

**Libera Università Internazionale  
degli Studi Sociali Guido Carli  
PREMIO TESI D'ECCELLENZA**

**Diritto amministrativo  
e scienze comportamentali:  
sfide e opportunità**

**Francesco Ferrari**

**2023-2024**

Libera Università Internazionale  
degli Studi Sociali Guido Carli

Working Paper n. 4/2023-2024

Publication date: December 2025

*Diritto amministrativo e scienze comportamentali: sfide e opportunità*

© Francesco Ferrari

ISBN 979-12-5596-371-4

This working paper is distributed for purposes of comment and discussion only.  
It may not be reproduced without permission of the copyright holder.

Luiss University Press is an imprint  
of Luiss Guido Carli

Viale Pola 12, 00198 Roma

Tel. 06 85225485

E-mail [universitypress@luiss.it](mailto:universitypress@luiss.it)

[www.luissuniversitypress.it](http://www.luissuniversitypress.it)

# Diritto amministrativo e scienze comportamentali: sfide e opportunità

By Francesco Ferrari

## 1. INTRODUZIONE AL TEMA DELLO STUDIO DEL COMPORTAMENTO NELLE SCIENZE SOCIALI: UN NUOVO PROTOTIPO DI SOGGETTO UMANO IN PSICOLOGIA, ECONOMIA E DIRITTO

I principali fondamenti del nostro sistema giuridico moderno si possono rinvenire in un momento in cui diversi contenuti e paradigmi della Civiltà occidentale (libertà, libero arbitrio, uguaglianza, ragione) sono giunti a maturazione nell'Età dei lumi<sup>1</sup>.

Quel contesto consegnò alle materie sociali una visione del mondo che si può 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, se utilizza la ragione, di dominare i propri momenti decisionali e di scegliere fini e mezzi del suo agire.

Questi assunti – tutti con conseguenze a cascata nella sistematizzazione dell'approccio giuridico al reale – sono entrati in crisi negli ultimi decenni, venendo ampiamente riadattati, chiosati, quando non addirittura negati.

Ciò che non sempre è stato approfondito dai giuristi è l'elemento umano su cui si incardinano le scelte, i processi decisionali e le interazioni che portano il Diritto astratto produrre effetti nella dimensione della vita.

Il percorso di questo elaborato, per la sua domanda di ricerca, non può quindi che partire da una visione panoramica e interdisciplinare.

Con la nascita delle scienze cognitive e comportamentali, che espandono e approfondiscono proprio l'aspetto umano e soggettivo delle scelte, in particolare dalla metà del secolo scorso, si pose il problema "aggiornare" le scienze sociali,

---

<sup>1</sup>Sui 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, L. Siedentop, *Inventing the individual: the origins of western liberalism*, Penguin Books Ltd, 2015; R. Brague, *The law of God: the philosophical history of an idea*, University of Chicago Press, 2008; ma anche, nelle loro riflessioni, A. De Toqueville (1805-1859), G. K. Chesterton (1874-1936), C. S. Lewis (1898-1963).

tenute in conto tali emergenze sperimentali e le elaborazioni teoriche che ne scaturivano. Si sentì, vale a dire, la necessità di utilizzare la conoscenza empirica del comportamento umano per farne la lente di nuove letture dei fenomeni economici, giuridici, politici e sociali.

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 Pareto<sup>2</sup>), nella seconda metà del secolo scorso un simile approccio fornì nuove basi per i modelli di analisi e predizione delle scelte.

Una branca della disciplina, volendo superare prototipi umani teorici per guardare a soggetti umani empiricamente descritti, abbandonò il modello di *homo oeconomicus* dell'economia classica, dotato di una razionalità "olimpica"<sup>3</sup>, modello «tanto perfetto quanto mitologico»<sup>4</sup>, facendo nascere una nuova scienza economica che include nelle sue predizioni la soggettività e le fallacità umane: l'economia comportamentale. Essa vanta di non limitarsi a denunciare il problema della limitata razionalità dell'uomo, ma di accettare la sfida di ricostruirne sperimentalmente le dinamiche e le figure sintomatiche, elaborando rimedi.

Apripista in questi sviluppi teorici fu il premio Nobel Herbert A. Simon, che pose sotto osservazione le dinamiche comportamentali sia in una prospettiva di comprensione atomistica dell'agire del singolo, sia nel contesto dell'agire collettivo delle organizzazioni. Egli ebbe da subito un particolare sguardo agli apparati amministrativi, con la volontà di porre le basi per una analisi scientifica della effettività della loro struttura e del loro operare<sup>5</sup>, tenendo in conto la personalità e il comportamento della «*person in the office*», nonché la natura e il funzionamento del plesso organizzativo<sup>6</sup>.

Nell'approccio di Simon si elimina anzitutto il dogma della massimizzazione dell'utilità come criterio delle scelte dei singoli, in favore del criterio della «decisione soddisfacente»<sup>7</sup>.

Il modello di razionalità limitata di Simon si pone come via mediana tra due estremi: il modello dell'economia classica, per cui calcoli complessi e probabilistici non sarebbero un problema per il soggetto pensante; il modello di quella psicologia sociale freudiana che vorrebbe «ridurre tutta la cognizione a un'affezione»<sup>8</sup> (i.e. determinazione passiva dello spirito). Da tale via mediana

---

<sup>2</sup> «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.», V. Pareto, *Manuale di economia politica*, Milano, S.E.L., 1906.

<sup>3</sup> H. A. Simon, *Models of man: social and rational*, Wiley, 1957.

<sup>4</sup> F. Vella, cit., p. 23.

<sup>5</sup> H. A. Simon, *Administrative behavior. A study of decision-making processes in administrative organization*, ed. IV, New York, The Free Press, 1997, p. xi.

<sup>6</sup> Ivi, pp. 17-18.

<sup>7</sup> Ivi, p. 118.

<sup>8</sup> Ivi, pp. 88-89.

risulta un essere umano vero, fallibile, ma anche condizionabile, descrivibile e prevedibile.

Muovendo da simili premesse, altri studiosi comportamentali si sono rivolti più dettagliatamente alla individuazione dei vizi del ragionamento, delle loro cause e delle possibili misure preventive, “mappando” la razionalità limitata, esplorando i cosiddetti *bias*, ossia deviazioni del ragionamento umano da quei risultati che i “modelli dell’agente razionale” proporrebbero come corretti<sup>9</sup>, non in quanto più giusti ma in quanto coerenti con lo scopo dell’azione<sup>10</sup>. Tali “difetti” delle decisioni sarebbero errori sistematici e prolungati nel tempo<sup>11</sup>, forme «soggettive e particolarmente ostinate» di euristiche<sup>12</sup>, cioè scorciatoie rapide e automatiche imboccate dal pensiero<sup>13</sup> (dal greco *heurískein*, trovare), derivanti perlopiù da strategie di sopravvivenza e di economia cerebrale interiorizzate dalla nostra specie.

Spiccano in questo campo Amos Tversky e Daniel Kahneman. Ciò che connota le loro ricerche è un forte impianto sperimentale, volto a costruire con prove di laboratorio le loro teorie: una strategia talvolta criticata<sup>14</sup>, ma fertile di dati su come gli esseri umani “in carne ed ossa” si comportano “alla prova dei fatti” e in diversi contesti.

Quanto al Diritto, già negli anni '50 e '60 del '900, studiosi come Glendon A. Shubert e Walter Berns, si esprimevano sulle possibili implicazioni degli studi comportamentali in campo giuridico<sup>15</sup>. Shubert applicava il metodo quantitativo e la teoria dei giochi all’analisi della giurisprudenza, in particolare della Corte Suprema degli Stati Uniti, alla ricerca di riscontri empirici per una lettura dei posizionamenti dei giudici come espressione di dinamiche di potere ulteriori rispetto alla mera attività giurisdizionale montesquiviana. L’intento era far emergere empiricamente la natura per lo più extragiuridica delle vere motivazioni sottese alle decisioni, come già teorizzato dalla dottrina dei giusrealisti (in special modo, Jerome Frank, che però affermava invece l’insondabilità di tali dinamiche<sup>16</sup>).

---

<sup>9</sup> D. Kahneman, *Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics*, in *The American Economic Review*, American Economic Association, 2003, vol. 93, n. 5, p. 1449

<sup>10</sup> Infatti, è bene avere presente che è possibile una loro applicazione neutrale dal punto di vista assiologico e quindi meramente funzionale alle scelte assiologiche che precedono il momento decisionale.

<sup>11</sup> F. Vella, cit., p. 27.

<sup>12</sup> E. Boncinelli, A. Calvaruso, *Che cosa abbiamo nella testa?*, Milano, Il Saggiatore, 2021

<sup>13</sup> F. Vella, cit., p. 27.

<sup>14</sup> Ivi, p. 26.

<sup>15</sup> G. A. Shubert, *Quantitative analysis of judicial behavior*, Glencoe, Illinois: The Free Press, 1959; W. Berns, *Law and behavioral science*, in *Law and contemporary problems*, Duke University School of law, 1963, vol. 28, fasc. 1, pp. 185-212.

<sup>16</sup> G. Fassò, *Ottocento e Novecento*, in C. Faralli (a cura di), *Storia della filosofia del diritto*, Roma, Laterza, 2020, pp. 271-272.

