEMAN D., SIBONY O., SUNSTEIN C. R., cit., pp. 364-378

metodo *esimate-talk-estimate*¹⁸¹, che prevede di raccogliere senza dibattito le posizioni su ciascun punto (possibilmente in anonimo, se la composizione numerica del collegio non è tanto esigua da vanificare l'intento), di procedere quindi a un dibattito, per poi votare nuovamente¹⁸². Così facendo si avrà un punto di partenza, un dialogo riguardante soprattutto i punti su cui c'è maggior disaccordo e poi una sorta di sintesi provvisoria. Solitamente dopo il dibattito vi è una sorta di avvicinamento o razionalizzazione dei diversi pareri. Nel prendere la decisione finale viene introdotto un elemento che potrebbe apparire sorprendente: viene in luce l'utilità dell'intuito, che viene valorizzato nel processo solo all'ultimo, dopo essere stato ritardato e "combattuto" sino ad allora con le formalità adottate¹⁸³.

È importante segnalare un aspetto della descrizione del metodo che non può essere direttamente trasposto nel giudizio amministrativo italiano. Infatti, gli autori, utilizzando come caso studio una decisione in ambito aziendale, separano il gruppo degli analisti che compiono le valutazioni indipendenti, dall'organo che deve decidere e che pone loro quesiti, (in questo caso un consiglio di amministrazione, che in primo luogo incarica il gruppo subordinato a compiere le sue indagini e i suoi giudizi). Una – seppur vaga – correlazione, che potrebbe dare spunti per nuovi esperimenti di Diritto processuale in diversi ambiti, è quella del sistema delle giurie spagnole: introdotte nel 1995, esse ricalcano il modello della giuria statunitense, ma con la peculiarità unica di strutturare la loro risposta non già come un verdetto immotivato, bensì come insieme di risposte a singoli quesiti rilevanti predisposti dal giudice, che concorrono a determinare il risultato finale¹⁸⁴. In questo caso si può notare, come nel metodo descritto, un tentativo di scomposizione preventiva e di individuazione a priori degli elementi su cui decidere, che saranno poi uniti in maniera processata come "mattoncini" di un unico schema.

Si potrebbe affermare che anche il giudice italiano procede per motivazione sugli aspetti rilevanti, ma, risponderebbero i fautori dell'igiene decisionale, il fatto che gli sia consentito di passare subito a decidere fa una enorme differenza in termini di esposizione a errori, rispetto a quanto sarebbe avvenuto scomponendo materialmente e

¹⁸¹ VAN DE VEN A. H., DELBECQ A., *The effectiveness of nominal, delphi, and interacting group decision making processes*, in *Academy of Management Journal*, 1974, n. 4, pp. 605-621

¹⁸² KAHNEMAN D., SIBONY O., SUNSTEIN C. R., cit., pp. 364-378

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ ATIENZA M., *Diritto come argomentazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p.7

temporalmente la sua scelta ultima in una serie di fasi e di giudizi sottostanti, con tecniche di *debiasing* e di prevenzione del rumore. È questione di evitare che la motivazione diventi un unico flusso argomentativo orientato al dispositivo prescelto, mascherato per percorso processato di valutazione dei singoli fattori determinanti.

La questione dell'introduzione delle metodologie viste in questo paragrafo è sicuramente un ragionamento *de jure condendo*, che dovrebbe aprire un dibattito nelle accademie e nelle sedi del *policy making*, prospettando soluzioni che si possono immaginare non solo in forma di norme di legge in senso stretto, ma anche o perlopiù di accorgimenti didattici e promozione di *best practices* negli organi giudicanti.

Per guardare a una sperimentazione, in ambito penale negli Stati Uniti, fu approvato dal Congresso, nel 1984, il *Sentencing Reform Act*, che portò all'istituzione della *US Sentencing Commission*, che avrebbe prodotto di lì a poco delle linee guida con apposite tabelle, volte a ridurre l'arbitrarietà e la variabilità delle pene. Nonostante le linee guida elaborate lasciassero uno spazio ampio all'apprezzamento del giudice, si è concluso che esse abbiano ridotto significativamente «la variazione attribuibile all'identità casuale dell'autorità giudicante»¹⁸⁵. Quando nel 2005 le linee guida, a seguito di un dibattito favorevole alla discrezionalità ed emotività dei giudici, smisero di essere vincolanti, la disparità di giudizio delle sentenze raddoppiò¹⁸⁶.

Altra questione sollevata dai comportamentisti è quella della possibilità di ridurre gli errori del pensiero e il rumore tramite l'impiego di macchine intelligenti che con l'utilizzo di algoritmi affianchino o sostituiscano il giudice umano. Questo punto, per altro, si pone non solo in ambito giurisdizionale ma, come si vedrà, anche rispetto alla decisione algoritmica delle amministrazioni, che si siano dotate di simili tecnologie.

Secondo Sunstein, l'algoritmo eliminerebbe il rumore e, potenzialmente, potrebbe ridurre i *bias*. Gli algoritmi potrebbero, secondo lui, prevenire le disuguaglianze e le disparità di giudizio ed essere fecondi di opportunità applicative in molti ambiti¹⁸⁷. L'argomentazione prosegue affrontando il tema delle distorsioni algoritmiche, di cui è un esempio il caso di *Compass*, algoritmo impiegato nelle corti statunitensi per valutare la pericolosità degli imputati, che si è rivelato come discriminatorio verso le persone di

¹⁸⁵ ANDERSON J. M., KLING J. R., STITH K., *Measuring interjudge sentencing disparity: before and after the federal sentencing guidelines*, in *Journal of Law and Economics*, 1999, n. S1, pp. 271-308

¹⁸⁶ KAHNEMAN D., SIBONY O., SUNSTEIN C. R., cit., p. 27

¹⁸⁷ SUNSTEIN C. R., *Governing by algorithm? No noise and (potentially) less bias*, in *Duke Law Journal*, 2022, n. 71, pp. 1175-1205

alcune minoranze sovra-rappresentate nei dati inseriti. Sunstein sottolinea che gli algoritmi errano, rispetto alle regole date loro, solamente se i dati sono errati.

Anche la giustizia amministrativa italiana ha evidenziato il contributo alla rapidità, all'efficienza e alla imparzialità che un algoritmo può dare a una decisione umana¹⁸⁸.

Resta tuttavia il tema aperto della ammissibilità di un giudizio che sia totalmente algoritmico, che potrebbe trovare ostacolo, tra l'altro, nell'art. 101 Cost. (in quanto la regola algoritmica potrebbe sostituire quella della legge)¹⁸⁹, ma anche in principi come quello dello *human-in-the-loop*, riconosciuto dalla giurisprudenza¹⁹⁰, che prevede non vi sia alcuna decisione priva di un apporto umano determinante.

Non è questa la sede per risolvere questa questione, che da un lato è tangente al tema delle soluzioni alla razionalità limitata, dall'altro non lo elimina: difatti, il problema degli errori decisionali umani sarà utile agli operatori del Diritto sin quando anche solo una parte del giudizio sarà demandata a giudici umani e financo in un eventuale tempo di avvento della giurisdizione *in toto* robotica, in quanto la costruzione degli algoritmi richiede comunque una applicazione della scienza della decisione unita a una profonda comprensione di ciò che rileva giuridicamente. In sostanza, chi sarà affiancato ai produttori di quegli algoritmi che avranno effetti legali farà bene a essere esperto degli errori umani che si vogliono evitare.

Una prospettiva che sembra ritenuta stimolante da più parti è quella del giudice umano che sia aiutato dall'Intelligenza Artificiale alla stregua di un potente motore di ricerca e collettore di fonti e precedenti, eventualmente capace anche di fornire un «progetto di decisione» non vincolante per la risoluzione della controversia, con la possibilità di sottoporre alle parti l'ultima parola sulla accettazione della stessa ovvero sull'affidamento ultimo a una definizione del giudizio da parte del giudice umano¹⁹¹.

4. Le prospettive di un Diritto amministrativo “a misura d'uomo”.

Nei paragrafi che seguiranno si abbandonerà la prospettiva giurisdizionale e si entrerà in quella del dialogo tra le Pubbliche Amministrazioni e i soggetti privati, tra i regolatori e

¹⁸⁸ Tar Campania, Napoli, Sentenza n. 7003/2022

¹⁸⁹ TORCHIA L., *Lo Stato digitale: una introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2023, p.180

¹⁹⁰ Tar Campania, Napoli, Sentenza n. 7003/2022

¹⁹¹ TORCHIA L., cit., p.180

i regolati. Il centro del discorso sarà, ancora una volta, la volontà di trarre conseguenze per il Diritto amministrativo delle risultanze delle scienze comportamentali.

Un primo indirizzo sarà quello di analizzare le nuove opportunità che si aprono per i regolatori e i legislatori, che dispongono oggi di ampi studi sul funzionamento comportamentale dei consociati e che sono di fronte a ipotesi di nuove modalità di indirizzamento dei singoli e della società verso scelte che sono reputate virtuose.

Il secondo indirizzo sarà quello di chi, dal basso dell'asimmetria che caratterizza il rapporto con l'autorità, ma più in generale da qualsiasi posizione di dialogo con la PA, è in cerca di strumenti di comprensione di ciò che avviene effettivamente (non di ciò che teoricamente o normativamente dovrebbe avvenire) nei pubblici uffici.

Le due prospettive si uniranno in quella che è considerata una scienza tra le più promettenti per una adeguata risoluzione dei conflitti, in modalità che compongano gli interessi senza bruciare valore: si tratta della scienza della negoziazione, che non è altro che una scienza comportamentale delle relazioni e mira proprio a far collimare nel modo più virtuoso e soddisfacente possibile tutte le posizioni di interesse coinvolte.

4.1 Applicazione discendente: i regolatori comprendono i regolati. *Nudge*, “spinte gentili” e *soft law*: nuove tecniche di regolazione e di influenza sul consociato.

Le scienze comportamentali possono essere di grande interesse per chi governa, per un assorbente motivo: funzionano. La loro funzionalità sta nel mostrare l'esistenza di meccanismi intrinseci nell'agire umano che, se sfruttati, sono in grado di modificare il comportamento degli individui e delle collettività in maniera efficace e statisticamente rilevabile. Lo sfruttamento di questi meccanismi può essere attuato senza servirsi delle norme e del principio di imputazione, ma può avere effetti non dissimili se non maggiori di una imposizione in forma precettiva.

Tali studi dovrebbero essere di grande interesse anche per coloro che si occupano di scrutinare l'operato di chi governa, assicurandone la trasparenza, l'*accountability* e la giustiziabilità.

Le questioni principali in quest'ambito nascono dal fatto che l'individuo, quando condizionato nel suo comportamento in maniera non coercitiva, finisce per conformare

le sue azioni al volere di chi ha scientemente prodotto i condizionamenti, pur essendo formalmente libero di discostarsene. In particolare, il dibattito si accende anche maggiormente qualora la produzione di condizionamenti sia una attività sistematica, centralizzata in specifiche organizzazioni governative dotate di un expertise idoneo a “manovrare” in un dato senso il comportamento dei regolati, con una modalità che potrebbe rivelarsi più subdola di quella coercitiva, giacché sarebbe potenzialmente non evidente e sicuramente non indirizzata alla razionalità del soggetto, bensì alla influenzabilità dello stesso.

Centrale è il dibattito sui *nudges*, o “pungoli” che, come si è visto, sono definiti come interventi realizzati da un’istituzione pubblica o privata, che incidono su un qualsiasi aspetto in grado di «influenzare il comportamento delle persone, pur lasciando loro una piena libertà di scelta»¹⁹². Alle volte è sufficiente un piccolo dettaglio, inserito nel contesto della scelta, a indirizzarci fortemente verso un dato obiettivo.

L’attività scientifica che si occupa di individuare questi fattori al fine di sfruttarli per orientare gli individui è chiamata “architettura della scelta”¹⁹³ e una delle principali affinità con l’architettura vera e propria sarebbe il fatto che il suo prodotto non possa mai essere “neutrale”, avendo ogni opzione delle conseguenze¹⁹⁴. Anche la scelta di evitare di intervenire, omettendo quindi di inserire qualsiasi pungolo, non renderebbe affatto libero da condizionamento il comportamento umano. Come spiegano Sunstein e Thaler, anche lasciare che sia il caso a determinare il contesto e le influenze in mezzo ai quali un essere umano sceglie, il contesto casuale presenterebbe comunque caratteristiche che la limitata razionalità umana riceverebbe come spinte verso un indirizzo o un altro. A questo punto, affermano i sostenitori del *nudging*, tanto vale che si lasci ben poco al caso e si spingano i consociati verso ciò che si ritiene sia meglio per loro e per la società¹⁹⁵. Questa prospettiva influenzerebbe anche il fine che secondo loro dovrebbe guidare gli “architetti delle scelte” nell’apposizione di pungoli: far sì, nello sfruttare la loro influenzabilità, che le persone assumano «le decisioni che avrebbero preso se avessero prestato piena attenzione e se avessero posseduto informazioni

¹⁹² SUNSTEIN C. R., *Behavioral science and public policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 4

¹⁹³ SUNSTEIN C. R., THALER R. H., cit., p. 15

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ Ivi, pp. 7-12

complete, capacità cognitive illimitate e un autocontrollo totale»¹⁹⁶. In questo modo si indurrebbero i soggetti a seguire le scelte indicate dai modelli dell'uomo razionale, “aggiustando” la loro limitata razionalità.

È chiaro che questo sia solo uno dei propositi che potrebbe avere chi utilizza *nudging* per promuovere una data pratica: esso non si riscontra, ad esempio, in quel tipo di *nudging* attuato da parte di privati che si avvalgono del *neuromarketing*, sfruttando avanzate tecniche di psicologia comportamentale per attrarre la clientela e condizionarla¹⁹⁷.

Per descrivere l'orientamento culturale del *nudging* inteso come spinta gentile delle persone verso il loro bene, Sunstein e Thaler coniano un termine che potrebbe sembrare ossimorico: “paternalismo libertario”¹⁹⁸.

Nel linguaggio comune, una politica paternalista vorrebbe imporre al destinatario delle politiche pubbliche un comportamento la cui virtù è individuata dall'autorità e non da lui stesso¹⁹⁹. Tale tendenza sarebbe quindi in contrasto con il libertarismo, che propugna invece il diritto del singolo a individuare una propria concezione del Bene e una propria determinazione degli obiettivi da perseguire²⁰⁰.

I due autori risolvono il contrasto partendo dal presupposto che la capacità delle persone di decidere bene per loro stesse sia stata scientificamente sconfessata dai risultati degli studi comportamentali²⁰¹. Da ciò deriverebbe che la ricerca libera del proprio interesse da parte delle persone sarebbe inficiata sul nascere da una loro scarsa idoneità a

¹⁹⁶ Ivi, p. 18

¹⁹⁷ PLASSMANN H., VENKATRAMAN V., HUETTEL S., YOON C., *Consumer neuroscience: applications, challenges, and possible solutions*, in *Journal of Marketing Research*, American Marketing Association, 2015, Vol. LII (Agosto), pp. 427-435

¹⁹⁸ SUNSTEIN C. R., THALER R. H., cit., p. 17

¹⁹⁹ «s. m. [dall'ingl. paternalism, der. di paternal «paterno»]. – Termine divenuto di uso comune nella pubblicistica storico-politica alla fine del sec. 19° per indicare l'impostazione data all'attività di governo, soprattutto a partire dal sec. 18°, dai sovrani degli stati europei, che si assunsero come proprio l'assolvimento complessivo dei compiti amministrativi e politici nei confronti di quanti vivevano nell'ambito del loro territorio, e in partic. l'atteggiamento per cui i governanti attuano una politica che, pur tendendo con sollecitudine paterna al progresso e al benessere dei governati, non li considera però capaci di perseguire tali fini in modo autonomo», <https://www.treccani.it/vocabolario/paternalismo/>

²⁰⁰ «Orientamento di pensiero e movimento politico-culturale statunitense tesi a esaltare il ruolo dell'individuo e la sua libertà d'azione all'interno della società capitalistica. M.N. Rothbard (*For a new liberty. The libertarian manifesto*, 1972), principale teorico del l., postula la necessità e la possibilità di assoggettare alla logica di mercato tutte le funzioni tradizionalmente attribuite allo Stato (comprese la giustizia, l'ordine pubblico e la difesa) e di assolutizzare i diritti individuali come naturalmente fondati. Per questo e per la fiducia espressa nei confronti del sistema capitalistico (sulle orme della critica alla tradizione liberale espressa da autori come A. Rand e D. Friedman), il l. è denominato anche anarco-individualismo o anarco-capitalismo», <https://www.treccani.it/enciclopedia/libertarismo/>

²⁰¹ SUNSTEIN C. R., THALER R. H., cit., p. 18

decidere. Di conseguenza, non sarebbe una impossibile chimera l'unione di una corrente di pensiero (il paternalismo) con l'altra (il libertarismo), che salvi la "volontà di orientare le persone verso il bene" della prima, assieme con la "volontà di non limitarle nella libertà" della seconda.

Le applicazioni del *nudging* e quindi del paternalismo libertario possono essere le più disparate. Le politiche di salute pubblica, di prevenzione delle malattie o delle conseguenze di abitudini poco sane, sono state spesso terreno di elezione su cui gli esperti in materia si sono esercitati. Un esempio di questo sono i *nudge stores*, supermercati la cui progettazione e disposizione sono volti a incanalare i consumatori verso acquisti più salutari²⁰². Il colore di un cartello o la disposizione dei prodotti in una corsia possono indurre la massa dei clienti a comprare decisamente più un prodotto rispetto a un altro, senza che siano costretti a farlo. Grazie a sperimentazioni come queste, le scienze comportamentali hanno avuto ulteriori conferme della efficacia dell'applicazione dei loro assunti.

Si potrebbe ipotizzare che il paternalismo libertario pubblico sia molto paternalista e poco libertario, nel senso che il risultato finale della sua applicazione è che gli individui si comportano nel modo sperato dall'autorità che lo ha attuato e che, inoltre, il Bene cui i *nudges* tendono non è stato individuato dai singoli, se non *lato sensu* tramite la eventuale legittimazione democratica dei regolatori. In effetti, mentre in talune attività (tra cui, in parte, la giurisdizione) è chiaro stabilire che la scelta sia stata errata in quanto irrazionale e viziata, potrebbero non esserci le basi per definire "sbagliato" uno stile di vita rispetto a un altro, quando entrambi rientrano nella sfera del legale. *In nuce*, si potrebbe obiettare che la sostanza della libertà stia proprio nel poter anche discostarsi dai modelli della "razionalità perfetta", adottando comportamenti più orientati a una "scelta soddisfacente", come descritta da Simon²⁰³. Proprio uno dei documenti emblema del liberalismo, la Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti (1776)²⁰⁴, afferma il diritto dell'uomo alla «ricerca della felicità», lasciando intendere che questa sia una attività soggettiva –oltre che tendenziale– ed evitando così di affermare un diritto "alla

²⁰² VELLA F., cit., p. 80

²⁰³ SIMON H. A., *Administrative behavior. A study of decision-making processes in administrative organization*, cit., p. 118

²⁰⁴ United States Declaration of Independence, paragraph 1, 1776

felicità”, il quale potrebbe implicare una oggettiva individuazione, configurazione o somministrazione della stessa per mano delle pubbliche istituzioni.

È a partire da questo inquadramento generale che ci si dovrà muovere per comprendere la qualificazione giuridica e le forme giuridiche che il *nudging* può assumere e per stabilire se e in quale misura esso possa essere attuabile ed eventualmente giustiziabile in Italia.

Bisogna innanzitutto considerare che le tecniche comportamentali su cui si fonda il *nudge* possono venire a contatto con il Diritto in diverse modalità: esse, ad esempio, possono prendere la forma di provvedimenti che pongono pungoli in determinati contesti in cui i cittadini decidono, ma possono anche essere alla base di interventi normativi rivolti a privati perché inseriscano pungoli nei loro prodotti, oppure ancora possono diventare strumenti fondamentali di analisi *ex ante* ed *ex post* dell’efficacia di atti di regolazione nell’ottenere i risultati voluti sui suoi destinatari²⁰⁵.

L’approccio comportamentale è quindi potenzialmente pervasivo una volta fatto proprio dalla cultura giuridica di un paese, in quanto può diventare una prospettiva per cui guardare a ogni prodotto dell’ordinamento, quale che sia la sua natura formale. Tale approccio poggia, infatti, su un elemento imprescindibile per la reale effettività ed efficacia del Diritto, indicando e analizzando la sfera dell’“essere”, anziché quella del “dover essere”.

Rientra in questo modo in una nuova tendenza, la *evidence-based regulation*²⁰⁶, che mira a rafforzare nel *policy making* l’attinenza con le vere dinamiche (anche umane) che connotano il reale. Questa si potrebbe vedere come un recente inveramento del brocardo di Luigi Einaudi «conoscere per deliberare», volto a fare proprie le risultanze di tutte le discipline utili allo scopo.

Stando ai dati dell’OECD, al maggio del 2023, sono state censite nel mondo 300 istituzioni in 63 diversi Paesi, che applicano la scienza comportamentale alle politiche pubbliche, tra cui 200 pubbliche, inserite organizzazioni del governo di 56 Paesi²⁰⁷.

Nel Regno Unito è stata istituita nel 2010 la *Behavioural Insights Team*, anche detta «*Nudge Unit*», inizialmente inserita organicamente nell’esecutivo in seguito divenuta

²⁰⁵ VELLA F., cit., pp. 80-86

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ VARAZZANI C., HUBBLE C., *Mapping the global behavioral insights community*, OECD, Observatory of Public sector innovation, 2023, <https://oecd-opsi.org/blog/mapping-behavioural-insights/>

una società benefit privata che collabora a livello internazionale con molti governi²⁰⁸. Essa applica la teoria dei *nudges* di Sunstein e Thaler (quest'ultimo ha anche lavorato al suo interno) e si fa sostenitrice, con pareri e rapporti, di una amministrazione più efficace e responsiva nei confronti dei cittadini grazie alle scienze comportamentali²⁰⁹. C'è chi ha sostenuto che anche l'analisi costi-benefici delle politiche pubbliche, nella sua forma tradizionale, sia superata di fronte a simili applicazioni delle *behavioral sciences*, nel senso che essa risulterebbe troppo teorica, astratta e non calata nella realtà dei meccanismi decisionali degli individui²¹⁰.

Anche negli Stati Uniti è stato istituito un apposito White House Office of Information and Regulatory Affairs, alla guida del quale è stato anche Sunstein, che ha portato avanti l'approccio in parola. Con l'Executive Order n. 13707 del 2015, che è diventato un esempio universale per una revisione della regolazione in chiave comportamentale, il Presidente Obama ha inoltre istituito una specifica Social and Behavioral Sciences Team²¹¹, all'interno del National Science and Technology Council, che è stata posta ad ausilio di diversi dipartimenti e agenzie governative. Da questo ampio utilizzo si è vista inoltre un'espansione di queste modalità integrative del processo regolatorio a molte amministrazioni locali²¹².

Anche l'OECD, che offre minuziose analisi sulla regolazione nel mondo, afferma che «*by relying on conventional models of human action, regulators can fail to consider behavioural barriers and biases that limit the effectiveness of implementation of regulatory policy*» e aggiunge che «*every regulation is inevitably and experiment*»²¹³.

Una simile posizione si fa strada nell'Unione Europea, dove la Commissione include l'approccio comportamentale nella *toolbox* (cioè “cassetta degli attrezzi”) delle sue *Better Regulation Guidelines*²¹⁴, che propongono un approccio sperimentale ed *evidence-based* della regolazione, incentrato su una verifica *ex ante* ed *ex post*.

²⁰⁸ <https://www.bi.team/about-us-2/who-we-are/>

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ BOSCHI M., LAMBIASE F., *Nudging. Il contributo di Thaler alla scienza economica e alcuni riflessi dell'economia comportamentale sulla valutazione delle politiche pubbliche*, in *Dossier Esperienze*, Ufficio di Valutazione Impatto del Senato della Repubblica, 2018, pp. 9-11

²¹¹ PASSILONGO A., *Nudging: legittimità e prospettive per l'applicazione in Italia*, Università degli Studi di Trento, Bio-Law Selected Student Papers n. 32

²¹² VELLA F., cit., p. 88

²¹³ OECD, *Regulatory Policy Outlook*, Parigi, OECD Publishing, 2021

²¹⁴ EU, *Better Regulation Guidelines*, Bruxelles, European Commission, 2021

Sempre la Commissione europea ha istituito nel 2019 il Competence Center on Behavioural Insights, che dialoga con diversi dipartimenti. Il metodo UE sarebbe definito dal cd. “*DO IT approach*” (*Define, Observe, Identify, Test*)²¹⁵.

Uno schema di verifica preventiva e successiva è previsto in Italia, dove ci si avvale delle cd. AIR (Analisi Impatto Regolazione) e VIR (Verifica Impatto Regolazione) che tuttavia hanno avuto un’applicazione difficoltosa²¹⁶. Se invece questi strumenti venissero adeguatamente sfruttati, vi sarebbe spazio per una regolazione accorta anche sul piano comportamentale, oltre che per un modello decisionale che non si arresta nel momento della adozione delle regole ma prosegue nel monitoraggio delle loro dinamiche effettive²¹⁷.

In Italia, nel 2020, il Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri ha istituito il TAC (Team di Analisi Comportamentale) che «mette gli strumenti delle scienze cognitive e comportamentali a servizio non solo delle politiche pubbliche, ma anche dell'intero apparato amministrativo». Questo approccio, secondo la pagina dedicata al TAC sul sito del Governo, «definisce il carattere innovativo del TAC quale promotore della Behavioral Public Administration (BPA), nei riguardi della Pubblica Amministrazione italiana ed all’interno dell’organizzazione»²¹⁸.

Tra gli obiettivi rientrano: il potenziamento dell’efficacia del decision-making individuale e collettivo, fornendo strategie utili per il superamento di bias e distorsioni dei processi decisionali; Il miglioramento della soddisfazione lavorativa dei dipendenti pubblici; la promozione dell’identificazione nei valori istituzionali della organizzazione; l’incremento delle attitudini al pensiero critico e innovativo; il contrasto alla resistenza al cambiamento e al *decision making* difensivo; la promozione dell’adozione di pratiche di sicurezza psicologica; il miglioramento dei rapporti tra la pubblica amministrazione e il cittadino²¹⁹.

Il TAC è dotato ad oggi di cinque esperti e di un responsabile scientifico e ha portato a termine una prima iniziativa legata al progetto “Partecipazione di cittadini ed utenti al

²¹⁵ AFFINITO M., ANTENUCCI D., REPACI G., *L’economia comportamentale e la neurofinanza nelle autorità per la tutela bancaria e finanziaria: l’esperienza internazionale*, in VELLA F., cit., pp.71-76

²¹⁶ PUGLIESE S., *Focus. L’AIR e la VIR nel 2019. La relazione del Governo alle Camere*, collana *Relazioni alle Camere*, Servizio per la qualità degli atti normativi e Osservatorio sull’attuazione degli atti normativi del Senato della Repubblica, marzo 2021

²¹⁷ VELLA F., cit., p. 83

²¹⁸ Presidenza del Consiglio dei Ministri, Portale della Performance, <https://performance.gov.it/team-di-analisi-comportamentale>

²¹⁹ Ibid.

processo di misurazione della performance organizzativa e valorizzazione della performance individuale come strumento di gestione delle risorse umane” - Linea 2: “Sperimentazione di modelli e strumenti innovativi di motivazione comportamentale per la valorizzazione delle performance individuali”²²⁰.

Da quanto emerge, siamo ancora lontani da una diffusione capillare nel nostro sistema delle pratiche alle quali è assegnato il TAC, che ha agito per ora secondo specifici “progetti” e non è stato impiegato a tutto campo in sede di regolazione.