Un contributo foriero di nuovi paradigmi scientifici anche per i giuristi, provenne, poi, dall'opera di Thaler e Sunstein<sup>17</sup>, che posero l'accento sulle conseguenze della prevedibilità della razionalità umana, che può essere indirizzata anche senza alcuna imposizione autoritativa e senza vere e proprie coercizioni. Di qui il larghissimo campo di ricerca che si apre sul cosiddetto *nudge*, in italiano spesso tradotto con “pungolo” o “spinta”, una modalità non imperativa di indirizzo del comportamento umano verso una determinata scelta anziché un'altra<sup>18</sup>.

Strettamente connesso all'utilizzo di questi strumenti e ai dubbi sulla loro qualificazione giuridica e costituzionale è il c.d. *paternalismo libertario* che comporta un indirizzo “dall'alto” dei consociati verso scelte per loro positive negli effetti<sup>19</sup>.

Un ulteriore profilo rilevante per una analisi del diritto effettivo è poi quello descritto in *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*<sup>20</sup>. Gli autori dell'opera pongono l'accento, sul “rumore decisionale”: difetto del ragionamento umano che porta volatilità di risultato in decisioni o giudizi che dovrebbero essere omogenei; fenomeno disordinato e casuale, ma statisticamente calcolabile. L'essere umano quindi, oltre che soggetto a “inclinazioni” (*i.e. bias*) è incoerente rispetto a sé e ad altri di medesima professionalità. L'indice di tale volatilità viene definito «scandalosamente alto» in una varietà di campi professionali che richiederebbero una grande accuratezza di giudizio<sup>21</sup>, tra cui le professioni legali e le scienze forensi.

Anche in questo campo gli studiosi comportamentali tentano di fornire strategie di prevenzione e di argine. A ogni modo, il primo rimedio ai fenomeni oggetto del loro studio appare essere una presa di coscienza dell'esistenza del problema e la diffusione della nozione che la razionalità umana sia quasi certamente fallace, laddove operi ignara delle insidie dei propri limiti.

---

<sup>17</sup> Vd. C. R. Sunstein, R. H. Thaler, *Nudge. La spinta gentile.*, Feltrinelli, 2024.

<sup>18</sup> C. R. Sunstein, *Behavioral science and public policy*, Cambridge University Press, 2020, p. 10.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> D. Kahneman, O. Sibony, C. R. Sunstein, trad. di E. Gallitelli, *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, UTET, 2021.

<sup>21</sup> *Ivi*, p. 12.

## 2. DINAMICHE COGNITIVE ED ERRORI DECISIONALI: L'INSEGNAMENTO DELLE SCIENZE COMPORTAMENTALI. LA GIURISDIZIONE E I COLLEGI

Un punto di partenza per comprendere il sistema cognitivo umano secondo le scienze comportamentali può essere la suddivisione in “sistemi” divulgata e approfondita da Kahneman, che utilizza le espressioni di “Sistema 1” e “Sistema 2”, coniate da Keith E. Stanovich e Richard F. West<sup>22</sup>.

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»<sup>23</sup>. Quelle del Sistema 2 sono invece «lente, seriali, controllate, faticose, [...] flessibili e governate da regole»<sup>24</sup>. È attraverso il Sistema 1 che si originano spontaneamente le sensazioni e impressioni «fonti principali delle convinzioni esplicite e delle scelte deliberate del Sistema 2»<sup>25</sup>. Si può quindi affermare che sebbene il Sistema 2, 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, senza controllo, dalla componente percettiva e intuitiva della mente<sup>26</sup>.

Di norma il Sistema 1, il primo a entrare in gioco e il più influente in grande parte dei casi, adotta strategie opportune e produce predizioni a breve termine corrette. Esso però è nato per predisporre soluzioni utili in situazioni rapide e complesse tramite il mezzo dell'approssimazione ed è soggetto a errori sistematici, accentuati in alcuni contesti<sup>27</sup>. Il Sistema 1 ha una costante attività di produzione di giudizi automatici, anche non voluti; il Sistema 2, quando riceve o genera domande, deve compiere un volontario indirizzamento di attenzione e una ricerca di risorse cerebrali<sup>28</sup>. Da qui la necessità di “scorciatoie” come le euristiche e i *bias*.

Se si guarda allo studio del funzionamento dei due sistemi e, soprattutto, alle loro interazioni, appare lampante il contributo che le scienze comportamentali possono dare al riconoscimento di criticità decisionali nelle sedi giurisdizionali.

Il giudice porta con sé l'esposizione, in quanto uomo, alle insidie decisionali accennate, che si possono insinuare di più o di meno anche a seconda degli spazi che gli si offrono.

---

<sup>22</sup> K. E. Stanovich, R. F. West, *Individual differences in reasoning: implications for the rationality debate?*, in *Behavioral and Brain Sciences*, Cambridge University Press, 2000, pp. 645-665.

<sup>23</sup> Cit. D. Kahneman, *Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics*, p. 1451.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> D. Kahneman, *Penieri lenti e veloci*, cit., p. 25.

<sup>26</sup> *Ivi*, pp. 24-25.

<sup>27</sup> *Ivi*, p. 31.

<sup>28</sup> *Ivi*, p. 120.

Coerente con i riscontri sull'“invadenza” del Sistema 1 nelle decisioni e sulla rilevanza decisionale delle prime impressioni è la teoria che taccia di «ipocrisia formale» la classica ricostruzione del percorso logico nella decisione del giudice. Al contrario, quest'ultima sarebbe istantanea, perlopiù intuitiva, e verrebbe solo *ex post* seguita da uno sforzo di giustificazione<sup>29</sup>. Le risultanze delle scienze cognitive mostrano questo modo di procedere mentale sia nel campo del giudizio morale<sup>30</sup> che in quello giuridico<sup>31</sup>.

Alcuni meccanismi di fondo prodotti dal connubio dei due sistemi (in particolar modo dall'influenza del primo) possono determinare in buona dose le scelte di un individuo senza che questi nemmeno se ne accorga<sup>32</sup>.

Un primo esempio può essere quello del “meccanismo associativo”<sup>33</sup>, potente strumento della mente che consente di fare istantanei e istintivi collegamenti tra uno stimolo e altri: la mente, così, si allerta più rapidamente secondo l'interpretazione intuitiva della situazione in cui si trova. Questo meccanismo, utilissimo di fronte a una calamità o a un animale feroce, va a scapito della ponderazione e dell'esattezza. Ne deriva ad esempio, l'effetto “*priming*”, per cui le nostre risposte a domande possono essere pesantemente e irrazionalmente condizionate da stimoli a cui eravamo sottoposti un momento prima<sup>34</sup>. Simili effetti non possono che far pensare alla necessità di rivedere la nozione classica, anche filosofico-giuridica, del libero arbitrio.

Altro meccanismo foriero di errori è quello determinato dal passaggio da un certo grado di “fluidità cognitiva” a un altro: la percezione di una situazione può essere graduata tra gli estremi “facile” o “difficile” e ne discende il grado di “tensione cognitiva”, dal quale deriva il convogliamento di energie verso un determinato compito<sup>35</sup>. Questo meccanismo, ad esempio, affetta la comprensione di un contenuto in ragione della sua forma: è stato sperimentato che il grado di persuasività di un testo per il lettore può dipendere in misura considerevole dalla sua disposizione e qualità grafica<sup>36</sup>. Lo stesso vale per la metrica o il ritmo delle frasi<sup>37</sup>. Tutti fattori irrazionali e non semantici.

---

<sup>29</sup> U. Morera, in F. Vella, *Diritto ed economia comportamentale*, Bologna, Il Mulino, 2023, p. 204

<sup>30</sup> J. HAIDT, *The emotional dog and its rational trail: a social intuitionist approach to moral judgement*, in *Psychological Review*, n. 108, pp. 814-834.

<sup>31</sup> A. SCHIAVELLO, *Postdiritto: una breve guida per i perplessi*, cit., p. 275.

<sup>32</sup> D. Kahneman, *Pensieri lenti e veloci*, cit., pp. 70-73.

<sup>33</sup> C. K. Morewedge, D. Kahneman, *Associative processes in intuitive judgement*, in *Trends in Cognitive Sciences*, Lindsey Drayton, 2010, n. 14, pp. 435-440.

<sup>34</sup> D. Kahneman, *Pensieri lenti e veloci*, cit., pp. 69-72.

<sup>35</sup> Ivi, p. 79.

<sup>36</sup> Ivi, p. 84.

<sup>37</sup> Ivi, p. 85.

In un esperimento, soggetti incaricati di valutare i rendiconti tra loro contrastanti di due imprese inventate avrebbero sistematicamente ritenuto più credibile quello della ditta dal nome più semplice da pronunciare<sup>38</sup>.

Tutti, compresi i professionisti nei loro compiti possono essere condizionati da uno o, sovente, più di questi fenomeni.

Ancora. V'è un meccanismo mentale che ci fa provare istantaneamente che una determinata cosa sia "normale", ovvero "sorprendente", facendo 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, ma più spesso a una automatica "ricerca di senso"<sup>39</sup>, che porta anche a ipotizzare con l'intuito nessi causali non provati. Ciò è talmente naturale che avviene già nei bambini di sei mesi<sup>40</sup>.

L'automatismo della causalità percepita è alla base della ricerca necessaria di un responsabile, della attribuzione automatica di intenzioni, della ricostruzione degli eventi prima ancora di averne conosciuto dettagli<sup>41</sup>. Tutto ciò spinge a non prendere nemmeno in considerazione il ragionamento statistico, l'unico razionalmente corretto<sup>42</sup>.

Peraltro, la ricerca automatica di senso 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 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»<sup>43</sup>.

Le diverse figure di euristiche, di *bias*, di fallacie, 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 subcategorie<sup>44</sup>. Esse meritano di essere elencate a titolo esemplificativo, anche nel contesto della giurisdizione.

---

<sup>38</sup> A. K. Shah, D. M. Oppenheimer, *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.

<sup>39</sup> D. Kahneman, *Pensieri lenti e veloci*, cit., pp. 95-102.

<sup>40</sup> A. Michotte, *The perception of causality*, Andover, Methuen, 1967; A. M. Leslie, S. Keeble, *Do six-month-old infants perceive causality?*, in *Cognition*, 1987, n.25, pp. 265-288.

<sup>41</sup> D. Kahneman, *Pensieri lenti e veloci*, cit., pp. 95-103.

<sup>42</sup> Ivi, p. 104.

<sup>43</sup> Ivi, p. 117.

<sup>44</sup> Cfr. tra loro: T. Gilovich, D. Griffin, *Introduction – Heuristics and biases: then and now*, in T. Gilovich, D. Griffin, D. Kahneman (a cura di), *Heuristics and biases: the psychology of intuitive judgement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 1-18; G. Montier, *Darwin's mind: the evolutionary foundations of heuristics and biases*, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=373321](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=373321); N. Linciano, *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; N. Barberis, R. H. Thaler, *A survey of behavioral finance*, New York, National Bureau of Economics Research, 2002, NBER Working paper n. 9222.

Molto studiato è ad esempio il *bias* dell'“effetto ancoraggio”: siamo portati a non discostarci dalla prima informazione (l'“ancora”) che ci viene fornita su un determinato problema<sup>45</sup> (come il prezzo di partenza in una trattativa). Questo *bias* può essere peraltro oggetto, in certi casi, di un rilievo matematico, espresso come “indice di ancoraggio”<sup>46</sup>.

In un esperimento che aveva come campione numerosi giudici tedeschi di lunga esperienza, ai partecipanti furono forniti i dettagli di un caso penale. Essi furono poi divisi in due gruppi: ciascuno avrebbe assistito a un lancio di un dado da gioco truccato che si fermava sempre allo stesso numero, diverso tra i due gruppi. 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%<sup>47</sup>.

Indagini ed esperimenti svolti su campioni di diversa composizione (giudici, avvocati, membri di giuria, studenti, ecc...) hanno rilevato effetti ancoraggio nelle decisioni sul sull'ammontare dei risarcimenti<sup>48</sup>, nei risultati delle mediazioni e delle conciliazioni<sup>49</sup>, nella determinazione delle pene rispetto alla richiesta dell'accusa<sup>50</sup>.

Anche l'euristica della disponibilità è stata studiata nei suoi possibili risvolti per la giurisdizione. L'effetto è quello di giudicare sulla base di ciò che è più disponibile alla mente, magari perché corrispondente a esperienze recenti, perché in linea con supposti fatti notori o in quanto impressionante. Una descrizione più vivida, cruda o dettagliata, può essere resa più memorizzabile e quindi più disponibile alla mente che decide<sup>51</sup>. Una familiarità mentale con soluzioni più frequenti nell'esperienza comune può aversi, ad esempio, rispetto alla individuazione, da parte di campioni di giuristi, della moglie e non del marito come parte debole della separazione, con una conseguente stima dell'assegno, nella medesima situazione fattuale, con un ammontare inferiore nel

---

<sup>45</sup> D. Kahneman, *Pensieri lenti e veloci*, cit., pp.159-189.

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> B. Englich, F. S. Mussweiler, F. Strack, *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.

<sup>48</sup> M. W. Marti, R. L. Wissler, *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; cfr. R. Rumiati, C. Bona, cit., p. 26.

<sup>49</sup> C. Guthrie, J. J. Rachlinski, A. J. Wistrich, *Inside the judicial mind*, in *Cornell Law Review*, Cornell Law School, 2001, n. 86, pp. 777-810.

<sup>50</sup> B. Englich, T. Mussweiler, *Sentencing under uncertainty: anchoring effects in the court-room*, in *Journal of Applied Social Psychology*, Wiley-Blackwell, 2001, n. 31, pp. 1535-1551.

<sup>51</sup> R. M. Reyes, W. C. Thompson, G. H. Bower, *Judgemental biases resulting from different availabilities of arguments*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, American Psychological Association, 1980, n. 39, pp. 2-12.

caso il coniuge debole sia l'uomo<sup>52</sup>. La disponibilità dell'immagine si traduce in una maggior tutela per un dato "tipo di parte".

Per la loro disponibilità, eventi simili, vicini o contemporanei possono generare tre fenomeni: l'illusione di controllo, la sovrastima delle proprie capacità valutative e la cosiddetta *overconfidence*<sup>53</sup>. Tutti e tre parte di un più ampio *bias* egocentrico<sup>54</sup>.

L'illusione di controllo si riferisce alla correlazione tra le azioni di un individuo e il loro esito<sup>55</sup>. È specialmente presente in contesti dove il soggetto agente non ha riscontri immediati sul suo operato.

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 superiore<sup>56</sup>. L'87% presentava un *bias* egocentrico e aveva la percezione che le sue sentenze venissero riformate in misura molto minore rispetto alla grande maggioranza dei propri colleghi<sup>57</sup> (il che 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 già noto<sup>58</sup>. Ciò sovente è legato 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 a tale sentenza 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 dati<sup>59</sup>.

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 colloca<sup>60</sup>.

Spostandosi poi dal fenomeno dei *bias* a quello del rumore, può dirsi che il 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, o ad altri fenomeni in un certo senso "controllabili" e giustificabili.

---

<sup>52</sup> C. Bona, B. Bazzanella, *L'assegno di mantenimento nella separazione. Un saggio tra diritto e scienze cognitive*, Trento, Università degli studi di Trento, 2008.

<sup>53</sup> R. Rumiati, C. Bona, cit., p. 150.

<sup>54</sup> Ivi, p. 151.

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> C. Guthrie, J. J. Rachlinski, A. J. Wistrich, cit.

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> D. Kahneman, A. Tversky, *Subjective probability: a judgement of representativeness*, in *Cognitive Psychology*, Elsevier, 1972, n. 3, pp. 430-454.

<sup>59</sup> C. Bona, *Studio sul danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 2012.

<sup>60</sup> F. Vella, cit., p. 35.

Difatti, il rumore decisionale produce una variabilità dei giudizi che è indice 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 simili<sup>61</sup>.

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 giudizi<sup>62</sup>. Basta, a tal fine, la misurazione della loro varianza<sup>63</sup>.

Proprio un giudice, Marvin Frankel, nei primi anni '70 negli Stati Uniti aprì il dibattito sul forte rumore decisionale delle corti. Ne emerse una serie di nuovi studi sperimentali in ambito giudiziario: per uno stesso caso diversi giudici erano capaci di comminare condanne totalmente differenti<sup>64</sup> (con variazioni anche da uno a dieci anni di reclusione per lo stesso caso); vi era totale discordanza, inoltre, sull'opportunità di riconoscere misure alternative<sup>65</sup>. Fu rilevato 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 pranzo<sup>66</sup>. Da una rassegna di 207.000 decisioni del tribunale dell'immigrazione si riscontrava una significativa correlazione statistica, non casuale, tra i giorni particolarmente caldi e quelli con maggiori respingimenti<sup>67</sup>. 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 rumore<sup>68</sup> giacché 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 altri<sup>69</sup>.

---

<sup>61</sup> D. Kahneman, O. Sibony, C. R. Sunstein, cit., p. 10.

<sup>62</sup> Ivi, p. 11.

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> A. Partridge, W. B. Eldridge, *The second circuit sentence study: a report to the judges of the second circuit August 1974*, Washington DC, Federal Judicial Center, 1974, p. 9.

<sup>65</sup> W. Austin, T. A. Williams 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.

<sup>66</sup> S. Danzinger, J. Levav, L. Avnaim-Pesso, *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.

<sup>67</sup> A. Heyes, S. Saberian, *Temperature and decisions: evidence from 270.000 court cases*, in *American Economic Journal: Applied Economics*, American Economic Association, 11, n. 2, pp. 238-265.

<sup>68</sup> D. Kahneman, O. Sibony, C. R. Sunstein, cit., p. 86.

<sup>69</sup> Ibid.

Prendendo spunto da queste indagini, uno studio comportamentale e quantitativo della giustizia amministrativa italiana, portato avanti su larga scala, potrebbe offrire un panorama della sua effettività. Diverse le modalità di analisi disponibili, tra cui quelle degli algoritmi di giustizia predittiva<sup>70</sup>.

Essenziale è sempre la formazione cui sono soggetti i partecipanti al fenomeno della giurisdizione. Si è posto, ad esempio, il tema<sup>71</sup> della predisposizione dei giuristi alla logica e al pensiero deduttivo<sup>72</sup>, così importanti per l'applicazione delle norme e la censura dell'illogicità di atti altrui<sup>73</sup>. Tale schema sembra non collimare con la predisposizione dei soggetti umani che dovrebbero attuarlo<sup>74</sup>. Difatti, si riscontrano statisticamente grandi difficoltà, anche tra giuristi<sup>75</sup>, ad applicare con disinvoltura molti schemi logici (che alcune teorie affermavano essere forme innate della mente umana<sup>76</sup>).