Anche la Consob, nel 2014 si è dotata di un Osservatorio che raccoglie dati su conoscenze finanziarie, attitudini ed errori di razionalità dei decisori finanziari italiani. Tale ufficio, che rientra tra i *behavioural insights teams* censiti dall’OECD²²¹, attua sperimentazioni e produce rapporti sulle dinamiche comportamentali a cui sono improntate le relazioni tra gli attori del mercato. Questi strumenti sono posti al servizio degli scopi istituzionali della Consob e riguardano, ad esempio, le scelte dei consumatori, la relazione tra il cliente e l’intermediario finanziario, la consulenza finanziaria e la diffusione delle conoscenze finanziarie²²².

Il settore delle Autorità per la tutela della clientela bancaria e finanziaria è ricco, a livello internazionale, di esperienze che si fondano sugli studi del comportamento. Per citarne alcune fra le principali: negli Stati Uniti, l’unità Decision-Making and Behavioral Studies del Consumer Financial Protection Bureau; in Australia, un apposito ufficio in seno alla Australian Securities and Investments Commission, la quale ha adottato lo slogan *Regulate for real people*; nel Regno Unito, la Behavioural Economics and Design Unit della Financial Conduct Authority²²³.

Abbandonando la descrizione del *nudging* come strumento per una regolazione più ancorata al reale, si può tornare al tema delle forme giuridiche che esso può assumere.

Il *nudging* può essere non solo una modalità di “spingere” verso una scelta ma può anche essere il contenuto, nonché la ratio, di un atto normativo.

Per esempio, nel 2012 il Sindaco di New York vietò la vendita in grandi contenitori di bevande con alti livelli di zucchero, in quanto il *nudging* insegna che quando la confezione è piccola le persone tendono a ridurre il consumo del prodotto. La Corte

²²⁰ Ibid.

²²¹ VARAZZANI C., HUBBLE C., cit.

²²² LINCIANO N., *La finanza comportamentale: l’esperienza della Consob*, in VELLA F., cit., pp. 118-124

²²³ AFFINITO M., ANTENUCCI D., REPACI G., cit., p.74

Suprema di New York fermò con una sua sentenza l'applicazione della regola definendola «*arbitrary and capricious*» oltre che base per la creazione di un «*administrative Leviathan*», nonché esondante dai poteri del sindaco in materia di salute²²⁴. La base della decisione è di particolare interesse, perché non si concentra solo sul danno ai produttori, che avrebbero dovuto modificare le proprie confezioni e che sarebbero stati i diretti destinatari della previsione, ma si spinge ad affermare che illegittima sarebbe la restrizione della libertà dei consumatori che sarebbe derivata da quella normativa²²⁵. Così facendo la decisione va a colpire, oltre alla regola normativa, uno dei punti di snodo del dibattito sul *nudge*, affermando la natura di imposizione che assumerebbero i pungoli posti dagli architetti delle scelte.

Non è quindi intangibile l'assunto che, a patto che non vi sia la esplicita imputazione di una conseguenza alla violazione della regola, il *nudge* abbia natura extragiuridica o non restrittiva della libertà di scelta.

Anche in Italia per alcuni emerge un elemento può far percepire *ictu oculi*, nelle applicazioni del paternalismo liberale, qualcosa di non totalmente extragiuridico e intoccabile dalle giurisdizioni. Tale elemento è la presenza di una prassi, quella dell'architetto delle scelte, «che si realizza in modo organizzato, razionale, sistematico e continuativo nei confronti di una pluralità di soggetti» per cui «si materializza davanti al giurista un fenomeno di esercizio del potere che non può essere considerato indifferente per il diritto»²²⁶. In effetti, è vero che il *nudging* potrebbe essere utilizzato, come hanno ipotizzato alcuni, per ridurre l'ipertrofia legislativa²²⁷ o più in generale le regole vere e proprie, ma è anche vero che questa retrocessione dei pubblici poteri dalla vita delle persone potrebbe rivelarsi solo apparente o addirittura il cavallo di Troia per una affermazione di una visione del mondo centralizzata, che affermi un suo modello di società tramite condizionamenti per lo più inconsci.

Non siamo ancora giunti a un livello di pervasività di questi temi nel nostro ordinamento tale da rendere questo tema ben sedimentato nella dottrina e nella

²²⁴ BATEMAN- HOUSE A., RONALD BAYER R., COLGROVE J., FAIRCHILD A. L., *Free to consume? Anti-paternalism and the politics of New York City's soda cap saga*, in *Public Health Ethics*, 2018, n. 1, pp. 45-53

²²⁵ CZARNEZKI J., *New York City rules! Regulatory models for environmental and public health*, in *Hastings Law Journal*, 2015, n. 6, pp. 1621-1660

²²⁶ ZITO A., *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, ESI, 2023

²²⁷ PASSILONGO A., cit., p. 12

giurisprudenza, anche se non è difficile, grazie al dibattito esistente e ad alcuni dati anche giuridici, prevedere quali saranno le direttrici principali su cui ci si orienterà.

C'è chi ha affermato la necessità di una legittimazione dei pungoli con misure a pieno titolo ordinamentali²²⁸, ma anche chi ha evidenziato un necessario rispetto da parte del *nudging* dell'art. 8 CEDU²²⁹, «sul rispetto della vita privata e familiare», con la necessità di previsioni che consentano un accesso alla giurisdizione in caso di abusi²³⁰. La nozione di vita privata e familiare dell'art.8 è infatti considerata aperta dalla Corte EDU, essendo in essa ricompreso, fra l'altro, il diritto all'autonomia e allo sviluppo individuale, che si presta ad essere un limite all'utilizzo indiscriminato del *nudge*. In particolare, gli unici casi in cui si ammette eccezionalmente che una pubblica autorità interferisca con tale diritto sono quelli tassativamente indicati nel citato articolo.

Proprio su questo punto, si è espressa La Corte di Giustizia delle Comunità Europee rimarcando che «in tutti i sistemi giuridici degli stati membri, gli interventi dei pubblici poteri nella sfera di attività privata di ogni persona devono essere fondati sulla legge ed essere giustificati dai motivi contemplati dalla legge. Questi sistemi prevedono per tanto, seppure con modalità diverse, una protezione nei confronti di interventi arbitrari o sproporzionati. L'esigenza di una siffatta protezione deve quindi essere ammessa come un principio generale del diritto comunitario»²³¹. Partendo da questa affermazione nascerebbe l'esigenza di assicurare la proporzionalità delle misure paternalistico-libertarie secondo il dettato dell'art. 52 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea²³², sottoponendo i *nudges* posti in essere dai pubblici poteri a un test di bilanciamento tra autonomia individuale e obiettivi virtuosi perseguiti²³³.

²²⁸ CASSESE S., *Exploring the legitimacy of nudging*, in KEMMERERR C., MOLLERS M., STEINBEIS M., WAGNER G (a cura di), *Choice architecture in democracies*, Baden-Baden, Nomos, 2013

²²⁹ Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, art. 8, che afferma: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.»

²³⁰ PASSILONGO A., cit., p. 12

²³¹ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, cause riunite C-46/87 e C-227/88, *Hoechst AG v. Commissione delle Comunità Europee*, 21 settembre 1989, paragrafo 19

²³² Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, art. 52: «1. Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. 2. I diritti

Per individuare quali sono gli elementi che possono essere utilizzati per valutare l'ammissibilità e l'appropriatezza di singoli pungoli possiamo fare riferimento, a titolo esemplificativo, all'elencazione di principi fatta da Sunstein e Reish per consentire ad essi di superare le censure di test giurisdizionali come quelli appena visti. I punti inclusi nella lista sono i seguenti: 1) obbligo di interventi che promuovano finalità legittime e rispettose dell'ordinamento; 2) rispetto dei diritti individuali; 3) rispetto dei valori e degli interessi dei destinatari; 4) esclusione di misure manipolatorie; 5) necessità di un consenso se l'intervento è teso a far trasferire beni da un soggetto a un altro; 6) la trasparenza²³⁴.

L'ultimo punto assume una particolare rilevanza nel raffronto tra i pungoli e le norme imperative. Infatti, gli stessi fautori del *nudging* dimostrano di essere coscienti del fatto che molti preferirebbero norme imperative, magari severe ma evidenti, rispetto a condizionamenti occulti. Sul punto essi rispondono che se un pungolo non fosse visibile, non sarebbe un pungolo e che molti degli esempi da loro proposti consistono in etichette, cartelli o avvertenze, che devono essere ben evidenti per funzionare. Loro stessi però non nascondono che molti pungoli, come quelli architettonici, ma anche alcuni di quelli ora citati, sono sì visibili, ma non ne è reso evidente il motivo sotteso. Anche per questo è doveroso che l'impiego di simili strumenti sia accompagnato da un procedimento evidente, trasparente e accessibile, secondo un principio di pubblicità²³⁵.

Il vero male che potrebbe rendere certe "tecniche di spinta" manipolatorie risiede invece, per Thaler e Sunstein, in un altro nemico che può davvero limitare la libertà: si tratta del cosiddetto *sludge*, in italiano «pantano», che nasce quando una procedura aggiunge inutili oneri e passaggi che rendono un compito gravoso burocraticamente o quando in generale l'interfaccia che ci viene proposta è opaca o mira a forzare un'opzione che invece dovrebbe essere libera²³⁶.

riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti. 3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa.»

²³³ PASSILONGO A., cit., p. 9

²³⁴ SUNSTEIN C. R., REISCH L.A., *Trusting nudges: toward a bill of rights for nudging*, Routledge, 2019

²³⁵ SUNSTEIN C. R., THALER R. H., cit., pp. 299-303

²³⁶ Ibid.

Pur restandone in parte distinti, i *nudges* si inseriscono in un contesto generale di proliferazione di strumenti di influenza legati al cd. *soft power*, che ha come sue emanazioni la *soft law* e la *soft regulation*, le quali possono assumere diverse forme (raccomandazioni, comunicazioni, libri bianchi, linee guida ecc...) e possono talora assumere rilievo in giudizio, ad esempio per valutare il grado di diligenza di un soggetto o di una organizzazione, stanti le più aggiornate evidenze e buone pratiche professionali in un determinato campo. Tali fonti non sono vincolanti in senso stretto, ma sulla base della convinzione della bontà del loro contenuto e dell'autorevolezza del soggetto che le pone²³⁷.

Una accettazione dell'idea che possano essere in un certo senso restrittive della libertà di agire anche fonti non vincolanti è stata offerta dalla Corte Costituzionale italiana in materia di vaccini raccomandati ma non obbligatori, in ragione, nel caso specifico, del fatto che «in ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo» giacché «nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione ed obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici»²³⁸.

In conclusione, il *nudging* è poliedrico e i confini del Diritto sembra si avviino ad essere sempre più sfumati. I ragionamenti sulla sua categorizzazione giuridica dei *nudges* non possono prescindere da una attenta e differenziata analisi delle loro singole manifestazioni. Ciò che appare sempre più presente nel dibattito è comunque la percezione che questi possano influire sia sulla qualità che sulla quantità dei poteri esercitati dalle Istituzioni per indirizzare la vita degli individui e delle formazioni sociali.

4.2 Applicazione *bottom-up*, comprendere il sistema: un utilizzo delle scienze comportamentali nel dialogo con il Potere amministrativo.

Anche l'agire amministrativo può essere considerato un comportamento ed è essenzialmente il comportamento dei singoli che sono inseriti nelle organizzazioni

²³⁷ RAMAJOLI M., *Nudge e i poteri pubblici*, in VELLA F., cit., p. 93-94

²³⁸ Corte Costituzionale, Sentenza n. 5/2018

amministrative, unito a quello delle organizzazioni stesse nel loro complesso²³⁹, in particolare tramite quegli uffici-organo titolati ad esternarne la volontà²⁴⁰.

Nell'ottica della formazione pluridisciplinare che il giurista deve avere per orientarsi nel viscoso mare dell'effettività, le analisi comportamentali potrebbero essere preziose nel delineare buone strategie professionali che consentano di dialogare con la pubblica amministrazione in maniera proficua. Si tratta di apprestare in ogni direzione vie di ricerca che diventerebbero ancor più attuali se davvero, come si è detto –e come abbiamo in parte saggiato *supra*– «administrative law is set to enter the behavioural era»²⁴¹.

Siamo ancora lontani dalla produzione di un corposo filone di studi, fondato sulle scienze comportamentali, su quali convenga adottare, nell'effettività, tra tutti i comportamenti e gli strumenti che l'ordinamento mette a disposizione: queste riflessioni sono perlopiù lasciate all'esperienza pluriennale o all'intuito del buon avvocato o operatore del Diritto, mentre potrebbero diventare centrali in una apertura della scienza giuridica ai funzionamenti materiali e sociali del reale.

Si tratta di superare una concezione astratta ed etica dello Stato, per concepire le sue diramazioni come gruppi di esseri umani in carne e ossa.

Fondamentale sarebbe per una comprensione di molte dinamiche e tendenze relative al lavoro di questi gruppi umani, una vera analisi quantitativa dell'amministrazione e della giustizia amministrativa in Italia, esigenza segnalata in dottrina, ma che non ha visto adeguati sforzi di attuazione²⁴². Questa analisi sarebbe utile anche per l'utilizzo di algoritmi di previsione degli esiti procedimentali, in tutto simili a quegli algoritmi di giustizia predittiva che consentono ormai di prevedere l'esito di una domanda posta a un organo giudicante²⁴³.

Ipotizzando una definizione originale, si potrebbe dire che i pubblici impiegati e le amministrazioni possano assumere, di volta in volta, una determinata “postura” o

²³⁹ SIMON H. A., *Administrative behavior. A study of decision-making processes in administrative organization*, cit., pp. 17-18

²⁴⁰ GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 142

²⁴¹ ALEMANNI A., SPINA A., *Nudging legally on the checks and balance of behavioural regulation*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, n. 2, pp. 429-459

²⁴² DELLA CANANEA G., DUGATO M., MARCHETTI B., POLICE A., RAMAJOLI M., *Manuale di Diritto amministrativo*, Giappichelli, 2022, p. 51

²⁴³ Per un approfondimento del caso di impiego di algoritmi di giustizia predittiva a Brescia: <https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/giustizia-predittiva-cosi-a-brescia-lintelligenza-artificiale-aiuta-a-prevedere-tempi-e-esiti-delle-cause/>

“prosemica” nei confronti dell’interlocutore, che è una somma di atteggiamenti, anche molto influenti sulla vita del cittadino e sul risultato finale del procedimento, che non sono però necessitati da alcuna ricognizione normativa²⁴⁴. Avere strumenti per interpretare questa postura, sicuramente non giuridica o comunque para-giuridica, avrebbe però una importante rilevanza.

Non si può che partire dall’assunto che il soggetto che siede a vario titolo in un pubblico ufficio sia, in quanto umano, descrivibile nei suoi processi mentali dalle risultanze degli studi sulla razionalità limitata sin qui visti²⁴⁵. Si è affermato che per ogni *bias* identificato per gli individui ve ne sia uno corrispondente nella sfera pubblica²⁴⁶. Proprio per questo nei successivi due capitoli (capitolo II e capitolo III) si evidenzierà cosa possano dare gli studi comportamentali al Diritto amministrativo, visto innanzitutto come Diritto vocato a far rispondere i pubblici poteri del loro agire e, quindi, del loro comportarsi. Queste lo doterebbero di una modalità più raffinata e “accessoriata” di vagliare l’esercizio del potere amministrativo.

In questo caso, il soggetto-modello da definire sarà il cd. *Behavioral bureaucrat*²⁴⁷, ovvero il “burocrate comportamentale”.

Il primo tema da affrontare è quello del movente personale dell’agire dei pubblici impiegati, aspetto che si avrà modo di approfondire *infra* con riguardo alla discrezionalità amministrativa²⁴⁸. Basti per ora segnalare che, in special modo in ambito anglosassone, il modello del pubblico impiegato come razionale attuatore del Bene comune è stato dapprima confutato dalla *Public Choice Theory* (che lo ha accostato all’*homo economicus* massimizzatore della propria utilità), successivamente dalla *Behavioral Public Choice Theory* (che ne ha contestato in senso lato la razionalità, oltre che la propensione per la affermazione degli interessi pubblici)²⁴⁹.

La dinamica più osservata con riguardo al comportamento dei decisori e degli impiegati pubblici è quella relativa al loro rapporto con l’organizzazione di appartenenza.

²⁴⁴ Cfr. VIOLA F., ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 294-298

²⁴⁵ IP E. C., *Debiasing regulators: the behavioral Economics of US administrative Law*, in *Common Law World Review*, SAGE Publications, 2017, vol. 46, fasc. 3, p. 187

²⁴⁶ SUNSTEIN C. R., SCHKADE D., ELLMAN L. M., SAWICKI A., *Are judges political? An empirical analysis of the federal judiciary*, Washington DC, The Brookings Institution, 2006, p. 119

²⁴⁷ IP E. C., *Behavioral public choice Economics and the Law*, Springer Nature Singapore, 2022, pp. 51-55

²⁴⁸ Vd. Capitolo III

²⁴⁹ IP E. C., *Behavioral public choice Economics and the Law*, cit., pp. 5-6

Secondo Simon l'influenza dell'organizzazione amministrativa sull'individuo che ne entra a far parte può essere vista sotto due diversi aspetti: gli stimoli che la prima dà al secondo e la predisposizione del soggetto verso quegli stimoli, dalla quale dipendono le sue risposte decisionali²⁵⁰. Le modalità di influenza sulle decisioni singole sarebbero quindi sia interne che esterne al soggetto e possono essere così elencate: autorità; modalità comunicative; formazione; propensione all'efficienza; identificazione (anche detta "lealtà organizzativa")²⁵¹. Queste influiscono, secondo il premio Nobel, principalmente sugli ingredienti fondamentali di ogni decisione organizzativa, che sono le premesse fattuali e le premesse di valore, in questo modo in parte "preconfezionate" dall'istituzione di appartenenza.

Di tutte le modalità di influenza quella della autorità è individuata come il vero spartiacque tra il comportamento dell'individuo all'interno dell'organizzazione e il comportamento che questi tiene al di fuori della stessa²⁵². È nell'ambito dell'organizzazione innervata dal principio di autorità che si dispiega, con un coinvolgimento degli altri fattori di influenza elencati, quel coordinamento comune che può giungere a formare una cd. "mente di gruppo". Con questo non si fa (solo) riferimento al già visto fenomeno del *group think* decisionale nei collegi, ma ci si riferisce a quell'agire e a quella mentalità comune che fanno comportare l'organizzazione come un singolo soggetto pensante, pur con diversi gradi di accettazione da parte dei singoli componenti²⁵³. È qui che può trovare vera concretezza e adesione alla realtà lo sforzo scientifico che si auspica in principio a questo paragrafo: sarà fondamentale stabilire i sintomi delle tendenze e delle propensioni della singola struttura o unità amministrativa con cui si sta dialogando, per stabilire come far collimare le proprie istanze con tali funzionamenti; in secondo luogo sarà necessario tracciare i fondamenti di un approccio con i singoli individui che influiscono sul risultato auspicato e tale approccio dovrà essere dotato dalla scienza comportamentale dell'amministrazione di una struttura teorica e pratica, che dia una nuova professionalità e scientificità a chi assiste i portatori di interessi. Pare necessario che simili competenze convergano nella figura dell'avvocato, capace unirle alla propria competenza

²⁵⁰ SIMON H. A., *Administrative behavior. A study of decision-making processes in administrative organization*, cit., p. 177

²⁵¹ Ibid.

²⁵² Ibid.

²⁵³ Ivi, p. 178

strettamente giuridica e di gestire la eventuale prosecuzione della vicenda procedimentale nel terreno del contenzioso.

È proprio la scientificità dell'approccio umano a quelle situazioni dove si confrontano diverse posizioni di interesse a essere il fondamento degli studi sulla negoziazione, che sono ormai inseriti nell'orbita delle facoltà di Giurisprudenza. Tali studi possono dare fondamento scientifico a diverse riforme sugli strumenti di Alternative Dispute Resolution attuate in Italia e in altri ordinamenti, che hanno già modificato in certa misura l'impostazione delle professioni forensi²⁵⁴.

4.3 La scienza della negoziazione come scienza comportamentale delle relazioni: sfide e opportunità per la composizione dei conflitti amministrativi.

La “rivoluzione copernicana” che la scienza della negoziazione vuole portare alle professioni forensi parte essenzialmente da una focalizzazione sulle vere radici delle situazioni di conflitto. Per conflitto essa intende non solo ciò che rileva –in quanto patologico– per il Diritto e la giurisdizione, ma ogni situazione in cui si debbano incontrare e in cui debbano dialogare portatori di distinti interessi²⁵⁵.

Viene così in rilievo agli occhi del giurista ciò per cui questi è da secoli cieco: il mero interesse, che non assurge necessariamente a situazione giuridica soggettiva esplicitamente riconosciuta dall'ordinamento, ma che è necessario alla risoluzione del problema, in quanto fulcro sostanziale della situazione di conflitto²⁵⁶.

Tale prospettiva non esclude il Diritto, né lo mutila, bensì mira a completarlo e a distogliere il giurista dalla limitante prospettiva del momento patologico e del solo utilizzo di strumenti che fanno appello alla decisione giurisdizionale garantita dallo Stato quale monopolista della forza.

Il Diritto nasce come strumento di risoluzione dei conflitti ben più ordinato e confacente al vivere civile rispetto alla legge del più forte, ma ciò che viene contestato è che le vie

²⁵⁴ COSI G., (prefazione di), in MONORITI A., *Dall'ordine imposto all'ordine negoziato*, Giappichelli, 2023, pp. XIII-XIV;

MONORITI A., GABELLINI R., *NegoziAzione. Il manuale dell'interazione umana*, Milano, Giuffrè, 2023, p. XVII-XXI

²⁵⁵ Ivi, pp. 6-10

²⁵⁶ Ivi, pp. 18-22

del Diritto siano sempre le migliori, in assoluto, per risolvere in concreto i problemi delle parti.

Il risultato a cui può tendere l'operatore del Diritto non sarà più solo la decisione, ma anche –e in primo luogo– l'accordo²⁵⁷.

L'accordo diventa il luogo in cui si condensa il risultato di una volontà precisa delle parti: quella di non bruciare valore, come inevitabilmente si farebbe in giudizio. L'obbiettivo è anzi tradotto in positivo: il buon accordo sarà quello capace di portare il massimo valore possibile e la sua ottimale spartizione tra le parti in gioco (nel caso del Diritto amministrativo, tra tutte le parti pubbliche e private). Caratteristica fondamentale della risoluzione dei conflitti con accordo in luogo di decisione è proprio il fatto che venga messa da parte la logica della soccombenza, che caratterizza la giurisdizione come “gioco a somma zero”, in favore della ricerca del cd. *ottimo paretiano*. Quest'ultimo rappresenta la situazione ottimale dove i partecipanti riescono a raggiungere il proprio maggiore soddisfacimento *in quanto* (e non *nonostante*) siano riusciti a contemplare e accettare l'accrescimento del valore comune a tutti i soggetti coinvolti nella negoziazione²⁵⁸, anche andando apparentemente a sacrificare la strenua ricerca del proprio interesse (che porterebbe invece al cd. *equilibrio di Nash*²⁵⁹).

Il giurista arricchisce quindi il suo ambito professionale ed espande la sua qualifica da esperto di contenzioso o di conformità all'ordinamento, a risolutore di questioni capace di agire con mano –e direttamente– sulle radici. Questa operazione presuppone innanzitutto la capacità di “decostruire” e “ricostruire” il *thema decidendum* rispetto a come esso sarebbe stato “confezionato” in un ambito in cui importa solo il giuridicamente rilevante²⁶⁰. Difatti, quando si apre lo sguardo al conflitto nel suo insieme, al di là della sua astrazione giuridica, è inevitabile che cambino anche i *petiti* a cui si dovrà dare risposta. Anzi, il vantaggio operativo sarà proprio quello di non essere vincolati a un *petitum*²⁶¹.

Anche la prospettiva temporale muta, seguendo questa direttiva. Difatti, se ci si focalizza sulla risoluzione del conflitto e sull'accordo, lo sguardo delle parti sarà

²⁵⁷ MONORITI A., *Dall'ordine imposto all'ordine negoziato*, cit., pp. 6-12

²⁵⁸ Ivi, pp. 28-34

²⁵⁹ Ivi p. 18

²⁶⁰ Ivi, p. 54

²⁶¹ Ibid.

costruttivo verso il futuro, anziché orientato a scandagliare e sanzionare i fatti passati in cerca di responsabilità e ragioni²⁶².

La figura del negoziatore è stata in Italia riconosciuta dalla Suprema Corte di Cassazione che, facendo propri i termini della scienza della negoziazione, in Cass. Civ. n. 8473/2019, ha segnalato (riferendosi al contesto della mediazione) l'esigenza di una «figura nuova» che assume «un ruolo in parte diverso» rispetto a quello dell'«avvocato esperto in tecniche processuali che 'rappresenta' la parte in processo». Tale figura dovrà acquisire, secondo la Cassazione, «ulteriori competenze di tipo relazionale e umano, inclusa la capacità di comprendere gli interessi delle parti al di là delle pretese giuridiche avanzate».

Le sedi che si prestano, in ambito amministrativo, a un approccio scientifico alla negoziazione sono molteplici e meriterebbero un approfondimento caso per caso. Il procedimento amministrativo stesso, in tutte le sue forme, ha tutte le caratteristiche sostanziali di una negoziazione. È negoziazione –nel senso di relazione tra portatori di interessi– la richiesta di riconoscimento degli interessi legittimi, sia oppositivi che pretensivi; è negoziazione ogni forma di contraddittorio e di apertura del procedimento a ulteriori soggetti in grado di avanzare pretese o aumentare la cognizione dei decisori; è caratterizzato da negoziazione, evidentemente, il rapporto tra i contraenti pubblici e privati nelle forme e nei modi stabiliti dal Codice dei Contratti Pubblici (nei due momenti precedente e successivo alla stipula), ma più in generale ogni procedura di evidenza pubblica²⁶³. Sede che si presterebbe a esemplare luogo di impiego delle tecniche di negoziazione è, sempre a titolo esemplificativo, la conferenza di servizi.

Orbene, tutte queste sedi di incontro vedono partecipi individui che è fortemente probabile non abbiano incontrato un approccio scientifico alla negoziazione, se non per personale iniziativa di ricerca o fortunate vicende di formazione accademica.

La embrionale e circoscritta offerta delle accademie sul tema, fa pensare al rischio che la scarsa dimestichezza dei funzionari pubblici e degli attori privati con questi strumenti porti a risultati ben lontani dal cd. ottimo paretiano e quindi dalla migliore valorizzazione degli interessi coinvolti (compresi quelli pubblici!).

²⁶² MONORITI A., *Ubi societas, ibi pactum. La transizione verso l'interazione umana*, Federalismi.it, 2024

²⁶³ Cfr. COTZA P., *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica*, tomo I, Napoli, Jovene Editore, 2007, pp. 30 e 32

A tutti questi campi di impiego esistenti si aggiunge l'annoso tema *de jure condendo* della mediazione amministrativa.

Il tema di maggiore discussione a riguardo è quello della presunta indisponibilità/non negoziabilità dei pubblici interessi, che escluderebbe la possibilità di “trattare” in ambito amministrativo. Questa tesi è ritenuta da buona parte della dottrina un dogma superato²⁶⁴, soprattutto se si considera il percorso concettuale fatto dal diritto positivo.

La legge prevede già, infatti, accordi modificativi o sostitutivi di provvedimenti amministrativi. L'art. 11 della l. 241/1990, rubricato con il titolo “Accordi integrativi o sostitutivi del procedimento”, recita: «l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo». Questa disposizione va integrata con le previsioni della l. 15/2005, che hanno espanso il suo ambito di applicazione, in principio limitato –al contrario di oggi– ai soli casi espressamente previsti dalla legge.

Altrettanto superata è ritenuta la tesi cui la asimmetria del rapporto PA-cittadino sarebbe ostativa a una applicazione dell'istituto della mediazione. Si deve infatti ricordare che la parte pubblica è solo funzionalmente e non gerarchicamente asimmetrica nei confronti del privato²⁶⁵.

La partecipazione a mediazioni non sarebbe, comunque, fatto nuovo per le amministrazioni, che già ad oggi sono chiamate a prendervi parte quando si trovano in causa per controversie civili e commerciali rientranti nella disciplina di cui al D. Lgs. 28/2010. È tuttavia da segnalare come il comportamento degli Enti pubblici sia stato cauto fino al punto di vanificare l'adesione degli stessi al procedimento, perlopiù, si pensa, per la paura da parte dei responsabili incaricati di incorrere in responsabilità erariale²⁶⁶. Per ovviare a questo, la riforma Cartabia, con l'art. 1, comma 2, lettera G della L. 206/2021 prevede che «per i rappresentanti delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, la

²⁶⁴ VOLPE C., *Mediazione e giudizio amministrativo*, <https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/147937/Mediazione.docx/319a6a6a-bb4e-535c-fe48-1651284ac0ea?version=>, 2018, p. 3

²⁶⁵ Ivi, p. 3

²⁶⁶ BOZZOLI D., *Mediazione e Pubblica Amministrazione alla luce della riforma della Ministra Cartabia*, <https://www.101mediatori.it/approfondimenti-mediazione/mediazione-e-pubblica-amministrazione-alla-luce-della-riforma-della-ministra-cartabia-1145.aspx>, 2022

conciliazione nel procedimento di mediazione ovvero in sede giudiziale non dà luogo a responsabilità contabile, salvo il caso in cui sussista dolo o colpa grave, consistente nella negligenza inescusabile derivante dalla grave violazione della legge o dal travisamento dei fatti». Tale norma appare in linea con principi di risoluzione stragiudiziale delle controversie già presenti nel diritto amministrativo; si pensi ad esempio al codice dei contratti pubblici dove si rinvengono rimedi alternativi alla giurisdizione tra cui l'accordo bonario (art. 210 e 211 del D. Lgs. 36/2023), la Transazione (art. 212 del D. Lgs. 36/2023), l'Arbitrato (art. 213 del D. Lgs. 36/2023), la Camera arbitrale (Art. 214 del D. Lgs. 36/2023), i Pareri di precontenzioso dell'ANAC (Art. 220 del D. Lgs. 36/2023).

In conclusione, la scienza della negoziazione, che è scienza comportamentale delle relazioni tra portatori di interessi, non sembra aver avuto, ad oggi, un impiego adeguato alle sue potenzialità. Essa si presta anzi, come ambito formativo che potrebbe risultare cruciale per superare gli stalli o gli arenaggi a cui sovente approdano procedure, come la conferenza di servizi, in cui approcci inadeguati di mero comportamento non giuridicamente rilevante degli attori coinvolti possono pregiudicare la qualità dell'esito finale. È infatti indubbio che un vero superamento della logica di una contrapposizione nel rapporto della Pubblica Amministrazione con il privato verso un approccio consensuale²⁶⁷, non può prescindere da una partecipazione attiva –e qui si aggiunge, scientifica– delle parti, orientata con mutua decisione alla migliore combinazione di interessi.

²⁶⁷ COTZA P., cit.

CAPITOLO II

SCIENZE COMPORTAMENTALI E MOMENTO INTERPRETATIVO: LA DISCREZIONALITÀ INTERPRETATIVA.

1. Introduzione.

Una volta analizzate le dinamiche della razionalità limitata e le forme che possono assumere i comportamenti che ne derivano, è opportuno analizzare gli spazi che il sistema del nostro Diritto amministrativo offre a quelle dinamiche e a quei comportamenti per insinuarsi nel risultato di procedimenti e processi, così determinando effetti giuridici.

In questo capitolo si analizzerà uno spazio di scelta, quello della discrezionalità cd. interpretativa, in cui la razionalità umana è chiamata a compiere scelte che hanno effetti diretti sul risultato finale di una decisione, in questo caso quella di una Pubblica Amministrazione.

Questo punto di vista, al quale si conformerà anche il capitolo successivo, muove dall'assunto che per esservi comportamento decisionale devono esservi alternative. Qualunque ambito che ponga alternative –e quindi discrezionalità– sarà interessato da comportamenti spiegabili o studiabili con gli strumenti delle scienze comportamentali e degli studi cognitivi.

2. La criticità del momento applicativo, la crisi della fattispecie e le nuove sfide dell'interpretazione.

Quando si tratta di interpretazione come momento critico per l'effettività reale del Diritto, non si fa che evidenziare come la regola ultima e vera sia la regola che si fa precetto per il suo destinatario. La regola che “raggiunge” con i suoi effetti quest'ultimo lo fa attraverso un'opera umana di applicazione.

Se inteso come descrittivo di una attività “oggettiva” e pressoché automatica di sussunzione, questo schema basilare si adatta poco all'ambito delle amministrazioni²⁶⁸ ed è ritenuto superato dalla moderna dottrina filosofica del Diritto. Si ritiene che il

²⁶⁸ Nel quale per definizione ha spazio anche la discrezionalità, cfr. VIOLA F., ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione*, cit., p. 294

modello giuspositivista e normativista sia adatto a costruzioni teoriche di dottrina e dogmatica, ma scollegato dalla realtà della pratica giuridica e incapace di descriverla per come essa è²⁶⁹.

È opportuno ora andare per gradi e comprendere il percorso che la metodologia della scienza giuridica ha fatto per consentire oggi di vedere nell'interpretazione stessa una attività anche discrezionale e quindi studiabile dal punto di vista comportamentale.

Questo percorso è fondamentale per la riflessione che si propone, in quanto se l'attività interpretativa fosse una automatica e "meccanica" opera di deduzione, priva di alternative, l'apporto delle scienze cognitive sarebbe confinato alla comprensione di errori di logica o di qualificazione, mentre invece esse possono dare un grande contributo nel comprendere il fenomeno interpretativo come un processo olistico in cui sia coinvolta l'interezza dell'interprete –non solo la sua ragione, la sua morale o altri fattori isolati, bensì l'insieme del suo corpo con la sua mente, uniti alla realtà materiale e sociale di cui è partecipe e osservati anche tramite la loro fenomenologia empiricamente rilevata.

Lo Stato moderno ha fondato il Diritto su quella visione di uomo e di realtà che si è descritta in principio al Capitolo I, basata in larga parte sulla fiducia nello strumento della legge per trasmettere la volontà sovrana alla realtà della vita. Questa non poteva che essere fiducia nel linguaggio come veicolo di regole e nel dominio che l'uomo ha su di esso, nonché sulla sfera del reale. Tale dominio riguardava sia il momento produttivo che quello ricettivo del messaggio e la norma generale e astratta si protendeva, in questa visione, a dominare il futuro.

Questo quadro è stato demolito dalle riflessioni successive, che hanno preso in considerazione una serie di fattori: la complessità degli ordinamenti; il venir meno del Diritto inteso come catalogo finito, sistematico e preconstituito di norme; lo «sgretolamento della piramide gerarchica delle fonti»; la moltiplicazione di tipi differenti di regole; i rapporti di "osmosi" tra i differenti ordinamenti; l'affermarsi del sistema costituzionale con i suoi principi e le sue "aperture"; lo spostarsi del baricentro del Diritto dal momento legislativo a quello applicativo²⁷⁰.

²⁶⁹ SCHIAVELLO A., *Postdiritto: una breve guida per i perplessi*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2023, dicembre, fasc. 2, pp. 265-266

²⁷⁰ ZACCARIA G., *Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità*, in *Ars Interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica*, 2019, n. 1, pp. 7-14

I fattori appena citati segnano la cosiddetta “crisi della fattispecie”²⁷¹, che è crisi della previsione normativa, difficoltà del suo protendersi al futuro nell’intento di ingabbiare la realtà in schemi astratti²⁷². Bisogna però essere accorti a non credere che questa crisi sia dovuta a una serie di contingenze storiche e di scelte (anche evitabili), come quella di produrre molte leggi o di optare per sistemi costituzionali di principi, scelte che hanno destrutturato un sistema di Diritto predisposto secondo il modello di affermazione della legalità che si è sopra descritto. Infatti, si è evidenziata in parte della dottrina la strutturale inidoneità del linguaggio a conferire la determinatezza e la calcolabilità delle norme che si era un tempo auspicata²⁷³. Sono così smascherate la irrealtà e la finzione di un modello che pretenda una applicazione per nulla creativa del Diritto: lo strumento della fattispecie diventa sufficiente a sé stesso e aderente al reale, solo se ci si accontenta di una corrispondenza sommaria²⁷⁴ e, in definitiva, solo apparente tra enunciati e fatti.

A questo si dovrebbe aggiungere, secondo lo sguardo di questa tesi, la natura imperfetta dell’interprete e il tipo di dominio che questi esercita sulla realtà, ma anche su sé stesso, e quindi la molteplicità di fattori che “abitano” il momento interpretativo come ogni ambito dell’esperienza umana. Un discorso su questo ultimo aspetto, come si vedrà, deve essere fatto alla luce dei più recenti riscontri sul funzionamento dei processi di ragionamento dell’uomo.

Si è poi osservato che, se confrontato ad esempio con il testo penale (che ha ruolo strettamente di garanzia), il testo amministrativo ha un ruolo meno stringente e condizionante, data la questione della discrezionalità, che lo accompagna. Inoltre, «sebbene competa sempre alla legge individuare gli interessi legittimi, l’insopprimibile complessità di qualunque valutazione da parte degli organi della pubblica amministrazione dà luogo ad un insieme di prassi, di regole e di materiali giuridici non

²⁷¹ IRTI N., *La crisi della fattispecie*, cit.

²⁷² ZACCARIA G., *Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità*, cit.

²⁷³ Si è parlato a tal proposito di «incompletezza ontica» ineliminabile di qualsiasi ordinamento giuridico, (vd. MODUGNO F., *Interpretazione giuridica*, seconda ediz., Padova, CEDAM, 2012, p.16), che sarebbe da distinguere dalla «completezza, o meglio: completabilità, deontica», (Ibid.), di cui l’ordinamento deve essere dotato in quanto ogni caso *deve* essere disciplinabile. L’ordinamento non sarebbe quindi “completo”, ma “chiuso”, (vd. CONTE A. G., *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, Giappichelli, 1962, p. 203). Tale chiusura avviene comunque mediante tecniche di «estensione», «manipolazione» o «integrazione» di enunciati non autosufficienti, (MODUGNO F., *Interpretazione giuridica*, seconda ediz., Padova, cit).

²⁷⁴ ZACCARIA G., *Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità*, cit.; SCHIAVELLO A., *Postdiritto: una breve guida per i perplessi*, cit, p. 267

sempre immediatamente derivabili da fonti legislative»²⁷⁵. Non solo: «a causa della frammentarietà dei dati di diritto positivo e a causa dello strutturale bisogno di procedere ad una comparazione tra più interessi, tutti di natura amministrativa, l'interprete si trova in esse assai frequentemente davanti a norme *sans texte formel*»²⁷⁶.

Un ulteriore passaggio logico per uscire dal modello normativista riguarda il ruolo del giurista che può essere visto secondo le due prospettive evidenziate da Bobbio: quella del giurista “custode” di un insieme preconstituito di precetti e quella invece del giurista “creatore” del Diritto a pieno titolo partecipe della prassi giuridica, contributore verso il sistema giuridico di riferimento²⁷⁷.

Connessa a questa dicotomia è la discussa definizione di Diritto, che secondo i normativisti sarebbe un oggetto esistente che attende di essere scoperto e studiato, in maniera distaccata e neutrale²⁷⁸. Questo proposito è però destinato a vanificarsi nel momento stesso in cui viene enunciato, giacché nel definire il Diritto in questo modo si sottende una immagine ideologicamente caratterizzata dello stesso e, di conseguenza, già priva della auspicata neutralità²⁷⁹.

Partendo da questi primordiali presupposti ed evitando una ricostruzione di tutte lunghezze che hanno impegnato nei secoli le diverse scuole filosofico-giuridiche, si può fare una ricognizione delle principali posizioni che possano darsi in merito allo specifico tema dell'interpretazione, considerando sempre l'orizzonte verso cui ci si muove: comprendere gli spazi per una analisi comportamentale del momento interpretativo e sondarne le possibili conseguenze per una aggiornata versione del principio di legalità dell'azione amministrativa.

È stata fatta in dottrina una distinzione tra la nozione di “interpretazione del Diritto” e quella di “interpretazione della legge”, volendo significare che non è affatto consolidato che il Diritto esaurisca in atti-testi-documenti giuridici²⁸⁰. La prima concezione è tipicamente premoderna (e ne è in atto il ritorno, *ndr*), la seconda è legata a una visione di primato ed esclusività della legge²⁸¹, la quale esaurirebbe il Diritto in sé.

²⁷⁵ VIOLA F., ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione*, cit., p. 295

²⁷⁶ Ibid., cfr. SALA G., *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, Giuffrè, 1993

²⁷⁷ BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, (1977) 2007, pp. 34-47

²⁷⁸ SCHIAVELLO A., *Postdiritto: una breve guida per i perplessi*, cit, pp. 263-264

²⁷⁹ Ibid.

²⁸⁰ TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 7

²⁸¹ MODUGNO F., *Interpretazione giuridica*, seconda ediz., Padova, cit., pp. 4-5

L'attività di "Interpretare il Diritto" evoca il ritrovamento, in senso lato, della normativa applicabile al caso concreto e in questo senso «è indissolubilmente collegata all'applicazione del diritto», attività che «si estrinseca in un giudizio individuale pratico»²⁸² e che sembra trascendere la semplice attribuzione di senso a un atto o documento giuridico²⁸³. Si tratta di un'opera simile a una *invenzione del Diritto*, nel senso latino di "invenire", "trovare"²⁸⁴; il ché presuppone che la norma sia cercata in un «vero ordinamento» che «non può che essere frutto della ragione, della conoscenza, di una condotta di umiltà che proietta il soggetto fuori di sé, verso il mondo degli oggetti, costituendolo in piena attenzione e in pieno ascolto verso questo mondo»²⁸⁵.

"Interpretare la legge" è invece espressione propria di una società che riduce il Diritto a volontà che si traduce semanticamente in precetto, al di là della vita della norma giuridica nella storicità delle cose, giacché essa resterebbe intatta una volta inserita dal potere nell'«involucro vuoto della forma legale»²⁸⁶.

Entrambe le espressioni appena viste sembrano non superare una concezione che cozza con l'esperienza giuridica delle società moderne: possono entrambe sottintendere che la ricerca del precetto nel Diritto o negli atti-testi-documenti giuridici sia un'opera di individuazione della "norma vera", cioè dell'unica possibile.

È poi vero che con la parola "Diritto" si può ben intendere "esperienza giuridica", "insieme dei fatti giuridici" che debbono essere interpretati per coglierne la rilevanza giuridica. Questi ultimi fatti rilevano giuridicamente in quanto una norma giuridica ricollegli ad essi effetti o conseguenze. Ne consegue che "Diritto" possa designare la norma o l'insieme delle norme che rendono giuridici i fatti stessi²⁸⁷.

Si può ora, per progredire, fare un passaggio a una definizione generale di "interpretazione giuridica". Essa è definibile come atto con cui «si attribuisce un senso a un fatto giuridico». I fatti giuridici si dividono in fatti in senso stretto (la nascita, il compimento di una certa età, una consuetudine) e in atti giuridici (contratto, atto amministrativo, legge, sentenza). Mentre la attribuzione di un senso a un fatto in senso

²⁸² TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, cit.

²⁸³ MODUGNO F., *Interpretazione giuridica*, seconda ediz., Padova, cit., pp. 4-5

²⁸⁴ GROSSI P., *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2019

²⁸⁵ Ivi, pp. 4-5, con riferimento alla visione di San Tommaso D'Aquino, il quale riconduceva a una attività razionale ordinativa anche il comando, l'*imperium* (vd. *Summa Theologica*, Prima Secundae, q. 17, art. 1)

²⁸⁶ Ivi, pp. 6-7

²⁸⁷ Ivi, p.7

stretto presuppone principalmente la ricerca delle conseguenze a esso ricollegabili, la attribuzione di un senso a un atto giuridico presuppone innanzitutto che sia dato un significato all'atto stesso, prima ancora della determinazione dei suoi effetti²⁸⁸.

Così, riprendendo le definizioni che si sono date pocanzi, possiamo ora affermare che l'interpretazione del Diritto può essere vista anche come una sottospecie dell'interpretazione giuridica, che ha per oggetto gli atti normogeni o normativi. Altrimenti detto, può essere intesa come l'insieme delle operazioni e dei processi rivolti a determinare il significato degli enunciati linguistici contenuti nei testi giuridici²⁸⁹. Oggetto dell'interpretazione sono gli enunciati e non le singole parole²⁹⁰.

Questo tipo di interpretazione giuridica è uno tra quelli di maggior rilievo per il Diritto amministrativo dove le relazioni tra il linguaggio e il potere coincidono con taluni snodi fondamentali della disciplina²⁹¹, sebbene queste riflessioni vadano coordinate con quanto detto *supra*²⁹².

Nello stato contemporaneo, il potere pubblico trova comunque limiti, fondamento e espressione principalmente nella lingua. La stessa costituzione dei pubblici poteri avviene con norme costitutive frutto dell'espressione linguistica del legislatore²⁹³. Questa espressione linguistica potrà essere o non essere esaustiva di ciò che si può chiamare Diritto –a seconda di quali teorie si sposino tra quelle viste *supra*– ma è l'indiscusso punto di partenza di ogni interpretazione giuridica contemporanea, in special maniera nell'ambito di nostra osservazione.

Quella dell'interpretazione e del suo rapporto con la discrezionalità diventa quindi essenzialmente una questione di come l'interprete possa esercitare scelte discrezionali nel suo rapportarsi con il linguaggio precettivo.

Il momento di questo rapporto è stato individuato come ambito essenziale dell'esperienza giuridica, in quanto anello di congiunzione tra i cosiddetti «elemento formale ed elemento materiale»²⁹⁴ del fenomeno giuridico, l'uno promanante dalla norma, l'altro collocato nel fatto. Questa congiunzione ha una sua prima compiuta

²⁸⁸ Ivi, pp. 1-2

²⁸⁹ MODUGNO F., *Interpretazione giuridica*, tomo primo, Vicenza, CEDAM, 2015, p.30

²⁹⁰ Ibid.

²⁹¹ FOLLIERI F., *Discrezionalità e interpretazione*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2022, n. 3, p. 597

²⁹² Vd. *supra* nel medesimo paragrafo in riferimento a VIOLA F., ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione*, cit., p. 295

²⁹³ FOLLIERI F., *Discrezionalità e interpretazione*, cit.

²⁹⁴ MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1960, p. 250

teorizzazione, come momento autonomo e distinto dagli altri due, nell'opera di Scoca, che sottolinea la necessità di un elemento terzo e indipendente, ossia quello della sintesi, per «rendere ragione dell'autonomia del fenomeno giuridico concreto, sia dalla norma astratta, sia dalla realtà extragiuridica»²⁹⁵. Difatti, viene *ivi* dedotto che «se si riducono a due i momenti dell'esperienza giuridica, e cioè, se si parla soltanto del momento normativo e del momento reale materiale, deve poi conseguentemente ammettersi che il momento della loro sintesi, in cui il fenomeno giuridico concreto propriamente consiste, coincide con uno dei momenti che alla sintesi danno luogo. A questo, [...] osta la logica»²⁹⁶. Si giunge così ad affermare che «l'esperienza giuridica, complessivamente intesa, si ordina su tre piani» ed «è anche da sottolineare che la realtà materiale, in quanto giuridicizzata, è altro dalla realtà extragiuridica e dalla realtà normativa astratta, e si pone tra di esse su un piano intermedio, logicamente autonomo»²⁹⁷.

I due snodi critici per la cosiddetta concretizzazione o attuazione/applicazione del Diritto sono quindi i due punti di contatto tra la norma e la realtà. Questi sono individuabili, secondo Scoca se si assume l'impostazione teorica per cui la norma si compone di fattispecie e di statuizione: la prima instaura un rapporto con la realtà materiale, la seconda con la situazione effettuale.

Da questo si fanno discendere due corollari: «dal sorgere la realtà giuridica concreta da una serie di relazioni tra fatto e norma, discende che essa si pone non tanto come costruito unitario, quanto come agglomerato di prodotti relazionali; dall'essere la realtà materiale presa in considerazione dalla stessa norma due volte, discende che la natura dei [due, *ndr*] rapporti ha da essere diversa»²⁹⁸. Infatti, il rapporto tra fatto e fattispecie si esaurisce nella loro identità formale, mentre il rapporto tra statuizione e realtà materiale contiene, in più, le forze per determinare l'identità medesima: «mentre nel primo caso l'identità preesiste al rapporto, nel secondo il rapporto preesiste logicamente all'identità»²⁹⁹.

²⁹⁵ SCOCA F. G., *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, Università di Perugia; Facoltà di Giurisprudenza, 1979, p. 1

²⁹⁶ *Ivi*, pp. 2-3

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ *Ivi*, p.5

²⁹⁹ *Ivi*, p.7

È proprio nel rapporto tra i tre «piani orizzontali»³⁰⁰ che si sono ora descritti che si inseriscono le dinamiche, come si è detto, per lo più linguistiche, tra potere, interprete e effettività/efficacia del Diritto; giacché, quale che sia la modalità del rapporto dei singoli elementi normativi ora visti con la sfera del reale, il *medium* capace di trasmettere relazioni ed effetti sarà il linguaggio.

È da questo dialogo tra norma e realtà, che si è ora tracciato, nonché dalle sue caratteristiche linguistiche e dal rapporto di queste con il pensiero e il comportamento umano, che ci si può avviare per un più ampio percorso nell'interpretazione, che conduce alla analisi della componente più invisibile e meno osservata della discrezionalità dei pubblici poteri, quella appunto insita nel momento interpretativo.

3. Il concetto di discrezionalità interpretativa: spazi di ponderazione sostanziale nell'attività dell'interprete.

Si intende, come anticipato, approfondire il momento interpretativo del Diritto amministrativo. Essendo una delle principali ragioni d'esistenza di quest'ultimo la definizione dei limiti legali all'esercizio dei pubblici poteri, facendo seguito al discorso del precedente paragrafo, ci si potrà concentrare sui limiti di validità che le espressioni linguistiche del legislatore sono in grado di porre al potere della P. A.

Vi è in particolare un autore che si è applicato a questa analisi, con uno sguardo diretto alla capacità della "lingua del legislatore" di definire l'essenza e i margini della discrezionalità. Luigi Benvenuti ha affrontato questa materia muovendosi su diversi piani e adottando un «eclettismo metodologico»³⁰¹ che va dall'analisi delle «ragioni ultime» della gius-pubblicistica europea sulla discrezionalità³⁰² (con un'opera di decostruzione della dogmatica³⁰³), alla indagine semantica della vaghezza del linguaggio del legislatore (con confronti con la filosofia analitica, semiotica e giuridica³⁰⁴), fino alla costruzione di una soluzione al dilemma della discrezionalità sul piano della pragmatica, sulla scorta dell'ermeneutica generale e giuridica³⁰⁵.

³⁰⁰ Ivi, p. 8

³⁰¹ FOLLIERI F., *Discrezionalità e interpretazione*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2022, p. 601

³⁰² BENVENUTI L., *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2017

³⁰³ FOLLIERI F., *Discrezionalità e interpretazione*, cit.

³⁰⁴ BENVENUTI L., *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, cit., pp. 55 ss.

³⁰⁵ In particolare, BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, CEDAM, 1986

Gli autori precedenti avevano già fondato la distinzione tra interpretazione e discrezionalità sulla natura dei giudizi compiuti da chi interpreta e chi invece decide discrezionalmente³⁰⁶. Riprendendo queste riflessioni, Benvenuti le innova facendo discendere la propria ridefinizione della discrezionalità da una ridefinizione dell'interpretazione.

Difatti, mentre la concezione tradizionale dell'interpretazione era l'opera di mera cognizione del caso e "meccanica" applicazione sillogistica, che si è descritta *supra* quando si è trattato delle concezioni positiviste³⁰⁷; la discrezionalità vi si contrapponeva, essendo ponderazione degli interessi pubblici e privati «il cui assetto è il c.d. interesse pubblico concreto –fine del potere e del provvedimento»³⁰⁸. Per cui, secondo la teoria ora enunciata, mentre l'interpretazione è puro giudizio, la discrezionalità sarebbe stata combinazione di giudizio e volontà³⁰⁹. Così, il compito di *chiarire* gli spazi lasciati "vuoti" dalle disposizioni che regolano il potere sarebbe stato affidato all'interpretazione, mentre invece quello di *riempire* quegli spazi vuoti sarebbe spettato alla discrezionalità³¹⁰.

L'evoluzione che queste posizioni hanno in Benvenuti è dovuta all'approfondimento dei contributi dati dall'ermeneutica, per cui si può affermare «la discrezionalità va intesa complessivamente come segmento dell'attività di interpretazione [...], prima ancora che quale manifestazione di potere»³¹¹.

In questa affermazione non c'è identificazione tra interpretazione e discrezionalità, bensì l'inserimento della discrezionalità come porzione dell'interpretazione, pur nella distinzione dei due concetti. Questo è reso anche evidente dal fatto che Benvenuti conferisca al "merito" la dignità di nozione sostanziale, nucleo intangibile della decisione discrezionale, individuando un'area riservata all'amministrazione nella discrezionalità e non nell'interpretazione³¹².

³⁰⁶ Vd. ad es. GIANNINI M. S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939; FOLLIERI F., *Discrezionalità e interpretazione*, cit.

³⁰⁷ Cfr. Paragrafo precedente

³⁰⁸ FOLLIERI F., *Discrezionalità e interpretazione*, cit., p. 603

³⁰⁹ Ibid.

³¹⁰ Ibid.

³¹¹ BENVENUTI L., *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 158

³¹² FOLLIERI F., *Discrezionalità e interpretazione*, cit., p. 605

Per comprendere meglio il cambio di prospettiva portato dall'ermeneutica e da Benvenuti nell'interpretazione del Diritto amministrativo, occorre addentrarsi in quest'ultima materia e comprenderne il quadro di partenza.

“Interpretare una disposizione” è una attività che può voler dire comunemente almeno due cose distinte.

In primo luogo, può significare un'opera di elaborazione di un enunciato del medesimo significato di quello interpretato che possa sostituire la parola del legislatore con un contenuto più chiaro ed esplicativo, prodotto dall'interprete³¹³. È questa la cd. “interpretazione orientata ai testi”, o comprensione, tramite la quale l'interprete trae la proposizione deontica dall'enunciato deontico³¹⁴.

In secondo luogo, si può intendere la ascrizione di un certo stato di cose alla fattispecie della disposizione, al fine di applicare la conseguenza ad essa collegata³¹⁵. In questo caso l'interprete si concentra sull'“estensione dell'enunciato deontico”, cioè sul riferimento della sua fattispecie alla realtà³¹⁶. È questa la cd. “interpretazione orientata ai fatti”³¹⁷.

Sulla base della natura attribuita ai giudizi di interpretazione orientati ai testi o ai fatti, si distinguono tre famiglie di teorie dell'interpretazione: le teorie cognitive, miste e scettiche³¹⁸.

Le teorie cognitive vedono l'interpretazione come atto di conoscenza in cui l'interprete scopre l'unico significato oggettivamente intrinseco alla definizione. Strumento principale di quest'opera è il sillogismo³¹⁹. A loro volta queste teorie si diramano in tre categorie a seconda che vedano il “significato oggettivo” da ricercare: nel senso letterale

³¹³ Ivi, p.606; Cfr. GUASTINI R., *Interpretare ed argomentare*, in CICU A., MESSINEO F., *Trattato di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 15

³¹⁴ Cfr. LORINI G., PASSERINI GLAZEL L., *Filosofie della norma*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 57 e ss.; FOLLIERI F., *Logica del sindacato di legittimità. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, CEDAM, 2017, pp. 15 e ss., 154 e ss., 343 e ss.