Infine, non si può ignorare che il 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 Condorcet<sup>77</sup> (a patto però che i giudizi fossero indipendenti) e anche, molto più di recente Surowiecki, il quale ha parlato di «saggezza delle folle»<sup>78</sup> 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, anche amministrativo, che tende ad aumentare il numero di componenti dell'organo giudicante con l'aumentare della complessità e della rilevanza delle cause<sup>79</sup>.

L'ottimismo verso le decisioni collegiali è sempre più frenato dall'analisi delle distorsioni specifiche cui sono soggette<sup>80</sup>. In particolare, fruttuoso è il filone di ricerca statunitense circa la composizione della "giuria perfetta", anche tramite l'uso di algoritmi<sup>81</sup>.

---

<sup>70</sup> Vd. il caso di Brescia: <https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/giustizia-predittiva-cosi-a-brescia-lintelligenza-artificiale-aiuta-a-prevedere-tempi-e-esiti-delle-cause/>.

<sup>71</sup> T. Mazzarese, *Logica giuridica*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, Torino, UTET, 2004, vol. 11, pp. 128-138.

<sup>72</sup> R. Rumiati, C. Bona, cit., p. 113.

<sup>73</sup> Ibid.

<sup>74</sup> Ivi, p. 121.

<sup>75</sup> C. Bona, *Sentenze imperfette*, Bologna, Il Mulino, 2010.

<sup>76</sup> O. J. A. Fodor, *The language of thought*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1975.

<sup>77</sup> J. Condorcet, *Essai sur l'application de l'analyse á la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, Parigi, L'Imprimerie Royale, 1785.

<sup>78</sup> J. Surowiecki, *The wisdom of crowds*, New York, Random House, trad. It., *La saggezza della folla*, Milano, Fusi Orari, 2007.

<sup>79</sup> R. Rumiati, C. Bona, cit., p. 233-235.

<sup>80</sup> Ibid.

<sup>81</sup> A. G. Ferguson, *The big data jury*, in *Notre Dame Law Review*, University of Notre Dame, 2016, n. 91, pp. 935-1006.

Anzitutto, l'inserimento degli individui in un collegio non vale a renderli singolarmente più razionali. I singoli componenti erano influenzati, secondo studi in ambito penale, dall'aspetto fisico<sup>82</sup> dell'imputato, dalla sua etnia, dall'accento del rappresentante dell'accusa e da altri fattori irrilevanti<sup>83</sup>. Altre distorsioni che si sono riscontrate sono quella «predecisionale»<sup>84</sup>, foriera di un «salto alle conclusioni» senza previo controllo delle informazioni<sup>85</sup>, ma anche quella della «dissonanza postdecisionale» che spinge il singolo a sottovalutare aspetti che metterebbero in dubbio la posizione del gruppo<sup>86</sup>.

La principale fonte di errori dei gruppi è una caratteristica che è solitamente considerata positiva, ovvero la loro tendenza a creare coesione<sup>87</sup>. Proprio da questo è generata il cosiddetto *groupthink* («pensiero di gruppo»), che annulla le valutazioni e le motivazioni dei membri singoli. Ne proviene una deteriore efficienza mentale e una maggiore crasi tra la cognizione del gruppo e la realtà. Inoltre, tale tendenza crea una sorta di setaccio delle informazioni, che verranno scartate se non assecondano la direzione presa.

In questo contesto, le cosiddette «cascate informative» e la «polarizzazione di gruppo» possono anche causare rumore, in quanto piccoli cambiamenti iniziali in una direzione possono generare grande variabilità nel risultato finale<sup>88</sup> che può essere più estremo della somma dei singoli giudizi.<sup>89</sup>

### 3. IL SISTEMA DEI RIMEDI E L'«IGIENE DECISIONALE»

Quando si tratta di gestire la razionalità limitata, si può tracciare una prima distinzione tra quei rimedi volti a prevenire l'irrazionalità del soggetto dall'esterno, ponendogli dei binari su cui muoversi, e invece quei rimedi che puntano alla sua interiorizzazione dei segnali di allerta e dei meccanismi preventivi, puntando quindi a una autoregolazione interna del processo della decisione<sup>90</sup>.

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

<sup>82</sup> R. J. MacCoun, *The emergence of extralegal bias during jury deliberation*, in *Criminal Justice and Behavior*, SAGE Publications, 1990, n. 50, pp. 303-314.

<sup>83</sup> M. F. Kaplan, L. E. Miller, *Reducing the effect of juror bias*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, American Psychological Association, 1978, n. 36, pp. 1443-1455.

<sup>84</sup> K. A. Carlson, J. Russo, *Biased interpretation of evidence by mock jurors*, in *Journal of Experimental Psychology: Applied*, 2001, n. 7, pp. 91-103.

<sup>85</sup> R. Rumiati, C. Bona, cit., p. 233-235.

<sup>86</sup> L. Festinger, *A theory of cognitive dissonance*, Stanford, Stanford University Press, 1962.

<sup>87</sup> P. R. Bernthal, C. A. Insko, *Cohesiveness without groupthink*, in *Group & Organization Management*, SAGE Publications, 1993, n. 18, pp. 66-87.

<sup>88</sup> D. Kahneman, O. Sibony, C. R. Sunstein, cit., p. 117.

<sup>89</sup> C. R. Sunstein, R. Hastie, J. W. Payne, D. A. Schkade, W. K. Viscusi, *Punitive damages: how juries decide*, Chicago, The University of Chicago Press, 2002.

<sup>90</sup> R. Rumiati, C. Bona, cit., p. 15, p. 29.

giusrealismo), ma può essere guardata con scetticismo anche secondo gli studi comportamentali. 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”<sup>91</sup>, 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 sanno poco o nulla»<sup>92</sup>.

Ci sarebbe, fra le altre cose, una diretta correlazione tra la capacità (esercitabile) di un individuo di dominare la “pigritia” dell'approssimazione e prestazioni intellettive efficaci nella razionalità e nell'evitare errori<sup>93</sup>, una capacità più rilevante a tal fine, di altri parametri, come il Q.I.<sup>94</sup>.

Questo è coerente con l'insegnamento di coloro che si sono dedicati alle applicazioni della psicologia nel campo del Diritto, affermando che «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»<sup>95</sup>.

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”<sup>96</sup>.

Esistono alcuni indicatori legati a specifiche modalità di test, che permettono di 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 critico<sup>97</sup>. L'ipotesi di sottoporre i magistrati a test psicologici è già stata oggetto in Italia di un dibattito pubblico scaturito da una delibera del Consiglio dei Ministri<sup>98</sup>. A ogni modo gli strumenti ora citati e i loro parametri possono dare un indirizzo su quali possono essere le qualità da ricercare e da incentivare.

---

<sup>91</sup> B. Van Rooij, A. Fine, *Behavioral jurisprudence: law needs and behavioral revolution*, in *Behavioral Scientist*, 2022, 18 maggio, <https://behavioralscientist.org/behavioral-jurisprudence-law-needs-a-behavioral-revolution>.

<sup>92</sup> F. Vella, cit., p. 175.

<sup>93</sup> W. Mischel, E. B. Ebbesen, *Attention in delay of gratification*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, American Psychological Association, 1970, n. 16, pp. 329-337.

<sup>94</sup> M. E. Toplak, R. F. West, K. E. Stanovich, *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.

<sup>95</sup> T. Maroney, (*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.

<sup>96</sup> D. Kahneman, O. Sibony, C. R. Sunstein, cit., p. 259.

<sup>97</sup> Ivi, pp. 263-268.

<sup>98</sup> Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 75 del 26/03/2024.

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 neutralità emotiva. Tuttavia, per un verso esso pare destinato a rappresentare una mera aspirazione<sup>99</sup>, 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 sarebbe quindi lo sviluppo di tecniche per governare le emozioni, anziché escluderle<sup>100</sup>. Tutte queste strategie sono ancora da approfondire per ammissione stessa di coloro che le hanno individuate.

Tra le principali tecniche di miglioramento delle decisioni spicca il *debiasing*, ovvero la eliminazione sistematica dei *bias*, che richiede tecniche di apprendimento specifiche, in grado di contrapporsi agli automatismi del Sistema 1<sup>101</sup>.

Gli approcci per eliminare i *bias* possono essere *ex ante* ovvero *ex post*. Questi ultimi incidono sul risultato della decisione, che viene corretto compensando il *bias*. Gli interventi *ex ante*, invece, si dividono in *nudges* (“spinte gentili”) e in interventi formativi<sup>102</sup>.

Un esperimento condotto alla Boston University ha ottenuto successi rilevanti nella riduzione degli errori decisionali tramite la sottoposizione dei partecipanti a una serie di lezioni e di “giochi seri”<sup>103</sup>. 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 tempo<sup>104</sup>.

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 wrong*<sup>105</sup>.

I passaggi portano a: considerare tutte le opzioni in gioco, anche le meno probabili, superando la pigrizia; valorizzare i pregi del ragionamento controfattuale; allenare al carico di emotività inevitabile di ciascun caso. L’obiettivo è «vedere come stanno davvero le cose» per come sono e non per come «crediamo che siano»<sup>106</sup>.

---

<sup>99</sup> T. A. Maroney, J. J. Gross, *The ideal of the dispassionate judge: an emotion regulation perspective*, in *Emotion Review*, Sage Publications, 2014, n. 2, pp. 142-151.

<sup>100</sup> Ibid.

<sup>101</sup> F. Vella, cit., p. 188.

<sup>102</sup> D. Kahneman, O. Sibony, C. R. Sunstein, cit., p. 273.

<sup>103</sup> Ivi, p. 275.

<sup>104</sup> C. K. Morewedge 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

<sup>105</sup> F. Vella, cit., p. 188; P. H. Huang, *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.

<sup>106</sup> G. Amadei, *Mindfulness. Essere consapevoli*, Bologna, Il Mulino, 2013.

A questo si ricollega la tecnica della *mindfulness*, oggetto di verifica scientifica in molti contesti<sup>107</sup> e promossa come strumento per coloro che amministrano la giustizia nei suoi diversi settori<sup>108</sup>, oltre che come strumento di formazione per i giuristi<sup>109</sup>, anche da parte associazioni e organismi governativi (come la Australian Law Reform Commission) sensibili all'imparzialità dei giudici<sup>110</sup>.

Per quanto riguarda *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. Essenziali sono i sistemi di *feedback*, che consentono al soggetto di sapere il vero risultato della sua decisione. Altre prassi riguardano la possibilità di una periodica revisione dell'operato da parte di pari, o il coinvolgimento di "allenatori decisionali"<sup>111</sup>.

Un filone di ricerca comportamentale si è sviluppato a partire dalla *Consider the opposite strategy*, volta a incrinare gli ancoraggi che ci trattengono e orientano nel decidere<sup>112</sup>. Lo strumento che aiuterebbe in questa strategia decisionale è quello della *checklist*, che rende processata la decisione e previene le scorciatoie del pensiero.

In campo giuridico, queste soluzioni sono state riprese dalla American Judges Association, nel libro bianco contenente linee guida per migliorare le decisioni<sup>113</sup>.

Un altro strumento suggerito per eliminare i *bias* e vedere le cose in un'altra prospettiva riguarda le decisioni di gruppo: è stato proposto di introdurre all'interno dei collegi giudicanti il ruolo dell'«avvocato del diavolo»<sup>114</sup>. Questo consisterebbe nell'incaricare uno dei membri di sostenere, con una estesa argomentazione, la soluzione avversa a quella che si sta prospettando come opportuna<sup>115</sup>. 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 questioni<sup>116</sup>. Parzialmente vicino a questo strumento è quello della *dissenting opinion* (prevista per la Corte Suprema degli Stati Uniti, per la Corte Suprema canadese, per la CEDU, ecc...).

---

<sup>107</sup> R. Vonderlin, M. Biermann, M. Bohus, *Mindfulness-based programs in the workplace: a meta-analysis of randomized controlled trials*, in *Mindfulness*, 2022, n. 4, e058976.

<sup>108</sup> K. Nalty, *Strategies for confronting unconscious bias*, in *The Colorado Lawyer*, Colorado Bar Association, 2016, n. 5, pp. 45-52.

<sup>109</sup> F. Vella, cit., p. 190.

<sup>110</sup> Ibid.

<sup>111</sup> Ibid.; C. Winter, *The value of behavioral economics for EU judicial decision-making*, in *German Law Journal*, 2020, n. 2, pp. 240-264.

<sup>112</sup> F. Vella, cit., p. 44.

<sup>113</sup> F. Vella, cit., p. 47.

<sup>114</sup> R. Rumiati, C. Bona, cit., p. 244.

<sup>115</sup> Ibid.

<sup>116</sup> Ibid.

Come si è visto, la prevenzione del rumore decisionale è stata denominata «igiene decisionale» con un lessico che rimanda di proposito all'ambito medico: quando si adottano norme di igiene, nessuno sa quale sia l'esatto batterio o virus del quale si sta realmente fermando la diffusione. Così, l'igiene decisionale previene una gamma imprecisata di potenziali errori, prima che essi si verifichino<sup>117</sup>.

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. Si procede in fasi, ciascuna con uno scopo, volte a scandire e separare la decisione a favorire la riconsiderazione e ad evitare automatismi o polarizzazioni. In seguito le valutazioni vengono convogliate nella decisione finale<sup>118</sup>.

Gli autori, utilizzando come caso studio una decisione in ambito aziendale, separano il gruppo degli analisti che compiono le valutazioni indipendenti, dall'organo decidente che pone loro quesiti. Una – seppur vaga – correlazione, è quella del sistema delle giurie spagnole introdotte nel 1995, che ricalcano il modello statunitense, ma con la peculiarità di strutturare la risposta non già come un verdetto immotivato, ma come insieme di risposte a singoli quesiti predisposti dal giudice, che concorrono a determinare il risultato<sup>119</sup>.

L'introduzione di soluzioni come quelle sinora viste si può immaginare non solo in forma di norme di legge in senso stretto, ma anche di accorgimenti didattici e promozione di *best practices* negli organi giudicanti.

Negli Stati Uniti, fu approvato nel 1984 il *Sentencing Reform Act*, che portò all'istituzione della *US Sentencing Commission*, che produsse 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, l'effetto fu decisivo<sup>120</sup>. Quando nel 2005 le linee guida smisero di essere vincolanti, la disparità di giudizio raddoppiò<sup>121</sup>.

Altra questione sollevata è quella della possibilità di ridurre gli errori del pensiero e il rumore tramite l'impiego di macchine intelligenti affianchino o sostituiscano il giudice umano. Questo punto si pone anche rispetto alla decisione algoritmica delle amministrazioni.

---

<sup>117</sup> D. Kahneman, O. Sibony, C. R. Sunstein, cit., p. 280.

<sup>118</sup> Ivi, pp. 364-378.

<sup>119</sup> M. Atienza, *Diritto come argomentazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p. 7.

<sup>120</sup> J. M. Anderson, J. R. Kling, K. Stith, *Measuring interjudge sentencing disparity: before and after the federal sentencing guidelines*, in *Journal of Law and Economics*, 1999, n. S1, pp. 271-308.

<sup>121</sup> D. Kahneman, O. Sibony, C. R. Sunstein, cit., p. 27.

Secondo Sunstein, l'algoritmo eliminerebbe il rumore e ridurrebbe potenzialmente i *bias*, prevenendo le disparità di trattamento<sup>122</sup>. Quanto alle distorsioni algoritmiche egli sottolinea che gli algoritmi errano rispetto alle regole 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 umana<sup>123</sup>.

Resta il tema aperto della ammissibilità di un giudizio che sia totalmente algoritmico, che potrebbe trovare ostacolo, tra l'altro, nell'art. 101 Cost.<sup>124</sup>, ma anche in principi come quello dello *human-in-the-loop*<sup>125</sup>, che prevede non vi sia alcuna decisione priva di un apporto umano determinante.

#### 4. 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. Esse mostrano 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 e l'*accountability*.

In particolare, il dibattito si accende qualora la produzione di condizionamenti sia una attività sistematica, centralizzata in 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 potenzialmente non evidente e non indirizzata alla razionalità del soggetto, ma alla sua influenzabilità.

Centrale è il dibattito sui *nudges*, o “pungoli”, 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

---

<sup>122</sup> C. R. Sunstein, *Governing by algorithm? No noise and (potentially) less bias*, in *Duke Law Journal*, 2022, n. 71, pp. 1175-1205.

<sup>123</sup> Tar Campania, Napoli, Sentenza n. 7003/2022.

<sup>124</sup> L. Torchia, *Lo Stato digitale: una introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2023, p. 180.

<sup>125</sup> Tar Campania, Napoli, Sentenza n. 7003/2022.

libertà di scelta»<sup>126</sup>. Alle volte è sufficiente un piccolo dettaglio, inserito nel contesto della scelta, a indirizzarci fortemente verso un dato risultato.

La disciplina che si occupa di individuare questi fattori per orientare gli individui è chiamata “architettura della scelta”<sup>127</sup> e la sua affinità con l’architettura vera e propria sarebbe che il suo esito non possa mai essere “neutrale”, avendo ogni opzione delle conseguenze<sup>128</sup>. Anche la scelta di evitare di intervenire, omettendo di inserire qualsiasi pungolo, non renderebbe affatto libero da condizionamento il comportamento umano. 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 società<sup>129</sup>. Sarebbe quindi compito degli architetti delle scelte sfruttare l’influenzabilità delle persone, perché assumano «le decisioni che avrebbero preso se avessero prestato piena attenzione e se avessero posseduto informazioni complete, capacità cognitive illimitate e un autocontrollo totale»<sup>130</sup>.

Applicando gli stessi strumenti comportamentali, si può chiaramente perseguire altri fini oltre a questo: si pensi a quel tipo di *nudging* attuato da parte di privati che si avvalgono del *neuromarketing* per attrarre la clientela e condizionarla<sup>131</sup>.

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”<sup>132</sup>.

I due autori risolvono l’evidente contrasto tra i due termini che compongono l’espressione partendo dal presupposto che la capacità delle persone di decidere bene per loro stesse sia stata scientificamente sconfessata dai risultati degli studi comportamentali<sup>133</sup>. Da ciò deriverebbe che la ricerca libera del proprio interesse da parte delle persone sarebbe inficiata sul nascere da una loro scarsa idoneità a decidere. Di conseguenza, non sarebbe un’impossibile chimera l’unione dei due concetti in un’attività che salvi la “volontà di orientare le persone verso il bene” assieme alla “volontà di non limitarle nella libertà”.

Le applicazioni del *nudging* e quindi del paternalismo libertario possono essere le più disparate. Le politiche di salute pubblica, di prevenzione delle malattie o

<sup>126</sup> C. R. Sunstein, *Behavioral science and public policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 4.