³¹⁵ Secondo lo schema visto *supra* con riferimento a COCA F. G., *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, cit.

³¹⁶ FOLLIERI F., *Logica del sindacato di legittimità. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit., pp. 162 e ss.

³¹⁷ GUASTINI R., *Interpretare ed argomentare*, cit., p. 16

³¹⁸ FOLLIERI F., *Discrezionalità e interpretazione*, cit., p. 610, cfr. GUASTINI R., *Enunciati interpretativi*, in *Ars interpretandi*, 1997, n. 2, pp. 35 e ss.; ZACCARIA G., *Interpretazione della legge*, in *Enc. Dir.*, Annali V, Milano, 2012, pp. 695 e ss.

³¹⁹ FOLLIERI F., *Discrezionalità e interpretazione*, cit., cfr. LOMBARDI VALLAURI L., *Giurisprudenza. I) Teoria generale*, in *Enc. Giur.*, Roma, XVIII, 1990, p. 2

del testo³²⁰; in quello inteso dalla volontà del legislatore³²¹; ovvero nella *ratio* oggettiva incorporata nella disposizione³²².

A queste teorie può essere opposto che «anche le regole sintattiche e semantiche della lingua: (i) necessitano di interpretazione/comprendimento [...]; (ii) mutano nel tempo [...]; (iii) [...] possono [...] [produrre] significati non univoci»³²³.

Le teorie miste dividono i cd. casi facili da quelli cd. difficili. Nei primi l'interpretazione sarebbe un atto di conoscenza e la soluzione è determinata a priori, nei secondi sarebbe invece un atto di volontà, quindi discrezionale, e la soluzione non sarebbe predeterminata. La creazione del Diritto da parte dell'interprete sarebbe quindi limitata ai casi difficili³²⁴.

Le teorie scettiche dell'interpretazione considerano invece l'interpretazione come atto di volontà, con cui l'interprete decide e “crea” il significato della disposizione. Queste teorie, sulla base della premessa su cui si fondano, possono essere divise a loro volta in tre «aree teoriche»³²⁵: una prima (propria del realismo americano) si fonda sull'osservazione empirica della comune divergenza nella pratica giuridica nel trarre la norma da una stessa disposizione e nel giungere a conclusioni su uno stesso caso, per cui la norma non preesisterebbe alla decisione, essendo creata da chi è munito del potere di decidere (anche secondo le sue idiosincrasie, inclinazioni politiche e ragioni economiche, ma si potrebbe aggiungere, come evidenziato dalla presente tesi, anche secondo i suoi limiti cognitivi); una seconda si fonda sulla distinzione tra “documento normativo” e “norme”, per cui, avendo ogni enunciato di testo solo una «cornice di significato» comprensiva di una serie di possibili significati, la norma sarebbe il risultato di una scelta di volontà tra questi significati e non esisterebbe prima dell'interpretazione (ma il legislatore sarebbe comunque in grado di influire sulle scelte dell'interprete); una terza area teorica (ermeneutica) si fonda sull'analisi del rapporto tra interprete, testo e contesto, per cui chi interpreta è partecipe assieme al legislatore nella

³²⁰ GUASTINI R., *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, Aracne, 2008, pp. 32 e ss.

³²¹ GIANNINI M. S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939, pp. 63 e ss.

³²² BETTI E., *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, Giuffrè, 1949, pp. 167 e ss.

³²³ FOLLIERI F., *Discrezionalità e interpretazione*, cit, p. 612

³²⁴ Ivi, p. 614

³²⁵ Ivi, p.615

formazione del senso della disposizione (sia del senso da attribuire all'enunciato deontico, sia nella costruzione concreta della realtà effettuale)³²⁶.

Se si osservano le teorie cognitive, miste e scettiche ora enunciate, seguendo il percorso di questo capitolo, esse possono essere viste, al di là della loro anzianità di nascita, in un percorso concettuale graduale che porta via via alla prospettiva di osservazione del fenomeno interpretativo che è propria della presente tesi: conduce cioè gradualmente ad affermare che il Diritto concreto, l'ultimo a incidere sulla realtà della vita, è in larga misura più legato all'interprete che alla fonte da cui esso sgorga o alle caratteristiche di questa.

La conseguenza, come si vedrà, è che per studiare, prevedere, modificare o sindacare il risultato di un'opera di interpretazione, bisognerà saper studiare l'interprete, con quegli strumenti teorici e pratici che lo rendono osservabile nella sua fenomenologia di individuo umano in carne ed ossa dotato di una razionalità limitata.

È questo il vero salto compiuto dall'ermeneutica: dal piano semantico a quello pragmatico. È così "disinnescata" la questione sulla natura dell'interpretazione e si apre una finestra diretta sul ruolo di bilanciamento che vi è insito, giacché ci si concentra sull'interprete e la sua azione³²⁷.

Una volta assodato questo punto, il problema essenziale sarà la controllabilità dell'interprete stesso, sia che agisca per conoscenza, sia che agisca per volontà. Anche i giudizi conoscenza, come si è visto, possono essere errati³²⁸.

A partire da questa svolta si sono cercati nuovi criteri per stabilire la correttezza di una asserzione e le risposte che si sono date sono perlopiù sul piano di una verifica non astratta, bensì relazionale: una comunità di riferimento, dato contesto in cui è inserita controllerà il ragionamento esposto dall'individuo secondo «i canoni della logica» e degli argomenti che lo «giustificano in base ai canoni di ciascuna scienza»³²⁹.

Quando Luigi Benvenuti, nel 1986, dava alle stampe il suo *La discrezionalità amministrativa*³³⁰, in dottrina erano presenti alcune tendenze che risolvevano la problematica interpretativa o nel senso nettamente scettico di negare la possibilità di conoscere il significato preesistente della norma, che sarebbe stato anzi prodotto *ex post*

³²⁶ Ivi, pp. 615-619

³²⁷ Ibid.

³²⁸ Ivi, p. 620

³²⁹ Ibid.

³³⁰ BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, cit.

dall'interprete³³¹, ovvero in un senso più moderato che ammetteva una possibilità minima di comunicazione difendendo la possibilità di un «nucleo semantico relativamente stabile»³³².

Le tendenze del primo tipo si concentravano a svelare le posizioni ideologiche dietro ogni operazione di ermeneutica, chiedendo alla teoria e alla sociologia del Diritto di redigere un catalogo delle argomentazioni interpretative statisticamente più frequenti (avvicinandosi ai sistemi di ricognizione quantitativa di cui si è parlato in cap. I paragrafo 2.2). Le tendenze del secondo tipo, invece, chiedevano alla sociologia il compito minimo di individuare nuclei relativamente certi di significato in grado di dare una giustificazione più plausibile al procedere della giurisprudenza teorica e pratica³³³.

Quello che compie Benvenuti è un passaggio oltre queste posizioni che, se da un lato colgono alcuni aspetti del procedimento ermeneutico, dall'altro mancano secondo lui di una considerazione più ampia di quello che l'ermeneutica ha saputo rappresentare come dottrina non solo tecnica, ma di portata universale «in grado di dare una risposta ai problemi più tipici della cultura razionalista e scienziata moderna»³³⁴.

L'Autore si concentra quindi sul problema dell'azione del soggetto nell'ermeneutica e sulla funzione di questo soprattutto nel momento della produzione. In questo egli fa propria quella corrente che ha unificato ogni criterio della tradizione ermeneutica precedente e ha voluto chiarire i meccanismi intrinseci al procedimento della comprensione, non più osservati dal punto di vista psicologista o genericamente scienziata, ma tramite il superamento di entrambi in un processo unico di trasmissione storica in cui si sintetizzano passato e presente³³⁵. Si può ritenere che a questo sguardo sia proficuo affiancare quello comportamentale, fino a inserire nello studio dell'interpretazione la cosiddetta linguistica comportamentale e più in generale le scienze cognitive.

L'approdo della teorizzazione di Benvenuti è che, essendo le norme non fine a loro stesse, ma funzionali alla attuazione di un programma assiologico ed antropologico, le scelte interpretative e i risultati dei processi di comprensione e concretizzazione dei

³³¹ Tesi sostenute ad esempio da Tarello e Guastini

³³² Come evidenzia lo stesso Benvenuti con riguardo alle tesi di Scarpelli e Jori

³³³ BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, cit., pp. 215-216

³³⁴ Ivi, p.217, con riferimento in particolar modo a Gadamer

³³⁵ Ivi, p. 218

precetti, hanno rilevanza assiologica e anche politica in quanto producono risultati concreti che valorizzano o sacrificano diversi interessi.

Si aggiungano a questo le peculiarità della pratica del Diritto amministrativo: «si è spesso notato come uno dei tratti caratterizzante il sistema amministrativo nello Stato contemporaneo sia l'enorme complessità costituita dal dato organizzatorio, nonché l'eterogeneità degli interessi coinvolti e rappresentati dal tessuto normativo, ciò che ha condotto la dottrina più recente all'uso di strumenti sempre più sofisticati di indagine al fine appunto di dar conto di una realtà in movimento per la quale il tradizionale punto di vista giuridico non sarebbe stato più sufficiente a registrarne i mutamenti»³³⁶.

Sul punto della prassi concordano anche Viola e Zaccaria, che nel definire il panorama interpretativo del Diritto amministrativo ritengono rilevanti sempre più, in luogo di una interpretazione orientata *ai testi e dai testi*, una interpretazione orientata *ai fatti e dai fatti*, ossia l'interpretazione consistente in «ripetuti comportamenti». Non solo, ma «nel contesto degli ordinamenti contemporanei, contraddistinti dal primato della *forma legis*, il diritto amministrativo segna uno dei più importanti e ampi luoghi di frattura, in cui la dimensione sociale –quella delle pratiche chiamate ad assicurare, dinnanzi ai rapidissimi mutamenti economici, sociali, politici, e delle stesse conoscenze tecnico-scientifiche, la stabilità e insieme l'aggiornamento del diritto– prevale in modo netto nei riguardi della dimensione più strettamente normativa e testuale»³³⁷.

Si può in conclusione affermare che, secondo molte voci presenti in dottrina già da un certo tempo, la pratica interpretativa del Diritto amministrativo può contenere spazi di ponderazione di interessi e quindi di discrezionalità amministrativa. Tale riscontro deriva dal più ampio ambito della applicazione delle teorie ermeneutiche al Diritto e al conseguente riconoscimento di un ruolo, necessariamente creativo, dell'interprete. Vi è chi, come Benvenuti, si spinge addirittura ad inserire la discrezionalità stessa, come si è visto, come porzione di un più ampio fenomeno interpretativo.

È quindi giunto il momento di osservare quali possano essere i frutti di un incontro tra la teoria ermeneutica e le scienze cognitive, ossia come queste possono contribuire a far addentrare i giuristi nella dimensione dell'interprete storico munito di poteri decisionali.

³³⁶ BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Edizioni ETS, 2023, p. 179

³³⁷ VIOLA F., ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione*, cit., p. 295

4. Interpretazione giuridica, ermeneutica e risultanze delle scienze cognitive. Il rapporto tra la mente e il linguaggio.

È opportuno, prima di comprendere il possibile dialogo tra l'ermeneutica, l'interpretazione giuridica e le scienze cognitive e comportamentali, approfondire meglio in quali termini sia intesa la concezione di "circolo ermeneutico".

Con qualche semplificazione, tale espressione è descrittiva di come le scienze ermeneutiche intendano in processo di conoscenza dell'essere umano, sostituendo a un tradizionale modello lineare di ignoranza-esperienza-conoscenza un modello circolare dove ogni oggetto della conoscenza e ogni contesto sono in parte noti e in parte ignoti e sono noti nella misura e nel modo in cui rientrano nel vissuto e nel modo di vivere del soggetto. È così che il processo di conoscenza e quindi anche di interpretazione è inserito nel tessuto del contesto in cui l'interprete vive e in cui apprende in un inseguirsi di precomprensione e nuova considerazione degli stimoli. È così, inoltre, che il modo di intendere del soggetto sarà inserito nella sua precisa realtà storica, per tale intendendosi sia la sua collocazione temporale, geografica e sociale nel corso delle vicende generali dell'umanità, sia il particolare modo in cui il singolo abbia intessuto, nel suo passato, le sue relazioni interiori ed esteriori con il mondo.

È chiaro che, se così vista, l'interpretazione diventa una attività quasi inscindibile dalla più stretta dimensione soggettiva e che ci si debba domandare quali possano essere i fondamenti di una nuova oggettività, stante che il Diritto ha nelle sue principali ragioni di esistere anche la stabilità e la certezza. Questo proposito, che qui solo si anticipa, sarà da guida anche per l'utilizzo che in questa materia si potrà fare delle scienze comportamentali. Infatti, se si accoglie una versione dell'ermeneutica più calata nelle necessità della pratica giuridica³³⁸, alcune esigenze e obiettivi della ricerca non saranno molto dissimili da quelli degli studiosi del comportamento umano che hanno evidenziato il problema del rumore decisionale in particolare e più in generale la arbitrarietà e la variabilità cui può portare un utilizzo inconsapevole della limitata razionalità dell'uomo³³⁹. In altre parole, si può accogliere la funzione dell'ermeneutica di aprire gli occhi sulla inevitabile crisi tra teoria e pratica delle precedenti concezioni

³³⁸ Vd. Ad esempio, quanto si afferma in BENVENUTI L., *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 52-61

³³⁹ Vd. cap. I paragrafo 1 e ss.

dell'interpretazione³⁴⁰, senza che essa diventi una esaltazione estrema della soggettività e dell'incertezza. Anzi, grazie a queste prospettive, si potrà giungere a un nuovo tipo di ricerca di oggettività che non si fondi sulla negazione a priori della soggettività, ma su una più approfondita conoscenza di quest'ultima e della sua incidenza sui giudizi umani.

È necessario premettere che v'è stato chi in passato ha ritenuto inconciliabili, o perlomeno distanti in ragion d'essere e obiettivi, ermeneutica e scienza cognitive.

Il filosofo Wilhelm Dilthey, ad esempio, teneva a sottolineare la distanza tra l'ermeneutica e in generale le diverse discipline scientifiche, tra le quali la allora emergente psicologia, che tentavano di *spiegare* causalmente il comportamento di uomini e animali. Egli sottolineava come obbiettivo dell'ermeneutica sia quello, invece, di *comprendere* i soggetti umani nel loro quadro di esperienza, nelle loro intime motivazioni e nelle esternazioni³⁴¹. L'azione di comprendere doveva essere un coinvolgimento olistico nella dimensione del produttore del testo interpretando, che implicasse un immedesimarsi nella sua dimensione storica e personale. Per i sostenitori di questa teoria, la vita interiore non è un susseguirsi meccanico di processi ben delimitati tra un inizio e una fine, ma una struttura di interconnessioni intrecciate ciascuna con le altre parti della totalità³⁴².

Altri modelli di ermeneutica, a partire da Habermas (con la cd. Ermeneutica del profondo), hanno visto questa distinzione tra spiegazione e comprensione in un'ottica di complementarità delle due prospettive. D'altronde lo stesso Freud richiedeva sia una pratica di relazione interpersonale di interpretazione psicoanalitica, sia una metapsicologia volta a spiegare i meccanismi inconsci che stanno dietro ai comportamenti³⁴³. Vi è quindi chi ha chiesto a ermeneutica e scienza di lavorare assieme per produrre una più completa osservazione e descrizione della coscienza, della cognizione e del comportamento umano³⁴⁴.

³⁴⁰ Vd, MENEGHELLI R., *Stato e democrazia visti dall'alto*, Padova, CEDAM, 1999

³⁴¹ DILTHEY W., *Gesammelte Schriften*, Vol. 7, Vandenhoeck & Ruprecht, 1926; DILTHEY W., *Introduzione alle scienze dello spirito: ricerca di una fondazione per lo studio della società e della storia*, (trad. it. di DE TONI G. A.), La Nuova Italia, 1974

³⁴² Ibid.

³⁴³ GALLAGHER S., *Hermeneutics and the cognitive sciences*, in *Journal of Consciousness Studies*, Imprint Academic, 2004, vol. 11, nn. 10-11, p. 162

³⁴⁴ Ibid.

Se guardiamo agli studi di Shaun Gallagher, filosofo contemporaneo e studioso della cognizione, l'incontro che qui si auspica degli studi di metodologia giuridica sull'interpretazione e quelli delle scienze cognitive sarebbe, oltre che possibile anche necessario. Difatti, riferendosi più in generale all'ermeneutica filosofica egli afferma che: 1) ciò scopre l'ermeneutica non è in contrasto con ciò che scoprono le scienze cognitive, anzi, sostanzialmente molte delle loro risultanze combaciano; 2) l'ermeneutica può offrire un contributo alle scienze cognitive; 3) le scienze cognitive possono offrire un contributo all'ermeneutica³⁴⁵. Si può aggiungere che, siccome si è visto il contributo che l'ermeneutica ha saputo dare agli studi sull'interpretazione giuridica, transitivamente le scienze cognitive possono aiutare questi ultimi.

Più nello specifico, si può considerare il contatto tra queste diverse aree epistemologiche guardando alle loro risposte ad alcune fondamentali domande sui processi di conoscenza dell'uomo come l'interrogativo su come noi conosciamo gli oggetti³⁴⁶. Se si prende per esempio la lettura e interiorizzazione del significato di un testo, le scienze ermeneutiche si sono a lungo soffermate su come funziona il circolo ermeneutico e sugli effetti che la precomprensione (ovvero tutto ciò che già sappiamo di ricollegabile a ciò che in noi suscita il testo) ha nella definizione del significato complessivo e dei singoli elementi. Questi meccanismi possono portare anche un «fallimento», qualora non si riesca a comprendere un singolo elemento, nel senso di includerlo nel più ampio orizzonte di significato che si sta dando al testo. Questo implica di dover riconsiderare tale orizzonte e di riiniziare un'alternanza circolare di continui passaggi tra le parti e il tutto³⁴⁷.

Tutto questo, nota Gallagher, è in assonanza con diverse teorie di psicologia cognitiva, come quelle di Bartlett, Piaget, Arbib e Hesse; in particolare con quelle che riguardano la *schema theory* e la *protocol theory*. Queste ultime affermano, in sostanza, che la nostra conoscenza non consiste in «frammenti sconnessi» di informazioni, ma è organizzata secondo i cdd. *pattern*, continuamente richiamati dall'individuo nel momento in cui immagazzina nuove informazioni. Si è detto, inoltre, nell'ambito di queste teorie scientifiche, che nel dare-avere tra lo schema e l'oggetto costruiamo un'interpretazione

³⁴⁵ Ibid.

³⁴⁶ Ibid.

³⁴⁷ Ivi, p. 164

per cui «il testo è un oggetto incomprensibile, a meno che il lettore non possieda una cornice interpretativa con cui riempirlo di significato»³⁴⁸.

Sono passaggi che riportano alla memoria quanto si è visto nella presente tesi su alcuni processi mentali che possono condizionare le nostre decisioni, come l'euristica della disponibilità o quella della rappresentatività, che, come si è visto, affidano ad associazioni non razionali –o “laterali”– la valutazione quantitativa e qualitativa di un determinato fattore decisionale e della sua importanza³⁴⁹.

È qui che si può giungere ad affermare la rilevanza prettamente pratica di questo incontro tra diverse scienze, se si considera che, affrontando il comportamento umano come fenomeno oggetto di sperimentazioni e inserito nelle sue dinamiche causali, le scienze cognitive e comportamentali hanno prodotto strumenti in grado di far migliorare a ciascuno il proprio approccio soggettivo, la propria comprensione, la propria razionalità. Questo miglioramento, che non consiste in una limitazione della attività creativa dell'interprete, nasce dalla consapevolezza maggiore che questi può raggiungere delle dinamiche della sua soggettività. Inoltre, nel caso della riduzione del rumore decisionale, si può giungere ad aumentare la ponderatezza delle decisioni riducendo l'*alea* dovuto alle mere affezioni dello spirito e rendendo le valutazioni più ancorate ai dati di realtà.

Si può aggiungere che, in un'era di possibile avvento di modelli computazionali sempre più avanzati e pervasivi nelle professioni umane, resta ancora un ambito in cui l'approccio computazionale –dell'uomo o della macchina– tende a dare risultati poco o per nulla soddisfacenti: sono le cosiddette “situazioni ermeneutiche” definite da Gadamer³⁵⁰, ossia le situazioni ambigue, in cui non basta il metodo, ma serve un *quid pluris* dato dallo spirito intuitivo umano.

È proprio qui che qualcuno potrebbe far notare come si sia a lungo trattato *supra* di come far prevalere la ragione sull'intuito e di come far sì che questo non porti a scelte dovute a condizionamenti scollegati dalla materia del decidere. Questo è un tema di cui si è già trattato nel paragrafo sui rimedi agli errori della razionalità limitata³⁵¹ e ancor

³⁴⁸ ANDERSON R. C., *The notion of schemata and the educational enterprise: general discussion of the conference*, in SPIRO R. J., MONTAGUE W. E., ANDERSON R. C., ERLBAUM L., *Schooling and the acquisition of knowledge*, 1977, pp. 415-431

³⁴⁹ Vd. Cap. I, paragrafi 1.1 e ss.

³⁵⁰ GADAMER H. G., *Truth and method*, Second revised edition, Crossroad, 1989

³⁵¹ Vd. Cap. I, paragrafo 1.2

prima quando si è trattato della distinzione tra decisioni variabili perché creative e decisioni che danno luogo a rumore³⁵².

Quello che tale obiezione mancherebbe di considerare è che in nessun modo le scienze comportamentali negano necessariamente il motore propulsivo e creativo che per l'intelletto del giurista può essere l'intuito. Quello che si vuole arginare è che si chiami frutto della ragione formale ciò che è nato dall'intuito e che quest'ultimo alteri la giusta considerazione dei dati di realtà.

Qui si giunge a uno snodo cruciale del discorso di questo elaborato, proprio grazie agli studi dell'interpretazione umana fatti dagli ermeneutici: è lo stesso Gadamer a definire quel *quid pluris* umano rispetto alla computazione, citando l'*Etica Nicomachea* di Aristotele. La qualità umana a cui si fa riferimento è la *phronesis*, che è eletta da Gadamer a modello dell'atto di interpretazione e consiste in una "saggezza pratica" o "prudenza", ciò di cui si ha bisogno nelle situazioni in cui non ci sono regole prestabilite. Essa è una qualità, secondo Aristotele che dipende esclusivamente dall'educazione e da una forma di acculturazione³⁵³.

Chi ha letto i passaggi che si sono fatti (in Cap. I paragrafi 1-1.2) sull'importanza della formazione e sulla razionalità come "pensiero disciplinato" potrebbe ricollegare facilmente la *phronesis* aristotelica a una specie di intuito "ammaestrato" che farebbe uso del cd. Sistema 1³⁵⁴ mantenendone la potenza associativa e creativa, ma impiegandola consapevolmente. Siamo di fronte a quel che si potrebbe chiamare in un certo senso "il contraltare buono dei *bias*", un fattore che trova enunciazione proprio nel contesto della affermazione del ruolo dell'interprete e di chi realizza una attività di conoscenza. Quello ora visto è di fatto più un contributo dell'ermeneutica alle scienze cognitive che il contrario, ma è da questo momento dialettico che può uscire una spiegazione dei rapporti che questi due campi del sapere possono avere –in maniera combinata– con l'interpretazione giuridica.

Fatta questa necessaria congiunzione epistemologica, si potrà ora affrontare il tema degli obiettivi a quali si dovrebbe asservire sia la conoscenza dell'ermeneutica, sia quella delle scienze comportamentali e cioè le pratiche e i risultati che sarebbero auspicabili, dal punto di vista della scienza giuridica, nell'operare sul momento

³⁵² Vd. Cap. I paragrafo 1.1

³⁵³ GADAMER H. G., *Truth and method*, cit.

³⁵⁴ Vd. Cap. I paragrafo 1.1

interpretativo e sui suoi risvolti di discrezionalità amministrativa. Proprio a questo sono dedicati i successivi due paragrafi che analizzano gli aspetti costituzionali e di dialogo tra i poteri dello Stato di una scienza comportamentale dell'interpretazione giuridica. È evidente come ci si trovi, con queste riflessioni, in un bandolo di temi nevralgici per la scienza del Diritto amministrativo.

5. Rilevanza costituzionale delle scelte metodologiche. La razionalità limitata e il principio di legalità dell'azione amministrativa nel tempo dell'incertezza del Diritto.

I temi che si sono affrontati in questo capitolo sono inseriti in una prospettiva che si è scelta e dichiarata in principio a questo elaborato: essa guarda a ciò che rileva per gli effetti del Diritto nel reale, anche a costo di prendere in considerazione elementi che per il Diritto “puro”³⁵⁵, solitamente, non rilevano. Questa prospettiva, attenta al “solitamente invisibile”, vuole però essere inserita nella dimensione del Diritto, come sistema di valutazione della obbedienza fattuale del sistema giuridico ai fini che esso si prepone. In questo quadro, il tema della interpretazione del linguaggio è cruciale, in quanto essa può rappresentare la “catena di trasmissione” del comando al reale e quindi il vero volto della tutela. È la concretizzazione del Diritto, il suo incontro con la realtà.

Il sistema giuridico italiano e in particolare il sistema giuridico amministrativo sono particolarmente sensibili, almeno nell'intenzione dichiarata dai dati di Diritto positivo, al tema della effettività della tutela, come del resto si impone al nostro ordinamento nel contesto dei suoi vincoli internazionali e sovranazionali. È lo stesso Codice del Processo Amministrativo ad avere come *incipit* un richiamo al principio in parola: «la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo»³⁵⁶.

La stessa Carta costituzionale italiana riscopriva, nella sfera del “fattuale”, la storicità/carnalità del Diritto come dimostrano le dispute tra i Costituenti sull'inserimento nel comma 2 art. 3 Cost.³⁵⁷ la locuzione avverbiale «di fatto» e

³⁵⁵ *Rectius*, la dottrina pura del Diritto

³⁵⁶ Art. 1 della L. 104/2010

³⁵⁷ «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e

l'aggettivo «effettiva», che non erano sfuggiti ai portatori degli antichi (o vecchi) ideali illuministici³⁵⁸. Questa attenzione alle dinamiche reali è tutt'oggi perlopiù intesa in dottrina come una attenzione dell'interprete agli aspetti fattuali e sociali del *thema decidendum*, ma nulla osta a intenderla come una spinta a considerare l'opera stessa di interpretazione come fatto rilevante per il risultato ultimo del Diritto e a gestire i diversi aspetti su cui questa influisce come parte integrante del fenomeno di cui si è partecipi.

Proseguendo con un rapido sguardo, lo stesso principio di effettività vale per il Diritto UE, laddove l'art. 19 paragrafo 1, comma 2, del TUE prevede che «gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione». Tale disposizione rafforza sostanzialmente i diritti riconosciuti ai cittadini dell'UE nelle fonti del Diritto eurounitario, ma ha anche e soprattutto una valenza processuale, rafforzata ancor più da quanto previsto dall'art. 47 della Carta di Nizza, che, come è ben noto, è equiparata ai trattati: «ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo». Tali previsioni hanno avuto, peraltro, una applicazione espansiva da parte della Corte di Giustizia³⁵⁹.

Al di là della storia applicativa di questo tipo di riferimenti normativi (tra le quali si potrebbe far rientrare l'art. 13 della CEDU³⁶⁰), conviene fare una serie di riflessioni su cosa si possa intendere con il nome di “effettività” nella prospettiva sopra delineata. Essa, infatti, sarà di qui in avanti intesa come capacità di una regola di superare indenne il filtro dell'interprete e non (solo) la sua astratta idoneità a produrre effetti, collegata alla sua validità. Questo aspetto, connesso al lato comportamentale, oltre che discrezionale, dell'interpretazione, è capace, di influire sulle dinamiche costituzionali di un Paese, che si intessono con il suo sistema di Diritto amministrativo.

In dottrina si sono individuati numerosi esempi di sistemi in cui vi era una distanza notevole tra quanto previsto dall'ordinamento e quello che in realtà avveniva nel

l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese», Art. 3, comma 2, Cost.

³⁵⁸ GROSSI P., *L'invenzione del diritto*, p. 69

³⁵⁹ ARMONE G., *Il principio di effettività: una guida nel labirinto delle fonti tra diritto civile e diritto del lavoro*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2019

³⁶⁰ Il quale recita: «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali»

quotidiano dispiego dei suoi effetti. Già Alexis de Toqueville notava, per esempio, come sotto l'*ancien régime* i sudditi vivessero normalmente in una condizione di libertà, a discapito comunque del fatto che questa non si fondasse su alcuna pretesa giuridica riconosciuta dall'ordinamento³⁶¹. Gli altri esempi sono tutti o perlomeno dimostrazione del contrario: casi in cui la astratta previsione di libertà o diritti non si traduceva in un loro effettivo riconoscimento. Si pensi a costituzioni come quella dell'URSS del 1977, che prevedeva diritti fondamentali coperti da riserva di legge e riserva di giurisdizione, ma che venivano «svuotati della loro valenza garantistica»³⁶² dalla prassi di amministrazioni e di corti che non erano di fatto indipendenti e non si *comportavano* nel senso di dare tutela concreta in sede di interpretazione.

Guardando al sistema costituzionale italiano, è chiara l'intenzione di mantenere separate e consequenziali le due dimensioni, per citare Vezio Crisafulli, del “generale e astratto disporre” e del’ “individuale e concreto provvedere”³⁶³. Il dialogo tra queste due dimensioni –l'una propria del legislatore e le altre dei poteri esecutivo e giudiziario– si sviluppa secondo una impostazione che vede nella legge lo strumento normativo principale per la tutela dei diritti e degli interessi legittimi³⁶⁴.

È evidente come in questo dialogo il *comportamento* nell'interpretare sia questione strettamente legata alla suddivisione e ripartizione di competenze e funzioni tra i poteri della Repubblica. In questo senso, il metodo interpretativo che si afferma nella cultura giuridica può incidere sui rapporti di forza, alterando sostanzialmente, in misura più o meno grave, il disegno della Carta costituzionale.

Si può quindi cominciare a domandarsi a quali fini debba tendere l'arricchimento del momento interpretativo con le scienze comportamentali, ossia in che modo si voglia indirizzare un uso più consapevole della soggettività. Il che deve essere fatto nella consapevolezza che la discrezionalità interpretativa porta con sé ricadute assiologicamente e fattualmente alternative.

³⁶¹ TOQUEVILLE A., *L'ancien régime et la Révolution*, 1856, in *Oeuvres complètes*, ed. VII, Parigi, 1866 vol. 4, cap. XI, dove resta comunque chiaro che in molti casi il potere assoluto era tutt'altro che ineffettivo o inefficace nel privare all'occorrenza di tale libertà di fatto, si pensi a coloro che venivano detenuti in luoghi come la Bastiglia.

³⁶² D'ATENA, *Le Stagioni del costituzionalismo nel suo rapporto con la tutela dei diritti fondamentali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 9

³⁶³ CRISAFULLI V., *Atto normativo*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 255

³⁶⁴ FOLLIERI F., cit., pp. 597-600; VIOLA F., ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione*, cit., p. 295

A tal proposito, è opportuno notare come alcune esigenze da cui si faceva nascere il modello normativista e positivista sono ancora oggi prese in considerazione, anche da parte della dottrina che ne commenta il superamento e la scarsa adesione alla realtà della pratica giuridica³⁶⁵. In particolare, si è affermato che «a dispetto di una *vulgata* volgare che appiattisce tutto il giuspositivismo su posizioni legalistiche e autoritarie, va sottolineato che esso adotta nei confronti del potere e dell'autorità un atteggiamento circospetto e tendenzialmente critico. Per il giuspositivismo, il potere pubblico è un male necessario. Il potere e l'autorità sono essenziali al fine di garantire che la vita di una comunità di individui sia organizzata in modo ordinato e pacifico»³⁶⁶.

Nell'affermare questo si mette soprattutto in luce come nel giuspositivismo vi fosse una forte ricerca di garanzia per i cittadini giacché uno dei principali fini cui tendeva la tassatività dell'ordinamento concepito come insieme dato di precetti era proprio la certezza e il salvaguardato affidamento che ne sarebbe derivato per l'individuo. Sarebbe poi da citare il fattore di legittimazione democratica che porta con sé la legge grazie al suo percorso formale di produzione. Tutto ciò rischierebbe di venire anch'esso "superato" assieme al modello normativista, qualora la presa di coscienza dell'inevitabile creatività dell'interprete fosse percepita come una opportunità per liberare le amministrazioni e le corti da qualsivoglia vincolo oggettivo alla volontà democratica. In altre parole, si rinunciarebbe a ogni ricerca di oggettività qualora l'eterogeneità dei fini e l'incertezza fossero percepiti solamente come una opportunità anziché come elementi anche ostici con cui fare i conti.

La soluzione trovata a questo tema dalle teorie che sono seguite alla "svolta ermeneutica" ha puntato sulla ricerca di consenso dell'interprete e sul suo sforzo di motivazione della decisione presa di fronte alla comunità degli interpreti. Secondo gran parte di queste dottrine, sarebbe la argomentazione, chiara e dichiarata nella propria assiolgia di partenza, a rendere più oggettivo e condiviso, perché persuasivo, il discorso di motivazione dell'interprete³⁶⁷.

Non si può mancare di considerare, tuttavia, come le risultanze delle scienze cognitive e comportamentali ci dicono, come si è visto, che gran parte dei nostri giudizi precedono

³⁶⁵ SCHIAVELLO A., *Postdiritto: una breve guida per i perplessi*, cit., pp. 267-268

³⁶⁶ *Ibid.*, con un invito a non «buttare, come si dice, insieme all'acqua sporca, anche il bambino»

³⁶⁷ ATIENZA M., *Diritto come argomentazione*, cit.; ABIGNENTE A., *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 27 e ss., p. 57

la loro giustificazione, soprattutto se compiuti nell'inconsapevolezza dei propri limiti cognitivi. Questo vale sia per il giudizio morale³⁶⁸ che per quello giuridico³⁶⁹.

Quest'opera di razionalizzazione e di giustificazione predicata da dette teorie rischierebbe, quindi, di diventare una spiegazione razionale di convincimenti sgorgati dall'irrazionalità o, quel che è peggio, la proposizione di convincimenti irrazionali mascherati per frutti della ragione cosciente e accettati nel contesto dell'incertezza, data la resa scettica a ogni possibilità di percepire l'oggetto vero degli ordini imperativi.

Come segnala Benvenuti, in questo contesto di globale ridiscussione del sistema giuridico, numerosi interrogativi sono suscitati in merito al fondamento epistemologico del principio di legalità, per cui «non è [...] un caso che tale interesse per la tematica metodologica si sia manifestato proprio in seno a quelle discipline dogmatiche, quali [...] il diritto amministrativo, in cui il ruolo del testo appare meno vincolante, mentre sempre più frequente è l'intreccio tra giudizi tecnici e scelte politiche, continuando a permanere sullo sfondo profili di carattere formale»³⁷⁰.

Il rischio, secondo l'Autore, è che nel relativismo del pensiero contemporaneo «viepiù connotato da un 'sapere senza fondamenti', così come da tentazioni autoreferenziali» si giunga all'«esito estremo» di un «implicito nichilismo razionalistico, di fatto indifferente alla realtà oggetto di osservazione»³⁷¹. Il vero pericolo che ne conseguirebbe non sarebbe nemmeno tanto la perdita dell'oggettività, quanto piuttosto la «perdita di punti di riferimento sicuri nel senso di argomentabili, sostituiti da una strategia incentrata sul *coup de theatre*»³⁷², tanto che Benvenuti stesso sottolinea la «necessità di un nuovo modello di ragione, sensibile al fluttuare continuo e inarrestabile degli eventi, ma trasparente nelle forme e nelle modalità di estrinsecazione»³⁷³. Ancora: la pluralità di metodi, che sostituisce la pretesa unitaria e universalizzante della filosofia analitica, potrebbe portare a una non argomentabilità vera e propria della scelta³⁷⁴.

Una risposta ad alcuni di questi temi si può far discendere dai riscontri di alcune voci di dottrina, le quali hanno ritenuto che «la rivoluzione cognitivista pone le basi per un

³⁶⁸ HAIDT J., *The emotional dog and its rational trail: a social intuitionist approach to moral judgement*, in *Psychological Review*, n. 108, pp. 814-834

³⁶⁹ SCHIAVELLO A., *Postdiritto: una breve guida per i perplessi*, cit., p. 275

³⁷⁰ BENVENUTI L., *Interpretazione e dogmatica del diritto amministrativo*, cit., pp. 4-5

³⁷¹ Ivi, p. 56

³⁷² Ivi, p. 57

³⁷³ Ibid.

³⁷⁴ Ivi, p. 58

riorientamento della teoria del diritto»³⁷⁵. In particolare, Marco Bigaglia e Bruno Celano sono stati tra i non molti in Italia a cogliere la svolta cognitivista come una opportunità per meglio indagare il fenomeno della normatività alla luce degli ultimi riscontri della scienza. Essi propongono una visione che colloca il “decidere secondo norme” in uno stato neuro-psicologico intermedio tra il Sistema 1 e il Sistema 2 del modello dualistico che si è sin qui riportato³⁷⁶. Da un lato le regole, nella decisione, opererebbero in modo analogo alle intuizioni ed emozioni, nel senso di precludere ipotesi di soluzioni alternative; dall’altro lato la decisione che si fonda su regole ha una struttura raziocinativa, inferenziale. Inoltre, la concezione logico-linguistica della normatività è da loro sostituita con una concezione psicologica in cui vengono in luce «meccanismi di generalizzazione e formazione di aspettative che non possono essere rappresentati sotto forma di elementi di una struttura logico-linguistica»³⁷⁷. Questi meccanismi presiederebbero alla «costituzione dello ‘sfondo’ su cui si stagliano in generale gli oggetti della nostra attenzione cosciente, e in particolare le norme come entità logico-linguistiche»³⁷⁸. Da detti meccanismi –tutti da approfondire– dipende anche la “normalità” o “non normalità” dei casi³⁷⁹.

Si segnala, tra l’altro, che questo genere di ricerche ha visto addirittura tentativi di “naturalizzare la normatività” tramite le scienze cognitive e comportamentali, ragionando sui “motori interni” all’obbedienza, senza troppo scetticismo rispetto all’obiettivo di giungere scientificamente a riscontri sulle dinamiche psicologiche alla base dei comportamenti normativi³⁸⁰.

Questo filone di studi porta con sé, soprattutto, un’opera di ricerca fondamentale per il discorso che qui si sta facendo, che riguarda il tema dell’autorità.

Nel modello psicologico che propongono Brigaglia e Celano, il riconoscimento di una autorità, dalla cui volontà promana la regola, può essere inteso in due sensi: la disposizione a trattare le sue pronunce come regola; la disposizione a non sottoporre le sue pronunce a riconsiderazione. Il sostrato di base necessario per l’esistenza di regole e

³⁷⁵ BRIGAGLIA M., CELANO B., *Rivoluzione cognitivista e teoria del diritto: un programma di ricerca*, in *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 2017, n. 2, p. 529

³⁷⁶ Vd. Cap. I paragrafi 1 e ss.

³⁷⁷ BRIGAGLIA M., CELANO B., *Rivoluzione cognitivista e teoria del diritto: un programma di ricerca*, in *Diritto e questioni pubbliche*, cit., p. 533

³⁷⁸ Ibid.

³⁷⁹ Ibid.

³⁸⁰ LEITER B., *Normativity for naturalists*, in *Philosophical Issues*, 2015, vol. 25, pp. 64-79

di autorità non sarebbe di tipo raziocinativo ma risiederebbe nell'automatismo della non riconsiderazione. Il momento interpretativo diventa quindi affidato a una disciplina istintiva, *habitus* dell'obbedienza. Il *ché* non significa (*ndr*), ancora una volta, che la decisione debba essere affidata nel suo complesso all'istinto, bensì che la ricezione e la interiorizzazione della fattispecie e della statuizione avvengono in via immediata.

Sembra che questa lettura sia conciliabile con le teorie sul rapporto di autorità del linceo Natalino Irti. Egli in più occasioni ha voluto concentrarsi non tanto sul momento interpretativo in sé, del quale riconosce la complessità, quanto piuttosto sull'atteggiamento che lo precede e che lo connota: l'atteggiamento dell'interprete verso il legislatore³⁸¹. Ogni uomo, afferma l'Autore, è chiamato nel suo comportarsi in una realtà di norme, a scegliere quale sia il potere a cui obbedire. Obbedire, dal latino "*ob-audio*", cioè "essere in ascolto", significa essere *disposti*, prima che *capaci* a recepire un comando linguistico e a non tradirlo con la propria opera applicativa.

Questo implica un patto di reciproca dipendenza³⁸² tra comandante e comandato, in cui il secondo riconosce nel primo l'inizio della sua esperienza giuridica. Tale inizio comporta un imperativo primitivo, frutto di una libera scelta dell'interprete (che può consolidarsi in una sorta di "giuramento professionale", *ndr*), ma dal quale consegue che di lì in avanti i singoli comandi che dovessero sgorgare da quell'inizio saranno recepiti e automaticamente interiorizzati come doverosi.

Irti parla della cosiddetta *Grund-norm* Kelseniana, che, con le parole di Giovanni Gentile, potrebbe essere definita come una "legge di osservare le leggi", ma più in generale parla di una presa di coscienza dei reciproci ruoli da parte dei partecipanti al fenomeno comunicativo della norma, che dovrebbero cercare un ponte (linguistico) tra di loro, limitando la possibilità che autore o destinatario del comando vi inseriscano significati «arbitrari o sovversivi»³⁸³.

Ipotizzando che vi siano spazi per una minima comunicabilità dei precetti (come affermato dalle teorie cdd. miste, che si sono viste *supra*, ma come pare di poter recepire anche da studi come quelli di Brigaglia e Celano, i quali peraltro si interrogano sulla democratizzazione e costituzionalizzazione degli apparati gerarchici e su come

³⁸¹ IRTI N., *Inizio e obbedienza*, in *Criminalia*, 2021, p. 3; vd. anche IRTI N., *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021

³⁸² A proposito è citata la teoria di Hegel sul rapporto servo-padrone e quelle di Hobbes sullo scambio sicurezza-obbedienza come fondamento dello Stato

³⁸³ IRTI N., *Inizio e obbedienza*, cit., p. 4

inserire i principi in questo loro disegno), si potrebbero aprire opportunità per un nuovo ruolo della legge e per un nuovo ruolo degli interpreti, in grado, con strumenti pratici simili a quelli visti nel precedente capitolo³⁸⁴, di governare la propria soggettività essendo formati sulle sue caratteristiche.

In conclusione, le scienze cognitive comportamentali aprono orizzonti di osservazione sul momento interpretativo e rendono forse possibile spingersi oltre a dove in passato altre generazioni di teorici del Diritto si erano fermate a causa dei minori mezzi scientifici apprestati dall'episteme del loro tempo.

In particolare, esse possono mettere sotto una luce nuova l'indagine sui funzionamenti della soggettività dell'interprete ed entrare con lo sguardo della scienza all'interno del momento critico della concretizzazione del Diritto, in cui si determinano i veri ed ultimi effetti dell'ordinamento sulla vita dei singoli e della società, oltre che i rapporti di forza effettiva tra i poteri dello Stato che fanno ancora oggi utilizzo del linguaggio come strumento di imperio.

Questa indagine della soggettività, come si è visto, è capace di tenere in conto i fattori di crisi e di smarrimento che abitano il contesto dell'incertezza giuridica contemporanea, ma può dare fiducia anche a tentativi di razionalizzazione di tale panorama incerto e di formazione di giuristi vigili verso i temi della razionalità limitata.

³⁸⁴ Cap. I, paragrafo 1.2

CAPITOLO III

SCIENZE COMPORTAMENTALI E DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA PONDERATIVA.

1. La discrezionalità ponderativa e l'amministrazione come "artigiano degli interessi".

La conseguenza principale delle teorie che si sono viste rispetto alla creatività e non neutralità assiologica dell'interpretazione è che la categoria del potere amministrativo ponderativo di interessi potrebbe essere vista come trasversale alla storica ripartizione tra attività vincolata e discrezionale.

Tradizionalmente, nella prima unico compito della PA sarebbe verificare i requisiti di una situazione di fatto per attribuire a questa la conseguente situazione effettuale della norma; nella seconda invece gli amministratori sarebbero chiamati a farsi decisori e a determinare, appunto, discrezionalmente, aspetti che riguardano l'*an*, il *quid*, il *quomodo*, il *quando* dell'azione³⁸⁵.

Si è poi visto, ad esempio, come in Luigi Benvenuti la discrezionalità stessa, pur distinta dall'interpretazione, possa essere vista come porzione di un più ampio fenomeno interpretativo, reticolo di questioni giuridiche, di valore e anche tecniche³⁸⁶, che può incidere sulla realizzazione di un programma antropologico-politico in luogo di un altro. Di fronte a queste riflessioni ci si potrebbe domandare se la distinzione ora vista tra i due tipi di attività amministrativa possa conciliarsi con un panorama metodologico che in larga parte esclude la realizzabilità pratica della mera applicazione "meccanica" del Diritto. La risposta positiva a questo interrogativo si può fondare sul grado di "copertura" che il legislatore ha dato alla norma nel disciplinare tratti essenziali della decisione. Laddove questi abbia inteso disciplinare ogni aspetto, potrebbe darsi che l'opera degli amministratori si riduca alla sola interpretazione, la quale, come detto, conserva un margine –talvolta anche ampio– di impronta dell'interprete, ma che è certamente più stringente rispetto a quei casi in cui sia evidentemente demandato al

³⁸⁵ DELLA CANANEA G., DUGATO M., MARCHETTI B., POLICE A., RAMAJOLI M., *Manuale di Diritto amministrativo*, cit., pp. 139-140

³⁸⁶ BENVENUTI L., *Interpretazione e dogmatica nel Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 101

decisore pubblico stabilire l'opportunità, il contenuto, le modalità e i termini temporali del suo agire. Si pensi ai casi di accertamento costitutivo come quelli relativi alle iscrizioni (ad una categoria, od organizzazione) o alle registrazioni (necessarie all'esercizio di determinati diritti o facoltà)³⁸⁷.

Del resto, è anche chi argomenta sulla complessità dell'attività di interpretazione incentrata sull'atto decisionale ad ammettere che essa si distingue da un pieno esercizio della discrezionalità amministrativa, per il fatto di non essere creativa in maniera radicale e di non lasciare un ampio spazio di decisione per il caso concreto, caratterizzandosi per una «ricerca di equilibrio tra dati testuali ed elementi fattuali, pur continuamente messa in discussione dalle movenze della storia»³⁸⁸.

A queste precisazioni preliminari si deve aggiungere il tema della discrezionalità tecnica, che emerge laddove la decisione amministrativa si basi su parametri fattuali con una misurabilità e valutabilità, appunto, tecnica. La dottrina maggioritaria parla oggi piuttosto di “valutazioni tecniche”, inserite in un processo decisionale che si caratterizza per una fase di assunzione e apprezzamento dei dati tecnici e una successiva ove si determinano le conseguenze pratiche che ne debbono derivare³⁸⁹. È da ricordare, a tal proposito, l'incidenza della razionalità limitata proprio sull'apprezzamento dei dati di realtà e dei dati quantitativi, i quali sono essenziali per questo tipo di decisioni³⁹⁰. Si può peraltro richiamare quanto affermato da Simon, rispetto alla non immediata derivabilità di un enunciato etico sul da farsi dagli elementi di fatto, così come questi ultimi non sono derivabili da alcuna proposizione etica³⁹¹.

Dal 2010, comunque, essendo stata introdotta la consulenza tecnica d'ufficio nel neonato codice del processo amministrativo (L. 104/2010), si è tolta al giudice la sostanziale preclusione nel dover vagliare decisioni prese in situazione di portata e complessità tecnica.

I temi trattati nel precedente capitolo, in merito all'interpretazione, non sono comunque esclusi in ambito di discrezionalità amministrativa, in quanto parte della complessa

³⁸⁷ DELLA CANANEA G., DUGATO M., MARCHETTI B., POLICE A., RAMAJOLI M., *Manuale di Diritto amministrativo*, cit., p. 140

³⁸⁸ BENVENUTI L., *Interpretazione e dogmatica nel Diritto amministrativo*, cit., p. 99

³⁸⁹ DELLA CANANEA G., DUGATO M., MARCHETTI B., POLICE A., RAMAJOLI M., *Manuale di Diritto amministrativo*, cit., pp. 145-146

³⁹⁰ Vd. Cap. I, paragrafi 1.1 e 1.1.1

³⁹¹ SIMON H. A., *Administrative behavior. A study of decision-making processes in administrative organization*, cit. pp. 55-63

opera decisionale menzionata è anche l'interpretazione dei testi normativi che fondano e orientano l'esercizio del potere³⁹². I casi in cui è più difficile tracciare una linea sicura tra interpretazione e discrezionalità sono quelli in cui vi siano presupposti o motivi non generici che delimitano lo spettro della scelta discrezionale, che possono fare ad esempio riferimento a qualche parametro di natura tecnica o richiedere essi stessi un apprezzamento tecnico-valutativo³⁹³.

Ad ogni modo, essendosi trattato *supra* della questione interpretativa si tratterà ora il momento del bilanciamento in sé. Ci si può, infatti, avviare per il percorso di codesto capitolo, che vorrà guardare a un ambito, quello della discrezionalità amministrativa, anche detta ponderativa, in cui si chiede a chi amministra un esercizio di razionalità e creatività con più un ampio raggio di possibili alternative. Questo tipo di attività, infatti, pur essendo sindacabile sotto diversi aspetti e pur trovando fondamento e fine in principi e norme preesistenti, si caratterizza per un per un'opera complessa di concertazione di interessi e di ricerca di soluzioni pratiche, che il legislatore non ha potuto o voluto predeterminare in modo esatto con lo strumento della legge.

Assieme a comprendere l'incidenza delle scienze comportamentali nella analisi di questo tipo di "comportamento decisionale", è bene comprendere il funzionamento del quadro legale e di principi che delimita anche l'esercizio della discrezionalità, pur conservandosi spazi di volontà sottratti, in parte o *in toto*, al sindacato giurisdizionale. Sarà così più chiaro in che modo tali scienze possano essere utilizzate e a quali fini sarebbe bene indirizzare il loro impiego.

I vizi di legittimità che la giurisdizione amministrativa italiana può rilevare in un provvedimento sono, come è noto, l'incompetenza, la violazione di legge e l'eccesso di potere³⁹⁴.

Il vizio che viene sicuramente in maggior rilievo per la ricerca di questo elaborato è l'eccesso di potere, in quanto è attraverso il vaglio orientato a dichiararne o negarne la presenza che si realizza uno scrutinio della razionalità del comportamento decisionale dell'amministrazione.

³⁹² DELLA CANANEA G., DUGATO M., MARCHETTI B., POLICE A., RAMAJOLI M., *Manuale di Diritto amministrativo*, cit., p. 141; Cfr. BENVENUTI L., *Interpretazione e dogmatica nel Diritto amministrativo*, cit., pp. 95-102

³⁹³ BENVENUTI L., *Interpretazione e dogmatica nel Diritto amministrativo*, cit., p. 101

³⁹⁴ DELLA CANANEA G., DUGATO M., MARCHETTI B., POLICE A., RAMAJOLI M., *Manuale di Diritto amministrativo*, cit., p. 349

Nato come applicazione del principio di separazione dei poteri esso era originariamente inteso come “straripamento” di un potere rispetto ai suoi confini. Il significato odierno giunge a noi attraverso una evoluzione: dapprima la giurisprudenza francese lo ha riportato alla nuova definizione di *détournement de pouvoir*, che consisteva nell’uso di un potere discrezionale per finalità differenti rispetto alla norma attributiva³⁹⁵; successivamente, in Italia, la legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato (1889), nel definire l’equivalente italiano del *détournement* francese, ne ampliava ancor di più la portata, consentendo al giudice amministrativo, negli anni successivi, di contestare, in un atto amministrativo, l’illogicità, l’irragionevolezza, il tradimento dello «spirito della legge»³⁹⁶ e financo le questioni sostanziali che attenessero «alla vera giustizia dei provvedimenti»³⁹⁷.

La giurisprudenza, nell’intento di dare più ampia garanzia, giunse poi all’elaborazione delle figure sintomatiche di eccesso di potere, che si emanciparono come autonome ragioni di vizio. Già dagli anni ’50 grazie alle riflessioni della dottrina, l’eccesso di potere fu definito come vizio della funzione amministrativa, che veniva scrutinata come fenomeno pienamente giuridico regolato da uno schema normativo in senso lato, che ricomprende anche i principi generali (imparzialità, proporzionalità, ragionevolezza, completezza e aderenza al vero dell’istruttoria, giustizia sostanziale)³⁹⁸.

È grazie a questo percorso, compiuto dal Diritto amministrativo italiano rispetto al sindacato sull’eccesso di potere, che si è potuto compiere il passaggio dal principio di legalità formale a quello di legalità sostanziale, tramite il quale si sono forniti, come si è visto, sempre nuovi strumenti per valutare le scelte razionali delle amministrazioni. Proprio qui si potrebbe aprire oggi la via a strumenti ulteriori come quelli delle scienze comportamentali.

Difatti, tale concezione di legalità dell’agire amministrativo affermatasi nell’Italia repubblicana va oltre il mero rispetto degli enunciati normativi e funzionalizza l’intero agire amministrativo al perseguimento in senso concreto di risultati che manifestano la ricerca del pubblico interesse prefissato. Questa concezione della legalità si fonda quindi sull’idoneità del potere esercitato al conseguimento di risultati concreti (e

³⁹⁵ Ivi, pp. 356-357; cfr. BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, p. 18

³⁹⁶ Ibid.

³⁹⁷ Ibid. con le parole del Consigliere Silvio Spaventa (1822-1893) in un parere del 1879

³⁹⁸ Ibid.

coerenti con il pubblico interesse); non solo, quindi, sulla sua astratta rispondenza ai fini indicati nella legge³⁹⁹.

Affermare questo significa anche ammettere che l'opera razionale dell'amministrazione non avviene in una scatola chiusa che si limita a emettere il provvedimento, bensì in un "congegno decisionale" che espone al giudice amministrativo tutti i suoi meccanismi e funzionamenti e tutti i risultati che è stato o sarà in grado di ottenere. Ecco, allora, che sia quel sistema decisionale, sia chi, dal lato della giurisdizione, è chiamato a vagliarlo dovranno avere i più aggiornati strumenti scientifici per intuire le possibili dinamiche disfunzionali che possono precludere a un miglior perseguimento del pubblico interesse. Come si vedrà, ma come dovrebbe essere chiaro dalla lettura del Capitolo I, proprio lo studio dell'"architettura delle scelte" che si è fatto prima in economia classica⁴⁰⁰, poi in ambito comportamentale, potrebbe offrire strumenti critici di rilievo, sia per la disciplina e autodisciplina delle amministrazioni, sia per l'esercizio del sindacato giurisdizionale.

Nel procedimento amministrativo, in particolar modo in un contesto di attività discrezionale, si trovano sovente a confronto varie posizioni di interesse sia pubbliche che private e le combinazioni tra il soddisfacimento e il sacrificio di diversi interessi possono avere una composizione molto variabile a seconda del quadro fattuale di ogni caso. Si possono esemplificare principalmente tre tipi di situazioni che sono state individuate da Bin e Pitruzzella: la concorrenza di più soggetti verso uno stesso bene della vita di quantità limitata; la concorrenza di interessi individuali non omogenei; la concorrenza tra interessi individuali e interessi collettivi⁴⁰¹.