<sup>127</sup> C. R. Sunstein, R. H. Thaler, cit., p. 15.

<sup>128</sup> Ibid.

<sup>129</sup> Ivi, pp. 7-12.

<sup>130</sup> Ivi, p. 18.

<sup>131</sup> H. Plassmann, V. Venkatraman, S. Huettel, C. Yoon, *Consumer neuroscience: applications, challenges, and possible solutions*, in *Journal of Marketing Research*, American Marketing Association, 2015, Vol. LII (Agosto), pp. 427-435.

<sup>132</sup> C. R. Sunstein, R. H. Thaler, cit., p. 17.

<sup>133</sup> C. R. Sunstein, R. H. Thaler, cit., p. 18.

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 salutari<sup>134</sup>. Grazie a sperimentazioni come queste, le scienze comportamentali hanno avuto ulteriori conferme della efficacia dell'applicazione dei loro assunti.

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 Simon<sup>135</sup>. Proprio uno dei documenti emblema del liberalismo, la Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti (1776)<sup>136</sup>, afferma il diritto dell'uomo alla «ricerca della felicità», evitando così di affermare un diritto “alla felicità”, il quale potrebbe implicare una oggettiva individuazione, configurazione o somministrazione della stessa per mano delle pubbliche istituzioni.

È a partire da questo quadro che ci si può comprendere la qualificazione giuridica e le forme giuridiche che il *nudging* può assumere, anche in Italia.

Anzitutto, il *nudging* può venire a contatto con il Diritto in diverse modalità: possono darsi provvedimenti che pongono pungoli in determinati contesti, ma anche interventi normativi rivolti a privati perché inseriscano pungoli nei loro prodotti, oppure, ancora, analisi comportamentali *ex ante* ed *ex post* dell'efficacia di atti di regolazione nell'ottenere i risultati voluti sui suoi destinatari<sup>137</sup>.

L'approccio comportamentale è quindi potenzialmente pervasivo una volta inserito in un ordinamento.

Si può citare una tendenza in ascesa, la *evidence-based regulation*<sup>138</sup>, che mira a rafforzare nel *policy making* l'attinenza con le vere dinamiche (anche umane) che connotano la realtà.

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<sup>139</sup>.

La stessa OECD, che offre un panorama 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*

---

<sup>134</sup> F. Vella, cit., p. 80.

<sup>135</sup> H. A. Simon, *Administrative behavior. A study of decision-making processes in administrative organization*, cit., p. 118.

<sup>136</sup> United States Declaration of Independence, paragraph 1, 1776.

<sup>137</sup> F. Vella, cit., pp. 80-86.

<sup>138</sup> Ibid.

<sup>139</sup> C. Varazzani, Hubble C., *Mapping the global behavioral insights community*, OECD, Observatory of Public sector innovation, 2023, <https://oecd-opsi.org/blog/mapping-behavioural-insights/>; per una panoramica più estesa vd. Versione estesa del presente elaborato Ferrari F., *Diritto amministrativo e scienze comportamentali: sfide e opportunità*, Luiss Thesis, 2024.

*regulatory policy*» e aggiunge che «*every regulation is inevitably and experiment*»<sup>140</sup>.

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*<sup>141</sup>, che propongono un approccio sperimentale *ex ante* ed *ex post* per ancorare la regolazione alla realtà.

Sempre la Commissione europea ha istituito nel 2019 il Competence Center on Behavioural Insights, che dialoga con diversi dipartimenti, con il “*DO IT approach*” (*Define, Observe, Identify, Test*)<sup>142</sup>.

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 difficoltosa<sup>143</sup>. È invece grande il potenziale di questi strumenti anche sotto il profilo comportamentale, tanto che potrebbe davvero migliorare la qualità del nostro *drafting* normativo<sup>144</sup>.

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»<sup>145</sup>.

Tra gli obiettivi rientrano anche il potenziamento dell'efficacia del decision-making, con strategie utili per il superamento di *bias* e distorsioni; la promozione dell'identificazione dei funzionari nei valori istituzionali della organizzazione; l'incremento delle attitudini al pensiero critico e innovativo; il contrasto al *decision making* difensivo (si consideri la “paura della firma”); il miglioramento dei rapporti tra la pubblica amministrazione e il cittadino<sup>146</sup>.

Da quanto emerge, siamo ancora lontani da una diffusione capillare nel nostro sistema delle pratiche alle quali è assegnato il TAC, che lavora “a progetti” e non è stato impiegato pervasivamente in sede di regolazione.

<sup>140</sup> OECD, *Regulatory Policy Outlook*, Parigi, OECD Publishing, 2021.

<sup>141</sup> EU, *Better Regulation Guidelines*, Bruxelles, European Commission, 2021.

<sup>142</sup> M. Affinito, D. Antenucci, G. Repaci, *L'economia comportamentale e la neurofinanza nelle autorità per la tutela bancaria e finanziaria: l'esperienza internazionale*, in Vella F., cit., pp.71-76.

<sup>143</sup> S. Pugliese, *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.

<sup>144</sup> F. Vella, cit., p. 83.

<sup>145</sup> Presidenza del Consiglio dei Ministri, Portale della Performance, <https://performance.gov.it/team-di-analisi-comportamentale>.

<sup>146</sup> *Ibid.*

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'OECD<sup>147</sup>, attua sperimentazioni e produce rapporti sulle dinamiche comportamentali a cui sono improntate le relazioni tra gli attori del mercato<sup>148</sup>.

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<sup>149</sup>.

Il *nudging* può essere, poi, non solo una modalità di “spingere” verso una scelta ma può anche essere il contenuto, o 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 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 salute<sup>150</sup>. La decisione è di particolare interesse, perché non si concentra solo sul danno ai produttori, 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 normativa<sup>151</sup>, implicando la natura di vera 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.

Anche in Italia per alcuni emerge come non possa essere totalmente extragiuridica 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»<sup>152</sup>.

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

---

<sup>147</sup> C. Varazzani, C. Hubble, cit.

<sup>148</sup> N. Linciano, *La finanza comportamentale: l'esperienza della Consob*, in F. Vella, cit., pp. 118-124.

<sup>149</sup> M. Affinito, D. Antenucci, G. Repaci, cit., p. 74.

<sup>150</sup> A. Bateman-House, R. Ronald Bayer, J. Colgrove, A. L. Fairchild, *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.

<sup>151</sup> J. Czarnezki, *New York City rules! Regulatory models for environmental and public health*, in *Hastings Law Journal*, 2015, n. 6, pp. 1621-1660.

<sup>152</sup> A. Zito, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, ESI, 2023.

giurisprudenza, anche se non è difficile, grazie ad alcuni contributi, 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 ordinamentali<sup>153</sup>, ma anche chi ha evidenziato un necessario rispetto da parte del *nudging* dell'art. 8 CEDU<sup>154</sup>, «sul rispetto della vita privata e familiare», con la necessità di previsioni che consentano un accesso alla giurisdizione in caso di abusi<sup>155</sup>. La nozione di vita privata e familiare è infatti considerata aperta dalla Corte EDU, essendo in essa ricompreso il diritto all'autonomia e allo sviluppo individuale, che si presta a limitare l'uso indiscriminato del *nudge*.

Proprio su questo, 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»<sup>156</sup>. Partendo da ciò, nascerebbe l'esigenza di assicurare la proporzionalità delle misure paternalistico-libertarie secondo il dettato dell'art. 52 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea<sup>157</sup>, sottoponendo i

---

<sup>153</sup> S. Cassese, *Exploring the legitimacy of nudging*, in C. Kemmerer, M. Mollers, M. Steinbeis, G. Wagner (a cura di), *Choice architecture in democracies*, Baden-Baden, Nomos, 2013.

<sup>154</sup> 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.»

<sup>155</sup> A. Passilongo, cit., p. 12.

<sup>156</sup> 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.

<sup>157</sup> 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 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.»

*nudges* posti in essere dai pubblici poteri a un test di bilanciamento tra autonomia individuale e obiettivi virtuosi perseguiti<sup>158</sup>.

Un'accettazione dell'idea che possano essere in un certo senso restrittive della libertà di agire anche fonti non vincolanti (si pensi anche alla *soft regulation*, di cui il *nudge* può essere espressione) 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»<sup>159</sup>.

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 puncoli 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.

#### 5. L'AGIRE AMMINISTRATIVO STUDIATO (E SCRUTINATO) COME COMPORTAMENTO

Anche l'agire amministrativo può essere considerato un comportamento ed è essenzialmente il comportamento dei singoli che sono inseriti nelle organizzazioni amministrative, unito a quello delle organizzazioni stesse nel loro complesso<sup>160</sup>, in particolare tramite quegli uffici-organo titolati ad esternarne la volontà<sup>161</sup>.

Le scienze comportamentali 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.

Per porre lo sguardo comportamentale sull'ambito dell'esercizio dei pubblici poteri, bisogna anzitutto individuare e circoscrivere quei "luoghi di scelta" in cui a ogni amministrazione si pongono alternative, condizione necessaria perché si sviluppi un qualunque comportamento.

L'esercizio dei poteri da parte delle amministrazioni ha due essenziali componenti: *i*) l'attuazione della volontà che si è impressa nelle fonti normative cui gli esercenti le pubbliche funzioni sono chiamati a dare invero e *ii*)

---

<sup>158</sup> A. Passilongo, cit., p. 9.

<sup>159</sup> Corte costituzionale, Sentenza n. 5/2018.

<sup>160</sup> H. A. Simon, *Administrative behavior. A study of decision-making processes in administrative organization*, cit., pp. 17-18.

<sup>161</sup> M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 142.

l'esercizio di una autonoma volontà, nei limiti della legittimità, che persegue in via creativa e concreta l'interesse pubblico specifico, come definito dalle norme di legge e costituzionali, in un confronto con altri interessi pubblici e privati, in cui fungono da bussola i principi generali e i valori, come anche, per la sua parte, l'indirizzo politico indicato dagli organi preposti.

Queste due componenti hanno una loro presenza nell'interpretazione del diritto e nell'azione amministrativa volta a concertare gli interessi. In entrambe, come si vedrà ora, l'amministrazione si trova dinanzi a opzioni alternative. Lo spazio entro cui le è dato muoversi non è altro che la discrezionalità amministrativa, la quale sarà qui studiata in due sue macro-manifestazioni: la discrezionalità interpretativa e la discrezionalità ponderativa di interessi.

### *5.1 Una analisi cognitiva e comportamentale della discrezionalità interpretativa, verso una versione aggiornata dei principi di legalità e separazione dei poteri*

Per discrezionalità interpretativa si intende il margine di scelta che si pone all'interprete nell'applicare a un caso concreto il materiale normativo a esso afferente. Essa individua nell'interpretazione un momento critico per l'effettività reale del Diritto, in quanto la regola ultima e vera è quella che si fa precetto per il suo destinatario, 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 amministrazioni<sup>162</sup> ed è ritenuto superato dalla moderna dottrina filosofica del Diritto. Si ritiene, infatti, che il 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 è<sup>163</sup>. Più recenti riflessioni, ormai da decenni, hanno preso in considerazione una serie di fattori: la complessità degli ordinamenti; il venir meno del Diritto inteso come catalogo finito, sistematico e precostituito 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 applicativo<sup>164</sup>.

I fattori appena citati segnano la cosiddetta "crisi della fattispecie"<sup>165</sup>, che è crisi della previsione normativa, difficoltà del suo protendersi al futuro nell'intento di

<sup>162</sup> Nel quale per definizione ha spazio anche la discrezionalità, cfr. Viola F., Zaccaria G., *Diritto e interpretazione*, cit., p. 294.

<sup>163</sup> A. Schiavello, *Postdiritto: una breve guida per i perplessi*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2023, dicembre, fasc. 2, pp. 265-266.

<sup>164</sup> G. Zaccaria, *Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità*, in *Ars Interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica*, 2019, n. 1, pp. 7-14.

<sup>165</sup> N. Irti, *La crisi della fattispecie*, cit.

ingabbiare la realtà in schemi astratti<sup>166</sup>. Bisogna però essere accorti a non credere che questa crisi sia dovuta a una serie di contingenze storiche e di scelte ordinamentali. 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 auspicata<sup>167</sup>.

Così si è giunti ad affermare che inevitabilmente l'interpretazione comporta alcune scelte e che sia da sconfessare financo la possibilità di considerare la stessa come ambito neutro, come spazio di mero transito del precetto verso il suo inveramento effettuale.

Quanto ora detto non toglie che nello stato contemporaneo, il potere pubblico trovi limiti, fondamento e espressione principalmente nella lingua. La stessa costituzione dei pubblici poteri avviene con norme costitutive frutto dell'espressione linguistica del legislatore<sup>168</sup>. Quest'ultima, pure ove sia considerata la componente creativa dell'interpretazione, è l'indiscusso punto di partenza di ogni sua manifestazione contemporanea.

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»<sup>169</sup> del fenomeno giuridico, l'uno promanante dalla norma, l'altro collocato nel fatto. Questa congiunzione ha una sua compiuta 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»<sup>170</sup>. 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

---

<sup>166</sup> G. Zaccaria, *Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità*, cit.

<sup>167</sup> Si è parlato a tal proposito di «incompletezza ontica» ineliminabile di qualsiasi ordinamento giuridico, (vd. F. Modugno, *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. A. G. Conte, *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).

<sup>168</sup> F. Follieri, *Discrezionalità e interpretazione*, cit.

<sup>169</sup> C. Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1960, p. 250.

<sup>170</sup> F. G. Scoca, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, Università di Perugia; Facoltà di Giurisprudenza, 1979, p. 1.

dalla realtà normativa astratta, e si pone tra di esse su un piano intermedio, logicamente autonomo»<sup>171</sup>.

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.

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»<sup>172</sup>.

Ecco individuato e circoscritto il momento e il luogo della scelta, del "comportamento interpretativo". Manca solo, per una compiuta applicazione delle scienze del comportamento all'interpretazione giuridica, l'individuazione spazio assiologico e semantico in cui l'esercizio dell'opzione dell'interprete possa escludere un insieme di effetti in favore di un altro, con inevitabili conseguenze sul programma antropologico-politico concretamente perseguito nella scelta.

Si può procedere passando per l'opera di chi, come Luigi Benvenuti, ha rivisitato e perscrutato il binomio discrezionalità/intepretazione.

Certa dottrina precedente aveva fondato la distinzione tra interpretazione e discrezionalità sulla natura dei giudizi compiuti da chi interpreta e chi invece decide discrezionalmente<sup>173</sup>. 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, propria delle concezioni positiviste; 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»<sup>174</sup>. Per cui, secondo la teoria ora enunciata, mentre l'interpretazione era puro giudizio, la discrezionalità sarebbe stata combinazione di giudizio e volontà<sup>175</sup>. 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 discrezionalità<sup>176</sup>.

L'evoluzione che queste posizioni hanno in Benvenuti è dovuta all'approfondimento dei contributi dati dall'ermeneutica, per cui si può affermare

<sup>171</sup> Ibid.

<sup>172</sup> Ivi, p. 7.

<sup>173</sup> Vd. ad es. M. S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939; cfr. F. Follieri, *Discrezionalità e interpretazione*, cit.

<sup>174</sup> F. Follieri, *Discrezionalità e interpretazione*, cit., p. 603.

<sup>175</sup> Ibid.

<sup>176</sup> Ibid.

«la discrezionalità va intesa complessivamente come segmento dell'attività di interpretazione [...], prima ancora che quale manifestazione di potere»<sup>177</sup>.

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<sup>178</sup>.

Le teorie cognitive, miste e scettiche dell'interpretazione giuridica, avevano intrapreso un percorso concettuale graduale che porta via via alla prospettiva di osservazione del fenomeno interpretativo che è propria del presente elaborato: 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 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 azione<sup>179</sup>.

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 errati<sup>180</sup>.

Benvenuti supera per certi versi anche certa dottrina intermedia che nasceva in contrasto con le teorie normativiste. Quando nel 1986, andava in stampa il suo *La discrezionalità amministrativa*<sup>181</sup>, vi erano 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* dall'interprete<sup>182</sup>, ovvero in quello di ammettere una possibilità minima di comunicazione grazie a un «nucleo semantico relativamente stabile»<sup>183</sup>.

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<sup>184</sup>. Le tendenze del secondo tipo, invece, chiedevano alla sociologia il compito minimo di individuare nuclei relativamente

<sup>177</sup> L. Benvenuti, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 158.

<sup>178</sup> F. Follieri, *Discrezionalità e interpretazione*, cit., p. 605.

<sup>179</sup> Ibid.

<sup>180</sup> Ivi, p. 620.

<sup>181</sup> L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, cit.

<sup>182</sup> Tesi sostenute ad esempio da Tarello e Guastini.

<sup>183</sup> Come evidenza lo stesso Benvenuti con riguardo alle tesi di Scarpelli e Jori.

<sup>184</sup> L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, cit., pp. 215-216.

certi di significato in grado di dare una giustificazione più plausibile al procedere della giurisprudenza teorica e pratica<sup>185</sup>.

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 e ambiziosa delle possibilità dell'ermeneutica<sup>186</sup>.

L'Autore si concentra quindi sul problema dell'azione del soggetto nell'ermeneutica e sulla funzione di questo soprattutto nel momento della produzione. Qui si può immaginare sia proficuo affiancare l'apporto scientifico comportamentale, fino a inserire nello studio dell'interpretazione la cosiddetta linguistica comportamentale e più in generale le scienze cognitive.

Vi è proprio chi si è dedicato a dimostrare che, superando antiche contrapposizioni, sia il momento di unire in maniera complementare i riscontri dell'ermeneutica e quelli delle scienze cognitive<sup>187</sup>, l'una volta a *comprendere*, le altre a *spiegare* le modalità di apprendimento e di comprensione.

Proprio grazie agli studi degli ermeneutici sull'elemento soggettivo dell'interpretazione, viene in luce il vero contributo in questo campo delle scienze cui è dedicato questo elaborato: è lo stesso Gadamer, tra i fondatori della disciplina, a definire quel *quid pluris* umano rispetto alla computazione (da alcuni vieppiù citata come surrogato totale o parziale dell'uomo) 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 cosiddette situazioni ermeneutiche, in cui non ci sono regole prestabilite, in cui non si tratta (solo) di computare. Essa è una qualità, secondo Aristotele, che dipende esclusivamente dall'educazione e da una forma di acculturazione<sup>188</sup>.