Nella prima categoria si possono far rientrare, per esempio, i casi di competizione per ottenere una stessa provvisione; nella seconda quei casi in cui la situazione giuridica di un soggetto comporta sacrificio della differente situazione giuridica di un altro; nella terza tutti quei casi, ad esempio, in cui un interesse privato come quello alla libertà di iniziativa economica viene a scontrarsi con le limitazioni che a questa sono imposte dall'autorità per garantire un interesse pubblico.

³⁹⁹ Ibid.

⁴⁰⁰ Si pensi alla teoria dei giochi, allo studio delle dinamiche delle decisioni di voto, del rapporto di agenzia ecc...

⁴⁰¹ BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 540-542

In tutti questi casi si può realizzare il bilanciamento tra principi di pari rango, come teorizzato da Robert Alexy: non configurandosi una vera e propria antinomia risolvibile con la prevalenza di una posizione sull'altra, l'amministrazione è chiamata a decidere quali interessi sacrificare e in quale misura, dovendo, secondo il principio di ragionevolezza, ottenere la soluzione pratica che globalmente rispetta in maggior misura tutte le pretese avanzate dai soggetti coinvolti.

Questo concetto, che si avvicina per certi versi alla nozione di ottimo paretiano (enunciata con riguardo alla scienza della negoziazione⁴⁰²), fa sì che l'amministrazione debba attuare un comportamento complesso, scientifico, ponderato e giustificabile, che adatti "artigianalmente" o "sartorialmente" la soluzione concreta alla conformazione della realtà fattuale, pur tendendo alla realizzazione della prospettiva teleologica dell'ordinamento.

Ecco allora che, se la razionalità decisionale è lo strumento per elaborare soluzioni concrete che tendono a un fine, due sono le principali dinamiche comportamentali che possono precludere alle azioni dell'amministrazione di essere tappe intermedie verso l'orizzonte finalistico, sempre in avanzamento, del pubblico interesse. La prima è il perseguimento di un fine altro e distorto, la seconda è il perseguimento del fine "corretto" con un'opera di ragione inadeguata, in quanto deviata da errori decisionali.

Ad ogni modo, quale che sia il fine perseguito, la razionalità limitata è sempre in grado di separare i fini del decisore da risultati con essi coerenti⁴⁰³.

Proprio Herbert Simon, nello spiegare il metro di giudizio della razionalità delle organizzazioni amministrative, lo rilevava nella corrispondenza tra l'orientamento concreto dei loro processi decisionali e i fini che sono loro posti o che talora esse si pongono⁴⁰⁴. In questo senso, si può realizzare un parallelismo e instaurare un dialogo tra il Diritto amministrativo come sistema di giustificazione e riesame delle scelte e le scienze comportamentali come luogo di osservazione e spiegazione degli sviluppi decisionali.

Nei prossimi paragrafi si vedranno quindi quelle teorie che hanno analizzato le prospettive finalistiche degli amministratori e poi quelle che hanno voluto mettere sotto

⁴⁰² Cap. I, paragrafo 2.3

⁴⁰³ BENVENUTI L., *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, cit. p. 191; cfr. NAPOLITANO G., *La logica del diritto amministrativo*, ediz. II, Bologna, Il Mulino, 2017, p. XII

⁴⁰⁴ SIMON H. A., *Administrative behavior. A study of decision-making processes in administrative organization*, cit.

la lente comportamentale il momento decisionale ponderativo. Si ipotizzeranno infine i nuovi orizzonti pratici dell'impiego delle scienze comportamentali nel sindacato per eccesso di potere.

2. Dalle teorie economicistiche della scelta pubblica a quelle comportamentali.

Il Diritto amministrativo, per i motivi sopra descritti, ha una particolare componente teleologica, nel senso che la funzionalizzazione di tutti i poteri pubblici ad un fine, diventa presupposto per contestare quegli atti che, in concreto, tale fine non perseguono. Il fatto che i pubblici funzionari perseguano necessariamente fini di interesse pubblico è un assioma generalizzante che cozza con la natura umana e individuale dei funzionari stessi.

Una prima intuizione di questo è risultata nelle teorie che hanno voluto applicare alla scelta pubblica gli stessi strumenti di giudizio delle scelte utilizzati in economia.

La prima svolta teorica in tal senso è provenuta da una serie di contributi che si fanno ricadere sotto il nome di *Public Choice Theory*. I principali esponenti di questa corrente di pensiero –tra cui James Buchanan, William Landes, William Niskanen, Richard Posner, George Stigler e Gordon Tullock– erano prima di tutto esponenti della corrente economica neoclassica. Il loro modo di trattare i partecipanti al fenomeno amministrativo pubblico come “esseri umani veri” era quello di analizzarli come esemplari di *homo economicus*, presumendo quindi che essi fossero soggetti razionali e orientati alla realizzazione della propria utilità⁴⁰⁵. Essi, quindi, avrebbero perseguito interessi personali e opportunistici, al posto di un idealizzato interesse pubblico⁴⁰⁶. Questa concezione ha aperto la strada all'utilizzo delle scienze economiche per l'analisi dell'agire amministrativo e in particolare di quella esemplare e ampia espressione di discrezionalità amministrativa che è la regolazione.

Si è così creato un filone di studi che non mira ad integrare soltanto la scienza politica bensì anche la scienza giuridica del Diritto amministrativo, volendo ricostruire le «relazioni strategiche» che presiedono al suo sviluppo⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ IP E. C., *Behavioral public choice Economics and the Law*, Springer Nature Singapore, 2022

⁴⁰⁶ BENVENUTI L., *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 171

⁴⁰⁷ Ibid.

In Italia, rispetto all'ambito scientifico della cd. *Law and Economics*, si è guardato in particolare a quella scuola di New Haven che ha dato importanza ai profili equitativi e che ha criticato la visione dell'efficienza come «eccessivamente incentrata sull'incremento della ricchezza»⁴⁰⁸. Tra gli obiettivi vi sarebbe «riorientare lo studio del diritto costituzionale e amministrativo e superarne la concezione incentrata sul ruolo del sindacato giurisdizionale»⁴⁰⁹, il che «valorizzando i contenuti dei processi decisionali, e i risultati sostanziali alla luce dell'efficienza e della equità distributiva»⁴¹⁰.

La dottrina di Giulio Napolitano ha voluto adattare al nostro contesto le riflessioni perlopiù anglosassoni, di quest'ambito di ricerca: l'Autore ha segnalato come simili studi si siano concentrati soprattutto su analisi confinate a istituti tipici della *common law* (trascurando la prospettiva pubblicistica) con verifiche empiriche quasi esclusivamente con riferimento all'ordinamento statunitense; come vi sia in essi un primato della *pars destruens* sulla *pars costruens*; come, infine, tali analisi finiscano spesso per guardare al fenomeno giuridico in «termini semplificati e secondo modelli stilizzati non corrispondenti a quelli reali»⁴¹¹, peraltro con una «scarsa considerazione dei fondamenti etici e valutativi»⁴¹².

Fatte queste osservazioni (che potrebbero essere colte come sollecito alla ricerca) sembra che queste letture possano essere utili alla scienza del Diritto pubblico, offrendole strumenti di ricerca a contatto con altri campi del sapere. A tal proposito, Napolitano segnala che l'Economia politica del Diritto e le scienze economiche del Diritto hanno fra loro confini sfumati. Questi studi infatti offrono «raccomandazioni di politica del diritto non solo [...] rivolte al legislatore, ma anche [...] dirette alla pubblica amministrazione e al giudice, affinché privilegino la scelta discrezionale o la decisione più efficiente o più efficace rispetto agli obiettivi dati. Si tratta allora di distinguere tra approcci descrittivi e approcci prescrittivi: ma sia gli uni che gli altri, rientrano perfettamente nella prospettiva di studio dell'analisi economica del diritto e pertanto possono trovare proficue applicazioni anche nel campo del diritto pubblico»⁴¹³.

⁴⁰⁸ Ivi, p. 173

⁴⁰⁹ NAPOLITANO G., ABRESCIA M., *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 28

⁴¹⁰ BENVENUTI L., *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, cit., p.173

⁴¹¹ NAPOLITANO G., ABRESCIA M., *Analisi economica del diritto pubblico*, cit., pp. 46-47

⁴¹² Ibid.

⁴¹³ Ivi, p. 51

Secondo l'Autore, inoltre, la realtà del Diritto amministrativo non è retta da un ordine e da meccanismi ordinamentali rigidi, bensì dalle moltissime interazioni, della più varia natura, tra legislatori, funzionari, amministratori e portatori di interessi individuali e collettivi⁴¹⁴. In questo panorama, sovente caotico, esisterebbe una «razionalità implicita collettiva» –da cui proverrebbero le scelte del legislatore e degli amministratori– le cui vere valutazioni sottese sarebbero di natura essenzialmente utilitaristica, anche se non necessariamente ponderata». La dinamica di questo sistema si reggerebbe su «scambi con i vari attori economici e sociali»⁴¹⁵.

In queste riflessioni si sposta il *focus* su strategie e conflitti, all'interno di quella che viene vista come un'arena collettiva di negoziazioni e liti⁴¹⁶. Vanno così di pari passo profili scientifico-dogmatici e istituzionali con un coinvolgimento di discipline non giuridiche e un ampio uso di strumenti comparativi⁴¹⁷.

Particolare rilievo è dato poi a quel concatenarsi di atti e di fatti che portano la decisione politica ad avere attuazione amministrativa: per Napolitano questo procedimento si reggerebbe su un sistema di deleghe a cascata che consentono di «massimizzare il prodotto» inteso come «l'insieme delle politiche pubbliche volte a soddisfare le preferenze dei cittadini»⁴¹⁸. Utilizzando il modello teorico dei rapporti di agenzia, queste vie di ricerca hanno tentato di far luce sulle «patologie del comportamento burocratico»⁴¹⁹. Le eventuali motivazioni egoistiche sarebbero alla base di deviazioni dal mandato legislativo con una serie di distorsioni che «si oppongono al figurino di una amministrazione imparziale e pacificata»⁴²⁰, distorsioni che per Napolitano vengono accettate dalla comunità anche per una mancanza di alternative imposta dal monopolio del potere coercitivo che fa capo allo Stato.

Bisogna riconoscere a tutte queste letture una visione disincantata della “materielità” del sistema amministrativo, che apre le vie, come si è ora visto, a un impiego di strumenti esterni al Diritto per raggiungere le finalità di quanti al Diritto devono fare ricorso. Il Diritto non nasce infatti come meta-realtà teorica a disposizione di chi voglia specularvi

⁴¹⁴ Ivi, p. XII

⁴¹⁵ Ibid.

⁴¹⁶ BENVENUTI L., *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, cit., p.184

⁴¹⁷ Ivi; cfr. CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995, pp. 19 e ss.

⁴¹⁸ NAPOLITANO G., *La logica del diritto amministrativo*, cit., p. 34

⁴¹⁹ BENVENUTI L., *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, cit., p.188

⁴²⁰ Ibid.

nella purezza della disciplina e nella paura di contaminazioni, bensì come strumento di risoluzione di problemi cruciali per la vita dei singoli e della comunità.

I contributi appena visti hanno, tuttavia, secondo altra dottrina, una prospettiva che manca di una ulteriore apertura e potrebbe essere quasi giudicata come affetta da un particolare *bias*. Infatti, i modelli economici che si sono citati – e che sono stati applicati anche proficuamente al diritto pubblico – scontano la loro derivazione da teorie che hanno assiomi di fondo sulla natura umana smentiti dagli studi empirici che hanno portato alla svolta cognitivista e comportamentista.

Studiare la deviazione dal mandato legislativo solo considerando possibili tendenze egoistiche è un approccio che non considera la complessità del fenomeno cognitivo e la miriade di altri fattori devianti che potrebbero essere influenti. Si pensi anche a quelli registrati quotidianamente in Italia dalla letteratura anche giornalistica: gli esseri umani non sono solo egoisti, ma possono talvolta essere devianti da una serie complessa di passioni, di timori, di idiosincrasie, che vanno dalle tendenze ideologiche alla cd. “paura della firma”, dalle antipatie personali alla adesione a credenze diffuse.

Questa attenzione per la complessità è stata portata da una “seconda rivoluzione” nel campo della *Public Choice* che ha portato alla *Behavioral Public Choice Theory*, nuovo ambito teorico di analisi sull’esercizio dei pubblici poteri. Questa teoria concorda con la *Public Choice* sul fatto che si possano fare proficue ricerche a partire dai comportamenti individuali per comprendere fenomeni collettivi⁴²¹. Questo vale soprattutto a partire dall’assunzione che il cd. *homo economicus* e il cd. *homo politicus* siano poi la stessa persona, non potendosi sdoppiare gli individui a seconda del contesto⁴²². Quello che muta è che l’*homo* oggetto di osservazione non è più quello dell’Economia classica, bensì quello, a razionalità limitata, dell’Economia comportamentale⁴²³. Nel fare questo, gli studiosi comportamentali della scelta pubblica mantengono la tendenziale diffidenza della *Public Choice* verso i regolatori, segnalando che l’entusiasmo di molti comportamentisti per l’impiego di strategie di *nudging* verso la popolazione, è dimostrazione di una contraddittoria fiducia verso quegli umani che dovrebbero fungere da “architetti delle scelte”⁴²⁴, anch’essi razionalmente limitati. Si è anzi affermato che,

⁴²¹ IP E. C., *Behavioral public choice Economics and the Law*, cit., p. 14

⁴²² Ibid.

⁴²³ Ibid.

⁴²⁴ Ibid.

più che i cittadini, proprio i regolatori e i governanti dovrebbero essere i «primi candidati» per un uso *nudging* volto a mitigarne gli errori decisionali⁴²⁵.

Proprio partendo da quest'ultimo spunto, che è ben lontano dall'essere una mera provocazione o una *boutade*, si potrà ora vedere quali spunti offrano le scienze comportamentali rispetto a coloro che esercitano i poteri discrezionali e bilanciano gli interessi coinvolti nel fenomeno amministrativo.

3. La componente organizzativa e la componente comportamentale del buon andamento della pubblica amministrazione. I principali punti di criticità della scelta amministrativa.

L'art. 97 Cost. recita, al secondo comma, «I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione». Il principio di buon andamento e quello di imparzialità debbono essere seguiti dall'amministrazione nel suo agire concreto. Uno si identifica con «l'ordinazione dell'amministrazione al suo fine primario, cioè l'interesse pubblico specifico», mentre l'altro «riguarda il rispetto degli interessi secondari e si atteggia più come limite che come criterio positivo»⁴²⁶.

Quello che più rileva ai fini del discorso è che nella elaborazione giurisprudenziale e dottrinale di questa disposizione si distinguono, in particolare con riferimento al buon andamento, due nozioni –una funzionale e l'altra strutturale– legate agli elementi organizzativi dell'amministrazione, che «costituiscono criteri di aggregazione e di specificazione degli interessi pubblici e contribuiscono ad enucleare un primo livello di esplicitazione normativa del parametro valutativo, individuato nel principio di buona amministrazione»⁴²⁷. La giurisprudenza ha affermato l'incidenza di questi principi sull'attività amministrativa, ma bisogna rilevare come si sia fermata, sovente, a «mere statuizioni di principio»⁴²⁸.

Il problema organizzativo del Diritto amministrativo ha a che fare in gran parte con fenomeni che risentono delle dinamiche effettive del Diritto e che sono stati trattati dagli studi comportamentali. Anzi, si può affermare che gli studi che, a partire da

⁴²⁵ HASNAS J., *Some nudging about nudging: four questions about libertarian paternalism*, Georgetown Journal of Law & Public Policy, 2016, n. 14, p. 656

⁴²⁶ DELLA CANANEA G., DUGATO M., MARCHETTI B., POLICE A., RAMAJOLI M., cit., p. 128

⁴²⁷ Ivi, p. 29

⁴²⁸ Ibid.

Simon, hanno dato il via alle scienze comportamentali moderne siano partiti proprio dalla trattazione dei modelli organizzativi, nella piena coscienza del fatto che il procedere e il provvedere amministrativi sono strutturati in attività organizzate all'interno di plessi di componente umana variabile.

La dottrina costituzionale e amministrativa ha in alcune sue voci dimostrato percezione della non trascurabile valenza sostanziale, oltre che procedurale, del tema dell'organizzazione. Si è per questo parlato della necessità di "copertura organizzativa" e "copertura amministrativa", essenziali e indispensabili affinché l'elenco delle garanzie non resti lettera morta⁴²⁹.

L'amministrazione, in sostanza, può fungere da "aspetto materiale" dell'ordinamento anche solo nei modelli di coordinamento interno e di gestione anche comportamentale.

I due modi in cui si può guardare allo studio del funzionamento delle amministrazioni, secondo Simon, sono di natura descrittiva, ovvero deontologica (il cd. "design delle organizzazioni"). Il rapporto tra i due approcci è paragonato dall'Autore a quello tra la fisica e l'ingegneria: una tesa a svelare i funzionamenti della realtà, l'altra a utilizzare le nozioni in senso costruttivo per adattare il reale ai bisogni della vita⁴³⁰.

È interessante notare come la trattazione di Simon in tema di «equilibrium of the organization» riguardi proprio il tema delle possibili frizioni o interazioni di vario genere tra gli obiettivi e le sensibilità personali del personale amministrativo e gli obiettivi che sono assegnati istituzionalmente alla organizzazione di appartenenza⁴³¹; nel caso del nostro Diritto amministrativo, quindi, del rapporto tra le prospettive finalistiche dei funzionari e l'interesse pubblico specifico.

Simon afferma un principio basilare: i funzionari contribuiscono alla realizzazione dei fini dell'organizzazione, solo in quanto questi ultimi contribuiscano, direttamente o indirettamente ai loro fini personali⁴³². Dalla grande varietà di questi fini personali discende, per esempio, che l'incentivo economico all'ottenimento di risultati non sia

⁴²⁹ La prima espressione è utilizzata in D'ATENA, *Le Stagioni del costituzionalismo nel suo rapporto con la tutela dei diritti fondamentali*, cit., ma si rifà chiaramente, pur riadattandolo al contesto, al concetto di "copertura amministrativa" elaborato da Romano Bettini in BETTINI R., *Il teorema della copertura amministrativa delle leggi*, in *Sociologia del diritto*, 1990

⁴³⁰ SIMON H. A., *Administrative behavior. A study of decision-making processes in administrative organization*, cit., p. 50

⁴³¹ *Ivi*, p. 140

⁴³² *Ibid.*

sempre necessariamente il più efficace⁴³³. È di nuovo la questione della svolta comportamentale che ha fatto luce sulla complessità dei fini personali, non sempre egoistici in senso economico, oltre che sulle capacità razionali⁴³⁴.

L'Autore dà un particolare sguardo a fattori come la percepibilità del collegamento tra le mansioni dei funzionari e il fine a cui sono preordinate; analizza inoltre gli effetti della variazione dei fini specifici che l'amministrazione persegue. Rispetto a questo secondo aspetto viene in rilievo un differente atteggiamento dei diversi funzionari verso possibili mutamenti di fine: infatti, taluni, che hanno lealtà verso i fini più che verso l'organizzazione, avranno tendenze conservative dello *status quo*; gli altri, più fedeli alla organizzazione che ai fini specifici contingenti, saranno più propensi ai mutamenti, soprattutto se le novità accrescono il ruolo dell'ente⁴³⁵. Questo può riguardare un particolare aspetto del decidere amministrativo: il possibile fenomeno dell'inerzia ai cambiamenti di quelle riforme normative che incidono sulla conformazione dell'interesse pubblico specifico. Tale ancoraggio può trasformarsi in una resistenza alla novità, operata sia nel comportamento interpretativo che in quello più ampiamente discrezionale. È questo forse un aspetto che meriterebbe verifiche empiriche e ulteriori ricerche, magari con l'utilizzo di strumenti computativi nell'analisi di ampi campioni statistici di decisioni amministrative.

Il rapporto tra i funzionari e gli scopi dell'organizzazione può assumere poi diverse gradazioni, tanto che Simon nota come talvolta l'attaccamento dei primi per i secondi possa essere addirittura «esagerato»⁴³⁶, tale da diventare di valore personale. Se guardiamo al nostro Diritto amministrativo, questo può incidere sul bilanciamento degli interessi precludendo un ragionamento obiettivo sugli interessi secondari e facendo focalizzare in modo eccessivo il soggetto sull'interesse pubblico verso il quale sono specificamente ordinate le sue mansioni.

⁴³³ Ibid.

⁴³⁴ Peraltro, i tentativi di far rientrare gli altri tipi di soddisfacimento personale in un "profitto" in senso lato non fanno che rendere fumosi e poco definiti i contorni del presunto scopo utilitarista e tendente alla convenienza personale che è proclamato motore dell'agire umano dalle teorie economiche classiche: in tal senso, cfr. BENVENUTI L., *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 181; HEATH A., *Rational choice and social exchange*, Cambridge, Cambridge University Press, 1976; GOFFMAN E., *Il rituale dell'interazione*, Bologna, Il Mulino, 1988; GEERTZ C., *Interpretazione di culture*, Bologna, Il Mulino, 1987

⁴³⁵ SIMON H. A., *Administrative behavior. A study of decision-making processes in administrative organization*, cit., p. 146

⁴³⁶ Ivi, p. 144

Questi sono solo esempi di meccanismi organizzativi che possono incidere sulla realizzazione del programma finalistico che è assegnato alle amministrazioni e su una efficace protezione dei relativi beni giuridici.

Si badi che queste considerazioni non intendono introdurre una (machiavellica e macchinosa) analisi delle intenzioni. Difatti, i moventi personali sono un fattore difficilmente quantificabile e parametrabile. Essi però devono essere inseriti in un ragionamento più ampio, che non semplifichi la realtà umana con cui il giurista ha a che fare e che tenga in conto in una certa misura anche di queste variabili.

Mentre, però, l'indagine sugli obiettivi personali può rivelarsi una *probatio diabolica*, gli effetti comportamentali che quegli obiettivi hanno, possono essere misurati e indagati, così come gli altri difetti decisionali che non riguardano tanto la prospettiva teleologica personale, quanto l'adeguatezza delle modalità di azione prescelte. Alcune di queste analisi, come quelle sulla natura degli incentivi da rapportarsi alla natura delle priorità personali, possono essere uno stimolante terreno di ricerca.

Lo sguardo di qui in avanti sarà misto. Si affronteranno in questo paragrafo i punti sensibili del momento della scelta discrezionale pubblica. In quello successivo si evidenzieranno possibili innovazioni per ovviare alle distorsioni. Questo procedere ha un duplice indirizzo sul piano del Diritto amministrativo: per un verso, rivolto a tutte quelle istanze degli studi comportamentali su come migliorare e "purificare" la scelta pubblica in un'ottica anche di *compliance* delle amministrazioni stesse; per altro verso, rivolto al sistema giurisdizionale, perché possa svolgere il sindacato con nuovi strumenti e con una nuova consapevolezza scientifica dei fattori reali di cui si compone la scelta amministrativa, in particolar modo con riferimento ai vizi di eccesso di potere.

Trattare dei punti di forza e di debolezza dei processi decisionali di un'organizzazione può significare poter tracciare una linea tra pratiche organizzative che favoriscono la adeguatezza e il rigore delle scelte e quelle che invece possono indurre a pensare che una procedura abbia offerto il fianco agli effetti della razionalità limitata. Il che potrebbe risultare in un giudizio sulla idoneità strumentale di un determinato contesto professionale a produrre soluzioni di qualità, alla luce delle *best practices* decisionali, prima ancora che un giudizio specifico sul risultato del processo di scelta dell'organizzazione.

Guardando nello specifico alle organizzazioni amministrative degli enti pubblici –in particolare a quelli che esercitano anche potere regolatorio come espressione del loro potere discrezionale– gli studiosi comportamentali hanno evidenziato i loro più comuni punti di debolezza.

La prima osservazione che viene in luce riguarda il rapporto tra *expertise* dei pubblici funzionari ed esposizione agli errori: estese ricerche cliniche hanno infatti da tempo messo in luce come la formazione professionale, l’esperienza nel lavoro, e anche l’accessibilità potenziale a una certa quantità di informazioni –tutte caratteristiche spesso presupposto di attribuzioni di potere alle PPAA– non sono necessariamente correlate con una spontanea accuratezza di giudizio e affidabilità comportamentale⁴³⁷.

Altri studi hanno evidenziato specifici errori cognitivi in cui potrebbe incorrere chi amministra una realtà umana⁴³⁸.

Quelli che rilevano maggiormente in questa sede sono quei contributi che hanno offerto un catalogo dei *bias* e delle euristiche, anche prevedibili, riscontrabili nei contesti decisionali delle pubbliche istituzioni⁴³⁹.

Un’euristica che si è riscontrata è, per cominciare, quella della disponibilità, che può incidere sulle valutazioni di rischio. È un meccanismo che porta ad attingere le proprie valutazioni da “vulgate” che non risultano direttamente dai dati o dallo stato della scienza. Ne può derivare che talvolta in situazioni molto complesse i decisori pubblici ne traggano drastiche semplificazioni. Può anche avvenire che essi siano soggetti ai fenomeni delle “cascate informative” o delle “cascate reputazionali”⁴⁴⁰. Le prime, per vero meno frequenti in istituzioni con alto grado di *expertise*, fanno sì che ci si affidi senza troppa precauzione a valutazioni altrui, le seconde fanno sì che i pubblici funzionari prendano a cuore un argomento o una determinata causa solo in quanto ve ne sia ampia discussione nell’opinione pubblica, il ché senza dovute verifiche sull’effettiva entità dei rischi⁴⁴¹.

⁴³⁷ GOLDBERG L. R., *Simple models or simple processes? Some research in clinical judgements*, in *American Psychologist*, 1968, vol. 23, n. 7, pp. 483-496

⁴³⁸ COOPER J. C., KOVACIC W. E., *Behavioral Economics: implications for regulatory behavior*, in *Journal of Regulatory Economics*, 2012, vol. 41, n. 1, 41-58; Behavioral Insights Team (BIT), *Behavioural government: using behavioural science to improve how governments make decisions*, <https://www.behaviouralinsights.co.uk/publications/behavioural-government/>

⁴³⁹ DUDLEY S. E., XIE Z., *Nudging the nudger: toward a choice architecture for regulators*, in *regulation & governance*, 2021, n. 16, pp. 261 e ss.

⁴⁴⁰ Ibid.

⁴⁴¹ Ibid.

Un caso scuola che è stato spesso utilizzato come esempio di agire amministrativo più fondato sul clamore che sui dati di realtà è quello delle cc.dd. *Superfund regulations*, provvedimenti di natura regolatoria emanati negli Stati Uniti dalla Environmental Protection Agency (EPA), in materia di rifiuti speciali. Studi condotti *ex post* avrebbero evidenziato che le precauzioni prese sull'onda mediatica della preoccupazione pubblica fossero in realtà poco utili o attuate in assenza di consistenti presupposti⁴⁴².

Un altro fenomeno che gli studi comportamentali hanno rilevato nelle pubbliche amministrazioni è quello della cd. miopia cognitiva, che ha l'effetto di restringere la visione di un individuo o di un gruppo di individui operanti nel medesimo contesto professionale. Questa miopia è stata attribuita proprio alla usuale preordinazione di interi enti o di interi uffici alla cura di un interesse specifico, che diventa sovente l'unico vero *focus* di ogni atto professionale del funzionario. Il contesto lavorativo diventa quindi troppo omogeneo e i componenti tendono a condividere ben più delle sole mansioni, ma persino lo stesso modo di vedere le cose del mondo⁴⁴³. Tutto questo diminuisce l'equilibrio e la razionalità ponderativa, soprattutto se si considera la necessità di approcci multilaterali e ad ampio spettro che richiederebbero le decisioni complesse e ben congegnate.

Il fenomeno è intensificato da fattori come la specializzazione in un campo molto specifico di unità interne agli enti⁴⁴⁴. È stato osservato che più un individuo aumenta il suo *expertise* specifico in un determinato campo, meno flessibile diventa nell'individuare le origini di un problema complesso o la soluzione ad esso⁴⁴⁵.

C'è un'altra fonte di errori cognitivi che è collegata da rapporto di diretta proporzionalità con un elevato livello di preparazione professionale del funzionario: il *bias* dell'eccessiva fiducia (*overconfidence bias*)⁴⁴⁶.

⁴⁴² LUCAS G. M., TASIĆ S., *Behavioral Public Choice and the law*, in *West Virginia Law Review*, 2015, vol. 118, n. 1, pp. 199-266; VISCUSI W. K., HAMILTON J. T., *Are risk regulators rational? Evidence from hazardous waste cleanup decisions*, in *American Economic Review*, 1999, vol. 89, n. 4, pp. 1010-1027

⁴⁴³ DUDLEY S. E., XIE Z., *Nudging the nudger: toward a choice architecture for regulators*, in *Regulation & Governance*, 2021, n. 16, p. 265; cfr. CARRIGAN C., *Structured to fail? Regulatory performance under competing mandates*, New York, Cambridge University Press, 2017; LINDBLOM C. E., *The science of "muddling through"*, in *Public Administration Review*, 1959, vol. 19, n. 2, pp. 79-88

⁴⁴⁴ GEORGELLIS Y., IOSSA E., TABVUMA V., *Crowding out intrinsic motivation in the public sector*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2011, vol. 21, n. 3, pp. 473-493

⁴⁴⁵ DANE E., *Reconsidering the trade-off between expertise and flexibility: a cognitive entrenchment perspective*, in *The Academy of Management Review*, 2010, vol. 35, n. 4, pp. 579-603

⁴⁴⁶ HAFNER-BURTON E. M., HUGHES D. A., VICTOR D. G., *The cognitive revolution and the political psychology of elite decision making*, in *Prospective on Politics*, 2013, vol. 11, n. 2, pp. 368-386

Quello che si dice in questo caso è che, fermi restando i benefici di una buona formazione anche per la qualità delle decisioni, la autocoscienza di aver svolto un percorso formativo e di carriera pubblica rende un individuo statisticamente più esposto a quelle falle del ragionamento razionale che sono causate dall'eccessiva autostima.

Da tempo le ricerche hanno infatti sperimentato che anche quando l'esposizione a un maggior numero di informazioni non aumentava di molto l'accuratezza delle previsioni, la fiducia del soggetto aumentava stabilmente e significativamente con l'aumentare dei dati⁴⁴⁷. Un'istruttoria molto fornita di dati dal punto di vista quantitativo potrebbe quindi essere peggiore di una che abbia pochi dati ma necessari a decidere.

Uno studio su un campione di funzionari pubblici ha inoltre mostrato che quelli tra loro con più esperienza mostravano di avere una maggiore tendenza a sovrastimare la qualità delle proprie decisioni⁴⁴⁸.

Sempre collegato ai livelli di fiducia in sé stessi è il fenomeno del “paradosso del pianificatore”, per cui si tende ad allegare a supporto di una proposta quegli stessi dati da cui la proposta è stata ispirata e senza una vera considerazione, o con una considerazione solo apparente, delle alternative possibili⁴⁴⁹.

Ad accentuare gli effetti dell'*overconfidence* vi è anche poi la necessità di dover rendere conto del proprio lavoro ad altri, all'interno o all'esterno della propria struttura amministrativa. Questo spinge a sottostimare le proprie incertezze sulla proposta che si sta portando avanti⁴⁵⁰. Ne discende che il “confezionamento” del materiale istruttorio può essere già di per sé sbilanciato, anche con riferimento a una analisi costi-benefici⁴⁵¹. C'è poi un altro *bias* che è stato evidenziato nell'ambito delle pubbliche amministrazioni: la cosiddetta “avversione alle perdite”. Questa fa sì che si avvantaggino irrazionalmente opzioni per evitare una perdita rispetto a opzioni più convenienti ma in cui l'alea è legato a un risultato in positivo. Questo tipo di approccio è chiaramente stato riscontrato in enti pubblici che devono fare valutazioni di rischio. Sono stati a proposito elaborati due possibili contesti: quello del “gatekeeper”, proprio

⁴⁴⁷ OSKAMP S., *Overconfidence in case-study judgements*, in *Journal of Consulting Psychology*, 1965, vol. 29, n. 3, pp. 261-265

⁴⁴⁸ LIU X., STOUTENBOROUGH J., VEDLITZ A., *Bureaucratic expertise, overconfidence, and policy choice*, in *Governance*, 2016, vol. 30, n. 4, pp. 705-725

⁴⁴⁹ DUDLEY S. E., XIE Z., *Nudging the nudger: toward a choice architecture for regulators*, in *Regulation & Governance*, cit., p. 266

⁴⁵⁰ Ibid.

⁴⁵¹ Si intende sia dal lato dei costi che da quello dei benefici a seconda che sia una proposta in positivo o una proposta demolitoria di altrui progetti.

di autorità che devono autorizzare l'introduzione di qualcosa di potenzialmente rischioso (come le autorità del farmaco o quelle che controllano i prodotti finanziari) e quello invece dell'"esorcizzatore", proprio di coloro che devono individuare e rimuovere rischi già esistenti e circolanti⁴⁵². L'errore principale che la avversione alle perdite può portare è una costante propensione a evidenziare i rischi e a sottovalutare i benefici di un prodotto, anche quando la scelta più obiettiva e razionale sarebbe nel senso della sua approvazione⁴⁵³. Si è visto che nel Diritto dell'Unione Europea un simile atteggiamento può essere accentuato da alcune interpretazioni del principio di precauzione e nelle misure preventive che da esso si possono far discendere⁴⁵⁴.

Adattando questi riscontri al nostro contesto italiano si può guardare a fenomeni come quello della cosiddetta "paura della firma", che produrrebbe condotte omissive dei funzionari di fronte a un supposto maggiore rischio in termini di responsabilità nel dare il proprio assenso. È un esempio di quella che viene definita "burocrazia difensiva"⁴⁵⁵, fonte di mala amministrazione e di immobilismo. D'altro canto, si è registrato che effettivamente le reazioni negative dell'opinione pubblica sono molto maggiori quando viene consentita un'iniziativa che si rivela poi pericolosa, rispetto a quanto non lo siano quando viene dato diniego a una iniziativa che avrebbe prodotto invece beneficio⁴⁵⁶. Questo può produrre, appunto, che si tema molto di più l'agire che il restare inerti, con ricadute sia nel comportamento amministrativo che nella attività di regolazione e nella cultura legislativa⁴⁵⁷.

Un'ulteriore e frequente causa di errore, soprattutto nella selezione dei fondamenti fattuali delle decisioni, è il *bias* di conferma: quello per cui si tende a considerare solo le teorie e le proposte che confermano le ipotesi iniziali che il funzionario o il gruppo di funzionari aveva formulato. Ciò è accentuato dalla prospettiva, sin dal principio nella

⁴⁵² HUBER P., *The old-new division in risk regulation*, in *Virginia Law Review*, 1983, vol. 69, n. 6, pp. 1025-1107

⁴⁵³ VISCUSI V. K., GAYER T., *Behavioral Public Choice: the behavioral paradox of government policy*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 2015, vol. 38, n. 3, pp. 973-1007

⁴⁵⁴ DUDLEY S. E., XIE Z., *Nudging the nudger: toward a choice architecture for regulators*, in *Regulation & Governance*, cit., p. 267

⁴⁵⁵ CANALE A., *Responsabilità amministrativa e paura della firma*, 2021, <https://www.corteconti.it/Download?id=fe6a525d-f602-4ade-9feb-c4daaa654e39>

⁴⁵⁶ DUDLEY S. E., XIE Z., *Nudging the nudger: toward a choice architecture for regulators*, in *Regulation & Governance*, cit., p. 267; vd. HIRSHLEIFER D., *Psychological bias as a driver of financial regulation*, in *European Financial Management*, 2008, vol. 14, n. 5, pp. 856-874

⁴⁵⁷ RIZZO M. J., WHITMAN D. G., *Little brother is watching you: new paternalism on the slippery slopes*, in *Arizona Law Review*, 2009, n. 51, pp. 685-739

mente degli amministratori, che il loro provvedere sia contestato in via di contenzioso amministrativo⁴⁵⁸: ne deriverebbe un comportamento che li fa già atteggiare come “controparte” nei confronti di altre amministrazioni o di portatori di interessi secondari. Valgono, infine, anche per le pubbliche amministrazioni le osservazioni che si sono fatte in merito al *groupthink*, nel paragrafo specificamente dedicato alle decisioni collegiali⁴⁵⁹.

Osservati questi punti critici dell’organizzazione e del ragionamento amministrativo, si potranno ora analizzare le prospettive che si aprono, secondo diversi contributi, nel campo del Diritto per razionalizzare il sistema e consentire un esercizio della discrezionalità ponderativa più equilibrato e aderente ai dati di fatto.

4. Il Diritto amministrativo come sistema di *debiasing* e riduzione del rumore. I principi giuridici che regolano l’attività amministrativa come categorie per l’architettura delle scelte.

Bisogna premettere che non tutti i contributi su come recepire i riscontri delle scienze comportamentali sono di natura prescrittiva. Alcuni di essi evidenziano, anzi, che i sistemi di Diritto amministrativo possono sviluppare, più o meno consapevolmente, metodi di sindacato che colgono nel segno nell’ovviare ai fenomeni osservati nel precedente paragrafo⁴⁶⁰. È quindi questione sia di descrivere come l’attuale sistema già interagisce con questi temi, nel senso di dare loro risposta, sia di vedere quali aspetti possono essere accentuati, nell’ottica di una maggiore tutela e di maggiori garanzie di un esercizio legale dei pubblici poteri.

Le tecniche per ovviare agli errori cognitivi sono essenzialmente quelle del *debiasing*, della riduzione del rumore e quelle che intervengono dall’esterno della dimensione del soggetto decidente, per porre rimedio alle sue deviazioni dal modello razionale.

I primi due tipi si attuano agendo principalmente attraverso una formazione specifica del personale e la implementazione di buone prassi decisionali, con gli strumenti che si

⁴⁵⁸ WAGNER W. E., *The science charade in toxic risk regulation*, in *Columbia Law Review*, 1995, vol. 95, n. 7, pp. 1613-1645

⁴⁵⁹ Cap. I, paragrafo 1.1.2

⁴⁶⁰ IP E. C., *Debiasing regulators: the behavioral Economics of US administrative Law*, in *Common Law World Review*, SAGE Publications, 2017, vol. 46, fasc. 3, pp. 171-197

sono visti nel capitolo I. I rimedi esterni, invece, possono essere regole imposte per rimediare agli errori anche senza toccarli direttamente: la legge stessa e la giurisdizione possono essere utili in questo senso, se impostate in modo da riconoscere le deviazioni e porvi rimedio negli effetti giuridici⁴⁶¹.

Le strategie esterne e interne raggiungono meglio i loro fini se attuati in maniera coordinata.

Vi è poi un'ulteriore e nuova prospettiva che potrebbe essere vagliata e che ci si limita a proporre vista la sua originalità: una volta forniti gli strumenti per i rimedi alle PPAA, la quantità e la qualità delle buone pratiche implementate potrebbero essere in una qualche misura ragione di apprezzamento in ambito giurisdizionale come indizi, se non prove, di esposizione del procedimento a distorsioni decisionali individuali o di gruppo, o anche come ragione di aggravamento della responsabilità, in quanto indici di minore diligenza di coloro i quali hanno influito sulle modalità di approccio alla pratica. Del resto, non sarebbe che un completamento di un percorso della giurisprudenza che, come ricorda autorevole dottrina⁴⁶², ha da tempo abbandonato il sindacato formale di mera conformità/difformità allo schema legale incentrato sull'atto in sé.

Dal punto di vista dei rimedi esterni il sistema di Diritto amministrativo prevede strumenti pervasivi di controllo della razionalità della scelta discrezionale, come si è visto in principio a questo capitolo.

In particolare, sindacato per eccesso di potere può prendere in considerazione una serie di figure sintomatiche del vizio, che possono dialogare e completarsi con i *vulnera* catalogati dalle scienze comportamentali.

Si vedrà ora qualche spunto su come le elaborazioni empiriche e teoriche degli studi comportamentali possono contribuire all'impiego dei tradizionali strumenti rivelatori.

L'errore o il travisamento dei fatti e il difetto di istruttoria possono sicuramente arricchirsi delle definizioni e delle indicazioni su quelle euristiche e quei *bias* che maggiormente incidono sull'aderenza della soluzione provvedimento alla realtà, in quanto falsano la percezione di quest'ultima. Si pensi al cosiddetto effetto ancoraggio, che altera la stima di dati quantitativi. Si pensi, inoltre, a tutto quanto si è detto sulle

⁴⁶¹ Si parla, a proposito, di *insulating* o di *debiasing through law*: PI D., PARISI F., LUPPI B., *Biasing, debiasing, and the law*, Legal Studies Research Paper Series, University of Minnesota Law School, Paper n. 13-08, p. 9; Cfr. RUMIATI R., BONA C, cit., p. 15, p. 29

⁴⁶² POLICE A., in TORRICELLI S. (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità: sistemi giuridici a confronto*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 55

regole di selezione del materiale informativo, sulla sua necessaria diversificazione, provenienza scientifica e diretta rilevanza per la materia del decidere, sulla non ovvia nozione del fatto che non basti l'affidabilità delle fonti e dei pareri, ma debba prendersi in considerazione il loro utilizzo, il loro ordine e le modalità del loro inserimento all'interno del procedimento. Il che per prevenire effetti come il *framing*, per il quale un dato corretto può essere utilizzato in maniera distorta tramite la costruzione attorno ad esso di un determinato contesto.

Il vizio di difetto di motivazione assume una nuova veste nella prospettiva dello studio del processo cognitivo. Infatti, non funge solo da garanzia che si esponano le ragioni, eventualmente contestabili, che hanno portato alla scelta. Esso diventa prima di tutto fonte di trasparenza della sequenza di passaggi che hanno condotto dalla realtà di fatto alla individuazione della soluzione ponderata. Passaggi che possono incidere positivamente o negativamente sul grado di igiene decisionale.

Vi sono poi le figure sintomatiche che riguardano il contenuto della giustificazione in sé.

La contraddittorietà può essere individuata con strumenti più raffinati mettendo alla prova la coerenza per verificare se essa sia solo apparente. Si è visto che con tecniche di *framing* e sfruttando i meccanismi cognitivi si può far apparire *ictu oculi* una affermazione o un dato diversamente da quello che è. Per un giudice, saper riconoscere e saper nominare i vizi, i *bias* e le fallacie, significa saper demistificare le tecniche di pragmatica dell'argomentazione che si possono utilizzare per migliorare la persuasività e l'aspetto esteriore di discorsi insidiati da contrasti nel loro contenuto più profondo. Questo sia con riferimento all'atto amministrativo impugnato, sia alle argomentazioni dei ricorrenti e di ogni attore del processo.

Quanto poi alla ingiustizia manifesta e alla connessa violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità⁴⁶³, il campo di ricerca potenziale è ancora più ampio. Il giudizio sulla adeguatezza può essere svolto non solo con quei criteri economici che sono stati recepiti in ambito giurisdizionale, ma anche attraverso quelli dell'economia comportamentale, che possono aiutare a individuare situazioni che per la loro conformazione sono più idonee a indurre in errore. Le scienze comportamentali sono infatti, come si è visto, non solo uno studio del comportamento ma anche un catalogo

⁴⁶³ DELLA CANANEA G., DUGATO M., MARCHETTI B., POLICE A., RAMAJOLI M., cit., p. 362

degli errori, che sono invisibili agli studi che guardano la realtà in maniera deontologica anziché ontologica.

Vi sono poi altri profili trasversali alle figure sintomatiche.

Dalla motivazione si potrebbe ad esempio capire se siano state a dovere approfondite in fase di istruttoria e di apprezzamento le possibili soluzioni alternative a quella prescelta, ovvero se (a causa di una euristica della disponibilità, di *bias* di conferma o altri difetti che si sono visti) si sia provveduto senza le debite esitazioni e riflessioni a imboccare la prima via individuata. Anche il solo fatto di aver deciso senza aver considerato ulteriori modalità plausibili, magari quelle immediatamente contrarie a ogni alternativa prescelta, può denotare il risultato del procedimento come poco ponderato nella sua formazione diacronica. Questa è una segnalazione che è difficilmente deducibile anche da una impostazione che guardi perlopiù alla adeguatezza di quanto cristallizzato nella motivazione o al risultato. Se da un lato l'amministrazione potrebbe essere libera di adottare una scelta purché adeguata, il fatto stesso di aver optato per l'unica alternativa considerata potrebbe ridurre la fiducia nell'opera discrezionale. Il "decidere" è per sua struttura ed etimologia fatto di alternative⁴⁶⁴. Su questo principio si basa, per esempio, il criterio di efficienza elaborato da Simon in questa semplice forma: tra due alternative di pari costo, scegliere quella che meglio raggiunge il fine; tra due alternative parimenti efficaci scegliere quella dal minore costo⁴⁶⁵. Si vedrà, su questo, il ruolo delle *consider-the-opposite strategies* come sistemi di *debiasing*.

Quanto poi ad altri principi a cui deve informarsi l'attività amministrativa, l'imparzialità e la parità di trattamento potrebbero essere valutate sulla base anche di strumenti quantitativi organizzati per categorie di privati che fanno medesime richieste su una medesima fattispecie. Da ciò potrebbe emergere un *bias* che va oltre il casuale errore da parte di un particolare ente. D'altronde, se osserviamo altrove nell'ordinamento, simili ragionamenti vengo fatti, con stima delle percentuali, nel Diritto del lavoro per valutare la discriminazione da parte datoriale di determinate categorie di potenziali dipendenti⁴⁶⁶. Sono le stesse tipologie di strumenti utilizzate perlopiù in ambito statunitense per lo studio delle decisioni dei giudici: si sono affrontate nel capitolo I.

⁴⁶⁴ IRTI N., *Inizio e obbedienza*, cit., p.1

⁴⁶⁵ SIMON H. A., *Administrative behavior. A study of decision-making processes in administrative organization*, cit., pp. 149-150

⁴⁶⁶ PERSIANI M., DEL CONTE M., FERRARI P., LIEBMAN S., MAIO V., MARAZZA M., MARTONE M., *Diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2023

Uscendo dal tema del sindacato per eccesso di potere, ci si può ora soffermare su i rimedi alla razionalità limitata che operano internamente alla decisione. Per questo vengono in soccorso quelle tesi di natura prescrittiva che gli studiosi comportamentali della scelta pubblica hanno elaborato per migliorare all'origine l'opera discrezionale delle PPAA. Questi spunti possono dare luogo a riflessioni *de jure condendo* e a tecniche che gli amministratori possono fare proprie in un'ottica di *compliance*.

È stato sottolineato che l'euristica della disponibilità, la miopia decisionale, l'eccesso di autostima, l'avversione alle perdite, gli effetti di ancoraggio e il *bias* di conferma possono essere prevenuti efficacemente con le "*consider the opposite strategies*" che consistono nell'introduzione nel procedimento moduli di riconsiderazione e di considerazione di alternative scartate⁴⁶⁷.

Si può ricordare quanto è stato proposto *supra* con riferimento all'inserimento nei collegi giudicanti del cd. "avvocato del diavolo" che ha il compito di predisporre una efficace *pars destruens* rispetto all'alternativa per cui si è optato e alle argomentazioni che la sorreggono. Il ché potrebbe indurre le amministrazioni o il legislatore a prevedere che vi sia un contributo simile nel processo di scelta pubblica.

All'interno della stessa organizzazione, è stato detto, forse con una certa licenza, che alcune unità possono svolgere il ruolo di «cani da guardia» di altre⁴⁶⁸, in un sistema, si potrebbe immaginare, di controlli incrociati..

Altri hanno poi messo l'accento su una necessaria diversificazione, sempre maggiore, delle competenze dei funzionari⁴⁶⁹.

Simon ha anche evidenziato che la esternalizzazione di alcune funzioni o di alcuni contributi tecnici e il conseguente coinvolgimento di individui non inseriti nell'organizzazione amministrativa possono ampliare le vedute del ragionamento

⁴⁶⁷ LORD C. G., LEPPER M. R., PRESTON E., *Considering the opposite: a corrective strategy for social judgement*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 1984, vol. 46, n. 6, pp. 1231-1243; MUSSWEILER T., STRACK F., PFEIFFER T., *Overcoming the inevitable anchoring effect: considering the opposite compensates for selective accessibility*, in *Personality and Social Psychology Bulletin*, 2000, vol. 26, n. 9, pp.1142-1150

⁴⁶⁸ LINDBLOM C. E., *The science of "muddling through"*, in *Public Administration Review*, 1959, vol. 19, n. 2, pp. 79-88

⁴⁶⁹ BUNDERSON J. S., SUTCLIFFE K. M., *Comparing alternative conceptualizations of functional diversity in management teams: process and performance effects*, in *Academy of Management Journal*, 2002, vol. 45, n. 5, pp. 875-893

complessivo⁴⁷⁰. Si potrebbe quindi inserire un criterio legato alla quantità di contributi esterni a cui la PA ricorre in generale e nello specifico caso.

Anche dare una vera importanza –non di facciata– e una corretta struttura all’apertura al pubblico dibattito del procedimento amministrativo può essere utile a far considerare sul serio alternative possibili⁴⁷¹. Quest’ultima è un’indicazione piuttosto generica, ma ne può nascere un approccio scientifico che potrebbe dar luogo a riforme migliorative.

Gli stessi fattori di errore che si possono prevenire con la strategia “delle alternative”, possono essere prevenuti anche attraverso l’introduzione di sistemi di *feedback*⁴⁷². Difatti, uno dei principali motivi per cui i funzionari potrebbero essere ciechi di fronte ai propri errori è quello della loro non immediata percezione degli effetti che la loro opera produce. È stato a tal proposito registrato che i lavoratori del settore pubblico sono in media significativamente meno esposti ai risultati da loro prodotti rispetto a quelli che operano nel privato⁴⁷³. Si potrebbe quindi implementare un sistema di riscontri da far pervenire ai singoli e alle unità di lavoro, grazie magari a una voce esterna e a una sistematica attività di consulenza svolta da terzi.

Quanto all’impiego di questi riscontri, c’è chi ha suggerito di imporre una valutazione, con il senno del poi, della idoneità delle precedenti previsioni, prima di formularne di nuove⁴⁷⁴.

Principi guida di quest’opera di *debiasing* debbono essere anche quello di trasparenza e quello di *accountability*⁴⁷⁵.

Per la riduzione del rumore decisionale si può segnalare quanto detto estesamente *supra*⁴⁷⁶ sui protocolli di igiene decisionale, che potrebbero essere adattati al contesto delle amministrazioni.

Si ricordi, inoltre, quanto detto sull’utilizzo delle *checklist*, che possono incanalare il ragionamento sugli aspetti rilevanti e fungere da veri e propri algoritmi decisionali.

⁴⁷⁰ SIMON H. A., *Administrative behavior. A study of decision-making processes in administrative organization*, cit.

⁴⁷¹ DUDLEY S. E., XIE Z., *Nudging the Nudger: Tward a Choice Architecture for Regulators*, in *Regulation & Governance*, cit, p. 268

⁴⁷² Ivi. P. 264

⁴⁷³ Ivi. P. 269

⁴⁷⁴ DUDLEY S. E., MANNIX B. F., *Improving regulatory benefit-cost analysis*, in *Journal of law and Politics*, 2018, vol. 34, n. 1, pp. 1-20

⁴⁷⁵ DUDLEY S. E., XIE Z., *Nudging the Nudger: Tward a Choice Architecture for Regulators*, in *Regulation & Governance*, cit., p. 268

⁴⁷⁶ Cap. I, paragrafo 1.2

Esse possono anche migliorare l'efficienza e la speditezza del decidere oltre che costituire un modello di partenza per motivazioni che rendano conto di ogni passaggio chiave.

Resta fermo, infine, il principio secondo cui la principale strategia interna di prevenzione degli errori è la formazione. Si dovrebbe quindi attuare una strategia capillare per far rientrare i riscontri comportamentali nel bagaglio culturale e professionale dei pubblici impiegati.

Anche solo introdurre il lessico di riferimento negli ambienti di lavoro può aiutare a dare il via a una svolta nella consapevolezza sul tema della razionalità limitata⁴⁷⁷.

In definitiva, per rendere il nostro sistema di Diritto amministrativo più aderente alla realtà e migliore perseguitore del pubblico interesse è necessaria un'opera congiunta e multilaterale frutto di diverse strategie, delle quali quelle ora viste sono solo un esempio. Esse potranno essere scoperte, ampliate e rese accorgimento pratico solo attraverso un approfondimento accademico pluralista e interdisciplinare che miri ad attuare i principi del Diritto amministrativo e gli obblighi che hanno origine nelle altre fonti. La prospettiva comportamentale è in questo senso, ancora una volta, tanto promettente quanto ancora limitatamente esplorata e implementata.

⁴⁷⁷ È quello che si afferma come scopo stesso della scrittura del libro in KAHNEMAN D., *Pensieri lenti e veloci*, cit.

CONCLUSIONI

Si può in conclusione affermare che le scienze comportamentali possono dare un contributo scientifico al Diritto amministrativo in grado di fare nuova luce sui temi che lo hanno accompagnato sin dalla nascita. Dagli studi della razionalità limitata discendono conseguenze per tutte le scienze sociali, comprese quelle giuridiche. Essendo la pratica giuridica svolta da soggetti umani che condividono la loro fallibilità con la nostra intera specie, una nuova indagine alla scoperta dei propri e degli altrui limiti comportamentali può rivelarsi essenziale per un dialogo più consapevole tra tutti i partecipanti al fenomeno giuridico amministrativo.

L'applicazione degli strumenti scientifici in parola all'ambito della giurisdizione ha messo in luce come gli organi giudicanti siano particolarmente affetti da errori cognitivi. Tali errori non consistono in una autonoma opera di creatività che rende vivente il Diritto e nasce da un'opera di ragione, bensì in un affidamento della decisione all'irrazionalità e alle affezioni dello spirito.

Si è visto che il sistema dei rimedi agli effetti della razionalità limitata è un ampio e promettente cantiere –lontano dall'essere ultimato– e che solo un interessamento da parte delle facoltà di Diritto potrà far sì che la ricerca delle scienze comportamentali soddisfi le esigenze delle loro applicazioni giuridiche.

Essendo l'uomo non solo irrazionale, ma *prevedibilmente* irrazionale, i regolatori sono oggi in grado di indirizzarne il comportamento senza imposizioni coercitive, tramite un'opera centralizzata e capillare di inserimento di cosiddetti pungoli, la cui qualificazione giuridica è varia a seconda degli strumenti legali utilizzati per attuarli.

Le scienze comportamentali offrono poi nuove prospettive per il dialogo tra i portatori di interessi privati e la pubblica amministrazione: un campo ancora aperto alla ricerca, che può favorire un esercizio delle professioni forensi in ambito amministrativo che sia più consapevole del funzionamento delle differenti realtà umane.

La più promettente delle discipline in tal senso è la scienza della negoziazione che può offrire gli strumenti pratici per un vero compimento della transizione da un modello amministrativo fondato sulla autorità a uno fondato sempre più sul consenso.

Si è visto, inoltre, che nel panorama della metodologia del Diritto amministrativo l'opinione maggioritaria riconosce il ruolo creativo dell'interprete, che opera oggi in

un'epoca complessa di difficili sfide e di incertezza. Secondo la ricerca, nell'interpretazione vi sono spazi per una discrezionalità all'insegna della quale ha luogo il comportamento interpretativo di chi applica i testi normativi. È emerso, inoltre, che tale comportamento può essere scrutato con il duplice sguardo dell'ermeneutica e delle scienze cognitive.

Avendo le scelte interpretative conseguenze sulla attuazione di un programma antropologico-politico rispetto a un altro, le scienze comportamentali possono offrire strumenti utili perché tale ponderazione avvenga in un regime di maggiore autodominio dell'interprete.

Per quanto riguarda la discrezionalità interpretativa si può concludere che le scienze comportamentali possano aiutare a rendere la scelta più vincolata ai dati di realtà e più razionale in termini di ricerca dell'efficacia. Numerosi studi sul comportamento dei pubblici funzionari hanno illustrato diversi punti deboli che sono sovente ricorrenti. Dallo studio di queste debolezze e dalle possibili soluzioni che sono state offerte può partire un'opera di ricerca più sistematica e calata nel nostro sistema di Diritto amministrativo.

Le scienze comportamentali e soprattutto la loro applicazione al Diritto promettono molteplici contributi, ma sono discipline ancora giovani e il cui avanzamento dipende in larga parte dalla ricerca di dati empirici. Il Diritto amministrativo è forse uno dei settori giuridici che offrono più spunti sotto la lente degli studi in parola, essendovi un coinvolgimento di parti variegata per natura e numero. Di esso, infatti, sono partecipi, ciascuno con le proprie peculiari caratteristiche: i privati singoli e le collettività di privati, le pubbliche amministrazioni di ogni genere, la collettività come soggetto protetto dagli interessi particolari, l'apparato giurisdizionale chiamato a rendere effettiva la tutela.

Perché ognuna di queste parti e ogni aspetto della disciplina vengano osservati per come sono, non già per come dovrebbero essere, serve un'apertura delle facoltà di Diritto a tutti quei contributi scientifici che sono in grado di spiegare la realtà tenendo conto dei suoi aspetti sociali, umani e materiali.

Si potrà così sempre meglio verificare la vera coerenza del nostro Stato di Diritto con i fini e gli obblighi di tutela che gli sono posti dalla legge, dai vincoli internazionali e sovranazionali, dalla nostra Carta costituzionale.

BIBLIOGRAFIA

ABIGNENTE A., *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017

AFFINITO M., ANTENUCCI D., REPACI G., *L'economia comportamentale e la neurofinanza nelle autorità per la tutela bancaria e finanziaria: l'esperienza internazionale*, in VELLA F., cit., pp.71-76

ALEMANNO A., SPINA A., *Nudging legally on the checks and balance of behavioural regulation*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, n. 2, pp. 429-459

AMADEI G., *Mindfulness. Essere consapevoli*, Bologna, Il Mulino, 2013

ANDERSON J. M., KLING J. R., STITH K., *Measuring interjudge sentencing disparity: before and after the federal sentencing guidelines*, in *Journal of Law and Economics*, 1999, n. S1, pp. 271-308

ANDERSON R. C., *The notion of schemata and the educational enterprise: general discussion of the conference*, in SPIRO R. J., MONTAGUE W. E., ANDERSON R. C., ERLBAUM L., *Schooling and the acquisition of knowledge*, 1977, pp. 415-431

ARIELY D., trad. di GALLI C., *Prevedibilmente irrazionale*, ROI Edizioni, 2024

ARMONE G., *Il principio di effettività: una guida nel labirinto delle fonti tra diritto civile e diritto del lavoro*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2019

ATIENZA M., *Diritto come argomentazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019,

AUSTIN W., WILLIAMS T. A. III, *A survey of judges' responses to simulated cases: research note on sentencing disparity*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern University School of Law, 1977, n. 68, p. 306

BARBERIS N., THALER R. H., *A survey of behavioral finance*, New York, National Bureau of Economics Research, 2002, NBER Working paper n. 9222

BATEMAN- HOUSE A., RONALD BAYER R., COLGROVE J., FAIRCHILD A. L., *Free to consume? Anti-paternalism and the politics of New York City's soda cap saga*, in *Public Health Ethics*, 2018, n. 1, pp. 45-53

BENVENUTI L., *Interpretazione e dogmatica nel Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002

BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, CEDAM, 1986

BENVENUTI L., *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2017

- BERNS W., *Law and behavioral science*, in *Law and contemporary problems*, Duke University School of law, 1963, vol. 28, fasc. 1, pp. 185-212
- BERNTHAL P. R., INSKO C. A., *Cohesiveness without groupthink*, in *Group & Organization Management*, SAGE Publications, 1993, n. 18, pp. 66-87
- BETTI E., *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, Giuffrè, 1949
- BETTINI R., *Il teorema della copertura amministrativa delle leggi*, in *Sociologia del diritto*, 1990
- BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019
- BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, (1977) 2007
- BONA C., BAZZANELLA B., *L'assegno di mantenimento nella separazione. Un saggio tra diritto e scienze cognitive*, Trento, Università degli studi di Trento, 2008
- BONA C., *Sentenze imperfette*, Bologna, Il Mulino, 2010
- BONA C., *Studio sul danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 2012
- BOSCHI M., LAMBIASE F., *Nudging. Il contributo di Thaler alla scienza economica e alcuni riflessi dell'economia comportamentale sulla valutazione delle politiche pubbliche*, in *Dossier Esperienze*, Ufficio di Valutazione Impatto del Senato della Repubblica, 2018, pp. 9-11
- BOZZOLI D., *Mediazione e Pubblica Amministrazione alla luce della riforma della Ministra Cartabia*, 2022, <https://www.101mediatori.it/approfondimenti-mediazione/mediazione-e-pubblica-amministrazione-alla-luce-della-riforma-della-ministra-cartabia-1145.aspx>
- BRAGUE R., *The law of God: the philosophical history of an idea*, University of Chicago Press, 2008
- BRIGAGLIA M., CELANO B., *Rivoluzione cognitivista e teoria del diritto: un programma di ricerca*, in *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 2017, n. 2, pp. 523-535
- BUNDERSON J. S., SUTCLIFFE K. M., *Comparing alternative conceptualizations of functional diversity in management teams: process and performance effects*, in *Academy of Management Journal*, 2002, vol. 45, n. 5, pp. 875-893
- CANALE A., *Responsabilità amministrativa e paura della firma*, 2021, <https://www.corteconti.it/Download?id=fe6a525d-f602-4ade-9feb-c4daaa654e39>
- CANZIO G. (prefazione di), in RUMIATI R., BONA C., *Dalla testimonianza alla sentenza*, Il Mulino, 2019, p. 7

CARLSON K. A., RUSSO J., *Biased interpretation of evidence by mock jurors*, in *Journal of Experimental Psychology: Applied*, 2001, n. 7, pp. 91-103

CARRIGAN C., *Structured to fail? Regulatory performance under competing mandates*, New York, Cambridge University Press, 2017

CASSESE S., *Exploring the legitimacy of nudging*, in KEMMERERR C., MOLLERS M., STEINBEIS M., WAGNER G (a cura di), *Choice architecture in democracies*, Baden-Baden, Nomos, 2013

CERASO J., PROVITERA A., *Sources of error in syllogistic reasoning*, in *Cognitive Psychology*, Elsevier, 1971, n. 17, pp. 391-416

Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 75 del 26/03/2024

CONDORCET J., *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, Parigi, L'Imprimerie Royale, 1785

CONTE A. G., *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, Giappichelli, 1962

COOPER J. C., KOVACIC W. E., *Behavioral Economics: implications for regulatory behavior*, in *Journal of Regulatory Economics*, 2012, vol. 4, n. 1, 41-58

Corte Costituzionale, Sentenza n. 5/2018

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

COSÌ G., *L'accordo e la decisione*, UTET Giuridica, 2017

COTZA P., *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica*, tomo I, Napoli, Jovene Editore, 2007

CRISAFULLI V., *Atto normativo*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959

CZARNEZKI J., *New York City rules! Regulatory models for environmental and public health*, in *Hastings Law Journal*, 2015, n. 6, pp. 1621-1660

D'ATENA, *Le Stagioni del costituzionalismo nel suo rapporto con la tutela dei diritti fondamentali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017

DANE E., *Reconsidering the trade-off between expertise and flexibility: a cognitive entrenchment perspective*, in *The Academy of Management Review*, 2010, vol. 35, n. 4, pp. 579-603

DANZINGER S., LEVAV J., AVNAIM-PESSO L., *Extraneous factors in judicial decisions*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 2011, 108, n. 17, pp. 6889-6892

- DELLA CANANEA G., DUGATO M., MARCHETTI B., POLICE A., RAMAJOLI M., *Manuale di Diritto amministrativo*, Giappichelli, 2022
- DI GAETANO L., *La fatturazione quadrisettimanale: un'analisi antitrust comportamentale*, in *Mercato concorrenza regole*, fasc. 1, pp. 113-126, 2021
- DILTHEY W., *Gesammelte Schriften*, Vol. 7, Vandenhoeck & Ruprecht, 1926
- DILTHEY W., *Introduzione alle scienze dello spirito: ricerca di una fondazione per lo studio della società e della storia*, (trad. it. di DE TONI G. A.), La Nuova Italia, 1974
- DUDLEY S. E., MANNIX B. F., *Improving regulatory benefit-cost analysis*, in *Journal of law and Politics*, 2018, vol. 34, n. 1, pp. 1-20
- DUDLEY S. E., XIE Z., *Nudging the Nudger: Tward a Choice Architecture for Regulators*, in *Regulation & Governance*, 2021, n. 16, pp. 261-273
- ENGEL C., *The impact of Behavioral Economics on the Law, introduction*, in *Review of Law & Economics*, vol. 17, fasc. 2, pp. 241-25, Berlino/Boston, De Gruyter, 2021
- ENGLISH B., MUSSWEILER F. S., STRACK F., *Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making*, in *Personality and Social Psychology Bulletin*, SAGE Publications, 2006, n. 32, pp. 188-200
- ENGLISH B., MUSSWEILER T., *Sentencing under uncertainty: anchoring effects in the court-room*, in *Journal of Applied Social Psychology*, Wiley-Blackwell, 2001, n. 31, pp. 1535-1551
- EU, *Better Regulation Guidelines*, Bruxelles, European Commission, 2021
- EWERT B., *Moving beyond the obsession with nudging individual behavior: towards a broader understanding of behavioral public policy*, in *Public Policy and Administration*, 3, pp. 337-360, 2020
- FABBRI M., FAURE M., *Toward a "Constitution" for behavioral policy making*, in *International Review of Economics*, 65, pp. 241-270, 2018
- FERGUSON A. G., *The big data jury*, in *Notre Dame Law Review*, University of Notre Dame, 2016, n. 91, pp. 935-1006
- FESTINGER L., *A theory of cognitive dissonance*, Stanford, Stanford University Press, 1962
- FODOR O. J. A., *The language of thought*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1975
- FOLLIERI F., *Discrezionalità e interpretazione*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2022

FORZA A., MENEGON G., RUMINATI R., *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, il Mulino, 2017

GADAMER H. G., *Truth and method*, Second revised edition, Crossroad, 1989

GALLAGHER S., *Hermeneutics and the cognitive sciences*, in *Journal of Consciousness Studies*, Imprint Academic, 2004, vol. 11, nn. 10-11, pp. 162-17

GAWANDE A., *The checklist manifesto: how to get things right*, New York, Metropolitan Books, 2009

GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 142

GIANNINI M. S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939

GIANNINI M. S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939

GILOVICH T., GRIFFIN D., *Introduction – Heuristics and biases: then and now*, in

GILOVICH T., GRIFFIN D., KAHNEMAN D. (a cura di), *Heuristics and biases: the psychology of intuitive judgement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 1-18

GOLDBERG L. R., *Simple models or simple processes? Some research in clinical judgements*, in *American Psychologist*, 23 (7), pp. 483-496

GROSSI P., *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2019

GUASTINI R., *Enunciati interpretativi*, in *Ars interpretandi*, 1997, n. 2

GUASTINI R., *Interpretare ed argomentare*, in CICU A., MESSINEO F., *Trattato di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 2011

GUASTINI R., *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, Aracne, 2008

GUTHRIE C., RACHLINSKI J. J., WISTRICH A. J., *Inside the judicial mind*, in *Cornell Law Review*, Cornell Law School, 2001, n. 86, pp. 777-810

GUTHRIE C., RACHLINSKI J. J., WISTRICH A. J., *Inside the judicial mind*, in *Cornell Law Review*, Cornell Law School, 2001, n. 86, pp. 777-810

HACKER P., *The behavioral divide: a critique of the differential implementation of behavioral Law and Economics in the US and the EU*, in *European Review of Contract Law*, vol. 11, fasc. 4, pp. 299-ss., De Gruyter, 2015

HAFNER-BURTON E. M., HUGHES D. A., VICTOR D. G., *The cognitive revolution and the political psychology of elite decision making*, in *Prospective on Politics*, 2013, vol. 11, n. 2, pp. 368-386

- HAIJT J., *The emotional dog and its rational trail: a social intuitionist approach to moral judgement*, in *Psychological Review*, n. 108, pp. 814-834
- HASNAS J., *Some noodging about nudging: four questions about libertarian paternalism*, *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 2016, n. 14
- HEATH C., GONZALES R., *Interaction with others increases decision confidence but not decision quality: evidence against information collection views of interactive decision making*, in *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 1995, n. 61, pp. 305-326
- HEYES A., SABERIAN S., *Temperature and decisions: evidence from 270.000 court cases*, in *American Economic Journal: Applied Economics*, American Economic Association, 11, n. 2, pp. 238-265
- HIRSHLEIFER D., *Psychological bias as a driver of financial regulation*, in *European Financial Management*, 2008, vol. 14, n. 5, pp. 856-874
- HUANG P. H., *How improving decision-making and mindfulness can improve legal ethics and professionalism*, in *Journal of Law, Business and Ethics*, Pacific Southwest Academy of Legal Studies in Business, 2015, vol. 21, pp. 35-76
- HUBER P., *The old-new division in risk regulation*, in *Virginia Law Review*, 1983, vol. 69, n. 6, pp. 1025-1107
- IP E. C., *Behavioral public choice Economics and the Law*, Springer Nature Singapore, 2022
- IP E. C., *Debiasing regulators: the behavioral Economics of US administrative Law*, in *Common Law World Review*, SAGE Publications, 2017, vol. 46, fasc. 3, pp. 171-197
- IRTI N., *Inizio e obbedienza*, in *Criminalia*, 2021
- IRTI N., *La crisi della fattispecie*, in *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, 2014
- IRTI N., *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021
- JANIS I., MANN L., *Decision making*, New York, Free Press, 1977;
- KAHNEMAN D., *Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics*, in *The American Economic Review*, American Economic Association, 2003, vol. 93, n. 5
- KAHNEMAN D., *Pensieri lenti e veloci*, traduzione di SERRA L., Milano, Mondadori, 2020
- KAHNEMAN D., SCHKADE D., SUNSTEIN C., *Deliberating about dollars: the severity shift*, in *Columbia Law Review*, Columbia Law Review Association, 2000, n. 100, pp. 1139-1175

- KAHNEMAN D., SCHKADE D., SUNSTEIN C., *Shared outrage and erratic awards: the psychology of punitive damages*, in *Journal of Risk and Uncertainty*, Springer Science + Business Media, 1998, n. 16, pp. 49-86;
- KAHNEMAN D., SIBONY O., SUNSTEIN C.R., trad. di GALLITELLI E., *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, UTET, 2021
- KAHNEMAN D., TVERSKY A., *Subjective probability: a judgement of representativeness*, in *Cognitive Psychology*, Elsevier, 1972, n. 3, pp.430-454
- KAPLAN M. F., MILLER L. E., *Reducing the effect of juror bias*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, American Psychological Association, 1978, n. 36, pp. 1443-1455
- LEITER B., *Normativity for naturalists*, in *Philosophical Issues*, 2015, vol. 25, pp. 64-79
- LESLIE A. M., KEEBLE S., *Do six-month-old infants perceive causality?*, in *Cognition*, 1987, n.25, pp. 265-288
- LINCIANO N., *Errori cognitivi e instabilità delle preferenze nelle scelte di investimento dei risparmiatori retail. Le indicazioni di policy della finanza comportamentale*, Roma, Consob, 2010, Quaderno di finanza n. 66
- LINCIANO N., *La finanza comportamentale: l'esperienza della Consob*, in VELLA F., cit., pp. 118-124
- LINDBLOM C. E., *The science of "muddling through"*, in *Public Administration Review*, 1959, vol. 19, n. 2, pp. 79-88
- LIU X., STOUTENBOROUGH J., VEDLITZ A., *Bureaucratic expertise, overconfidence, and policy choice*, in *Governance*, 2016, vol. 30, n. 4, pp. 705-725
- LOMBARDI VALLAURI L., *Giurisprudenza. I) Teoria generale*, in *Enc. Giur.*, Roma, XVIII, 1990
- LORD C. G., LEPPER M. R., PRESTON E., *Considering the opposite: a corrective strategy for social judgement*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 1984, vol. 46, n. 6, pp. 1231-1243
- LUCAS G. M., TASIĆ S., *Behavioral Public Choice and the law*, in *West Virginia Law Review*, 2015, n. 1, pp. 199-266
- MACCOUN R. J., *The emergence of extralegal bias during jury deliberation*, in *Criminal Justice and Behavior*, SAGE Publications, 1990, n. 50, pp. 303-314
- MARONEY T. A., GROSS J. J., *The ideal of the dispassionate judge: an emotion regulation perspective*, in *Emotion Review*, Sage Publications, 2014, n. 2, pp. 142-151
- MARONEY T., *(What we talk about when we talk about) Judicial temperament*, in *Boston College Law Review*, Boston College Law School, 2020, n. 6, pp. 2085-2153

- MARTI M. W., WISSLER R. L., *Be careful what you ask for: the effect of anchors on personal injury damage awards*, in *Journal of Experimental Psychology*, Sarah Brown Shmidt, 2000, n. 6, pp. 91-103
- MAZZARESE T., *Logica giuridica*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, Torino, UTET, 2004, vol. 11, pp. 128-138
- MENEGHELLI R., *Stato e democrazia visti dall'alto*, Padova, CEDAM, 1999
- MICHOTTE A., *The perception of causality*, Andover, Methuen, 1967;
- MISCHEL W., EBBESEN E. B., *Attention in delay of gratification*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, American Psychological Association, 1970, n. 16, pp. 329-337
- MISCHEL W., *Processes in delay of gratification*, in BERKOWITZ L. (a cura di), *Advances in experimental social psychology*, San Diego, Academic Press, 1974, vol. 7, pp. 249-292
- MODUGNO F., *Interpretazione giuridica*, seconda ediz., Padova, CEDAM, 2012
- MODUGNO F., *Interpretazione giuridica*, tomo primo, Vicenza, CEDAM, 2015
- MONORITI A., *Dall'ordine imposto all'ordine negoziato*, Giappichelli, 2023
- MONORITI A., GABELLINI R., *NegoziAzione; il manuale dell'interazione umana*, Giuffrè, 2018
- MONORITI A., *Ubi societas, ibi pactum. La transizione verso l'interazione umana*, Federalismi.it, 2024
- MONTIER G., *Darwin's mind: the evolutionary foundations of heuristics and biases*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=373321
- MORERA U., in VELLA F., *Diritto ed economia comportamentale*, Bologna, Il Mulino, 2023
- MOREWEDGE C. K. et al., *Debiasing decisions: improved decision making with a single training intervention*, in *Policy Insights from the Behavioral and Brain Sciences*, 2025, n. 1, pp. 129-140
- MOREWEDGE C. K., KAHNEMAN D., *Associative processes in intuitive judgement*, in *Trends in Cognitive Sciences*, Lindsey Drayton, 2010, n. 14, pp. 435-440
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1960
- MUSSWEILER T., STRACK F., PFEIFFER T., *Overcoming the inevitable anchoring effect: considering the opposite compensates for selective accessibility*, in *Personality and Social Psychology Bulletin*, 2000, vol. 26, n. 9, pp.1142-1150

- NALTY K., *Strategies for confronting unconscious bias*, in *The Colorado Lawyer*, Colorado Bar Association, 2016, n. 5, pp. 45-52
- NAPOLITANO G., ABRESCIA M., *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2009
- NAPOLITANO G., *La logica del diritto amministrativo*, ediz. II, Bologna, Il Mulino, 2017
- OECD, *Regulatory Policy Outlook*, Parigi, OECD Publishing, 2021
- OSKAMP S., *Overconfidence in case-study judgements*, in *Journal of Consulting Psychology*, 1965, vol. 29, n. 3, pp. 261-265
- PARETO V., *Manuale di economia politica*, Milano, S.E.L., 1906
- PARTRIDGE A., ELDRIDGE W.B., *The second circuit sentence study: a report to the judges of the second circuit August 1974*, Washington DC, Federal Judicial Center, 1974, p. 9
- PARTRIDGE A., ELDRIDGE W.B., *The second circuit sentence study: a report to the judges of the second circuit August 1974*, Washington DC, Federal Judicial Center, 1974, p. 9
- PASSILONGO A., *Nudging: legittimità e prospettive per l'applicazione in Italia*, Università degli Studi di Trento, Bio-Law Selected Student Papers n. 32
- PERSIANI M., DEL CONTE M., FERRARI P., LIEBMAN S., MAIO V., MARAZZA M., MARTONE M., *Diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2023
- PI D., PARISI F., LUPPI B., *Biasing, debiasing, and the law*, Legal Studies Research Paper Series, University of Minnesota Law School, Paper n. 13-08, p. 9
- PLASSMANN H., VENKATRAMAN V., HUETTEL S., YOON C., *Consumer neuroscience: applications, challenges, and possible solutions*, in *Journal of Marketing Research*, American Marketing Association, 2015, Vol. LII (Agosto), pp. 427-435
- POLICE A., in TORRICELLI S. (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità: sistemi giuridici a confronto*, Torino, Giappichelli, 2018
- Presidenza del Consiglio dei ministri, Portale della Performance, <https://performance.gov.it/team-di-analisi-comportamentale>
- PUGLIESE S., *Focus. L'AIR e la VIR nel 2019. La relazione del Governo alle Camere*, collana *Relazioni alle Camere*, Servizio per la qualità degli atti normativi e Osservatorio sull'attuazione degli atti normativi del Senato della Repubblica, marzo 2021
- RAMAJOLI M., *Nudge e i poteri pubblici*, in VELLA F., cit., p. 93-94

- REYES R. M., THOMPSON W. C., BOWER G. H., *Judgemental biases resulting from different availabilities of arguments*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, American Psychological Association, 1980, n. 39, pp. 2-12
- RIZZO M. J., *The paternalistic turn of behavioral Law and Economics: a critique*, in *Review of Law & Economics*, vol. 17, fasc. 2, pp. 253-280, Berlino/Boston, De Gruyter, 2021
- RUMIATI R., BONA C., *Dalla testimonianza alla sentenza*, Il Mulino, 2019
- SCHIAVELLO A., *Postdiritto: una breve guida per i perplessi*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2023, dicembre, fasc. 2, pp. 260-279
- SCOCA F. G., *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, Università di Perugia; Facoltà di Giurisprudenza, 1979
- SHUBERT G. A., *Quantitative analysis of judicial behavior*, Glencoe, Illinois: The Free Press, 1959
- SIEDENTOP L., *Inventing the individual: the origins of western liberalism*, Penguin Books Ltd, 2015
- SIMON H. A., *Administrative behavior. A study of decision-making processes in administrative organization*, ed. IV, New York, The Free Press, 1997
- SIMON H. A., *Models of bounded rationality*, Cambridge, MIT Press, 1982
- SIMON H. A., *Models of man: social and rational*, Wiley, 1957
- SIMON H. A., *Public Administration*, New York, Knopf., 1950
- STANOVICH K. E., WEST R. F., *Individual differences in reasoning: implications for the rationality debate?*, in *Behavioral and Brain Sciences*, Cambridge University Press, 2000, pp. 645-665
- SUNSTEIN C. R., *Advanced introduction to Behavioral Law and Economics*, Edward Elgar Pub., 2023
- SUNSTEIN C. R., *Behavioral science and public policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020
- SUNSTEIN C. R., *Governing by algorithm? No noise and (potentially) less bias*, in *Duke Law Journal*, 2022, n. 71, pp. 1175-1205
- SUNSTEIN C. R., HASTIE R., PAYNE J. W., SCHKADE, D. A., VISCUSI W. K., *Punitive damages: how juries decide*, Chicago, The University of Chicago Press, 2002
- SUNSTEIN C. R., REISCH L.A., *Trusting Nudges: Toward A Bill of Rights for Nudging*, Routledge, 2019

- SUNSTEIN C. R., THALER R. H., *Nudge. La spinta gentile.*, Feltrinelli, 2024
- SUROWIECKI J., *The wisdom of crowds*, New York, Random House, trad. It., *La saggezza della folla*, Milano, Fusi Orari, 2007
- Tar Campania, Napoli, Sentenza n. 7003/2022
- TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980
- TARUFFO M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, Laterza, 2009
- TOPLAK M. E., WEST R. F., STANOVICH K. E., *The Cognitive Reflection Test as a predictor of performance on heuristics-and-biases tasks*, in *Memory and Cognition*, Springer, 2011, Vol. 39, pp. 1275-1289
- TOQUEVILLE A., *L'ancien régime et la Révolution*, 1856, in *Oeuvres complètes*, ed. VII, Parigi, 1866 vol. 4
- TORCHIA L., *Lo Stato digitale: una introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2023, p.180
- TVERSKY A., KAHNEMAN D., *Extensional versus intuitive reasoning: the conjunction fallacy in probability judgement*, in *Psychological Review*, American Psychological Association, 1983, n. 90, pp. 293-315
- United States Declaration of Independence, paragraph 1, 1776
- VAN DE VEN A. H., DELBECQ A., *The effectiveness of nominal, delphi, and interacting group decision making processes*, in *Academy of Management Journal*, 1974, n. 4, pp. 605-621
- VAN ROOIJ B., FINE A., *Behavioral jurisprudence: law needs and behavioral revolution*, in *Behavioral Scientist*, 2022, 18 maggio, <https://behavioralscientist.org/behavioral-jurisprudence-law-needs-a-behavioral-revolution>
- VARAZZANI C., HUBBLE C., *Mapping the global behavioral insights community*, OECD, Observatory of Public sector innovation, 2023, <https://oecd-opsi.org/blog/mapping-behavioural-insights/>
- VELLA F., *Diritto ed economia comportamentale*, Bologna, Il Mulino, 2023
- VIOLA F., ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari, Laterza, 2004
- VISCUSI V. K., GAYER T., *Behavioral Public Choice: the behavioral paradox of government policy*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 2015, vol. 38, n. 3, pp. 973-1007
- VISCUSI W. K., HAMILTON J. T., *Are risk regulators rational? Evidence from hazardous waste cleanup decisions*, in *American Economic Review*, 1999, n. 38, pp. 1010-1027

VOLPE C., *Mediazione e giudizio amministrativo*, <https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/147937/Mediazione.docx/319a6a6a-bb4e-535c-fe48-1651284ac0ea?version=> , 2018

VONDERLIN R., BIERMANN M., BOHUS M., *Mindfulness-based programs in the workplace: a meta-analysis of randomized controlled trials*, in *Mindfulness*, 2022, n. 4, e058976

WAGNER W. E., *The science charade in toxic risk regulation*, in *Columbia Law Review*, 1995, vol. 95, n. 7, pp. 1613-1645

WINTER C., *The value of behavioral economics for EU judicial decision-making*, in *German Law Journal*, 2020, n. 2, pp. 240-264

WOODWORTH R. S., SELLS S. B., *An atmosphere effect in formal syllogistic reasoning*, in *Journal of Experimental Psychology*, Sarah Brown-Schmidt, 1935, n. 18, pp. 451-460

ZACCARIA G., *Interpretazione della legge*, in *Enc. Dir.*, Annali V, Milano, 2012

ZACCARIA G., *Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità*, in *Ars Interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica*, 2019, n. 1, pp. 7-14

ZITO A., *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, ESI, 2023