Da questa stella polare si può essere guidati a soluzioni immediatamente utili alla pratica giuridica concreta, con una strategia che unisce in chiave pragmatica e proattiva i dati più realistici che ci vengono dallo studio delle scelte umane in campo giuridico: si apre la via per trovare una nuova oggettività che non sta nella negazione della componente soggettiva ma nella piena indagine e consapevolezza, nell'operatore del diritto *in primis*, delle insidie e dei condizionamenti cui egli stesso è sottoposto.

Dalla scoperta dei limiti della propria razionalità, può aprirsi la via per porsi al di sopra o oltre, anche grazie a strategie come quelle viste *supra* fra i rimedi ai *bias* e al rumore.

---

<sup>185</sup> Ibid.

<sup>186</sup> Ivi, p. 217, con riferimento in particolare a Gadamer.

<sup>187</sup> S. Gallagher, *Hermeneutics and the cognitive sciences*, in *Journal of Consciousness Studies*, Imprint Academic, 2004, vol. 11, nn. 10-11, p. 162.

<sup>188</sup> H. G. Gadamer, *Truth and method*, Second revised edition, Crossroad, 1989.

Alcune voci in dottrina hanno, per l'appunto, ritenuto che «la rivoluzione cognitivista pone le basi per un riorientamento della teoria del diritto»<sup>189</sup>.

Marco Bigaglia e Bruno Celano sono stati tra i pochi in Italia a cogliere la svolta cognitivista come un'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 riportato<sup>190</sup>. 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 razioinativa, 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»<sup>191</sup>. 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»<sup>192</sup>. Da detti meccanismi – tutti da approfondire – dipende anche la “normalità” o “non normalità” dei casi<sup>193</sup>.

Tra l'altro, 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 normativi<sup>194</sup>.

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 di autorità non sarebbe di tipo razioinativo ma risiederebbe nell'automatismo della non riconsiderazione. Il momento interpretativo diventa quindi affidato a una disciplina istintiva, *habitus* dell'obbedienza.

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

<sup>189</sup> M. Brigaglia, B. Celano, *Rivoluzione cognitivista e teoria del diritto: un programma di ricerca*, in *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 2017, n. 2, p. 529.

<sup>190</sup> Vd. § 2.

<sup>191</sup> M. Brigaglia, B. Celano, *Rivoluzione cognitivista e teoria del diritto: un programma di ricerca*, in *Diritto e questioni pubbliche*, cit., p. 533.

<sup>192</sup> Ibid.

<sup>193</sup> Ibid.

<sup>194</sup> B. Leiter, *Normativity for naturalists*, in *Philosophical Issues*, 2015, vol. 25, pp. 64-79.

piuttosto sull'atteggiamento che lo precede e che lo connota: l'atteggiamento dell'interprete verso il legislatore<sup>195</sup>. 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 dipendenza<sup>196</sup> sigillato dalla *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, limitando la possibilità che autore o destinatario del comando vi inseriscano significati «arbitrari o sovversivi»<sup>197</sup>.

Ecco, quindi, che la “gestione della soggettività” grazie le scienze cognitive e comportamentali può incidere perfino su una aggiornata versione del principio di legalità, sulle dinamiche della costituzione materiale della nostra Repubblica, che sfuggono a uno sguardo strettamente e puramente giuridico, ma dipendono dal comportamento effettivo dei poteri e dalla copertura organizzativa delle tutele riconosciute dall'ordinamento<sup>198</sup>. Di qui gli amplissimi orizzonti perché si sviluppi da queste vie di ricerca un nuovo studio dell'interazione effettiva tra i poteri dello Stato, fondata sul dato che la astratta previsione di tutele sia storicamente soggetta alla loro potenziale vanificazione dovuta al comportamento (o se vogliamo al metodo) interpretativo delle amministrazioni e delle corti, come argomentato nella versione estesa del presente elaborato<sup>199</sup>.

## 5.2 Una analisi comportamentale dell'attività amministrativa discrezionale ponderativa. Per un migliore esercizio (e scrutinio) del potere amministrativo

I ragionamenti sin qui visti, non sono esclusi in ambito di discrezionalità amministrativa ponderativa, in quanto parte della complessa opera decisionale menzionata è anche l'interpretazione dei testi normativi che fondano e orientano l'esercizio del potere<sup>200</sup>.

<sup>195</sup> N. Irti, *Inizio e obbedienza*, in *Criminalia*, 2021, p. 3; vd. anche Irti N., *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021.

<sup>196</sup> A proposito è citata la teoria di Hegel sul rapporto servo-padrone e quelle di Hobbes sullo scambio sicurezza-obbedienza come fondamento dello Stato.

<sup>197</sup> N. Irti, *Inizio e obbedienza*, cit., p. 4.

<sup>198</sup> Per un approfondimento di questi aspetti si rimanda all'integrale lettura del Capitolo II della versione estesa del presente elaborato, F. Ferrari, *Diritto amministrativo e scienze comportamentali: sfide e opportunità*, cit.

<sup>199</sup> *Ibid.*

<sup>200</sup> G. Della Cananea, M. Dugato, B. Marchetti, A. Police, M. Ramajoli, *Manuale di Diritto amministrativo*, cit., p. 141; Cfr. L. Benvenuti, *Interpretazione e dogmatica nel Diritto amministrativo*, cit., pp. 95-102.

La discrezionalità ponderativa, tuttavia, mantiene una natura diversa rispetto a quella interpretativa che ancora oggi ne è distinta dal medesimo confine che separa l'attività vincolata da quella discrezionale della PA. 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'azione<sup>201</sup>.

È quindi interessante, oltre che necessario, comprendere l'incidenza delle scienze comportamentali nella analisi di questo ultimo tipo di "comportamento decisionale", partendo dalle indicazioni che ci fornisce anche l'attuale ordinamento positivo.

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 potere<sup>202</sup>.

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. Nato come applicazione del principio di separazione dei poteri esso era originariamente inteso come "straripamento" di un potere rispetto ai suoi confini. Attraverso un'evoluzione, già dapprima la giurisprudenza francese lo ha riportato alla definizione di *détournement de pouvoir*, che consisteva nell'uso di un potere discrezionale per finalità differenti rispetto alla norma attributiva<sup>203</sup>; successivamente, in Italia, la legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato (1889), nel definire l'equivalente concetto italiano, 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»<sup>204</sup> e financo le questioni sostanziali che attenessero «alla vera giustizia dei provvedimenti»<sup>205</sup>.

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

---

<sup>201</sup> Ivi, pp. 139-140.

<sup>202</sup> G. Della Cananea, M. Dugato, B. Marchetti, A. Police, M. Ramajoli, *Manuale di Diritto amministrativo*, cit., p. 349.

<sup>203</sup> Ivi, pp. 356-357; cfr. L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, p. 18.

<sup>204</sup> Ibid.

<sup>205</sup> Ibid., con le parole del Consigliere Silvio Spaventa (1822-1893) in un parere del 1879.

principi generali (imparzialità, proporzionalità, ragionevolezza, completezza e aderenza al vero dell'istruttoria, giustizia sostanziale)<sup>206</sup>.

È grazie a questo percorso del 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 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 coerenti con il pubblico interesse); non solo, quindi, sulla sua astratta rispondenza ai fini indicati nella legge<sup>207</sup>.

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. Proprio lo studio dell'"architettura delle scelte" che si è fatto circa l'economia classica<sup>208</sup>, 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<sup>209</sup>.

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 coerenti<sup>210</sup>.

---

<sup>206</sup> Ibid.; vd. L. 241/1990.

<sup>207</sup> Ibid.

<sup>208</sup> Vd. F. Ferrari, cit., Cap. I.

<sup>209</sup> Ivi, Cap. III.

<sup>210</sup> L. Benvenuti, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, cit. p. 191; cfr. G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, ediz. II, Bologna, Il Mulino, 2017, p. XII.

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 pongono<sup>211</sup>. 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. Per questo si vedranno ora quelle teorie che hanno analizzato le prospettive finalistiche degli amministratori e poi quelle che hanno voluto mettere sotto 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.

Il fatto che i pubblici funzionari perseguono 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 utilità<sup>212</sup>. Essi, quindi, avrebbero perseguito interessi personali e opportunistici, al posto di un idealizzato interesse pubblico<sup>213</sup>. 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 sviluppo<sup>214</sup>.

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»<sup>215</sup>. Tra gli obiettivi vi sarebbe «riorientare lo studio del diritto costituzionale e amministrativo e superarne la

---

<sup>211</sup> H. A. Simon, *Administrative behavior. A study of decision-making processes in administrative organization*, cit.

<sup>212</sup> E. C. Ip, *Behavioral public choice Economics and the Law*, Springer Nature Singapore, 2022.

<sup>213</sup> L. Benvenuti, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 171.

<sup>214</sup> *Ibid.*

<sup>215</sup> Ivi, p. 173.

concezione incentrata sul ruolo del sindacato giurisdizionale»<sup>216</sup>, il ché «valorizzando i contenuti dei processi decisionali, e i risultati sostanziali alla luce dell'efficienza e della equità distributiva»<sup>217</sup>.

La dottrina di Giulio Napolitano ha voluto adattare in modo critico al nostro contesto le riflessioni perlopiù anglosassoni, di quest'ambito di ricerca<sup>218</sup>.

Sembra che queste letture possano essere utili alla scienza del Diritto pubblico, offrendole strumenti di ricerca a contatto con altri campi del sapere.

Secondo l'Autore, 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 collettivi<sup>219</sup>. 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»<sup>220</sup>.

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 liti<sup>221</sup>. Vanno così di pari passo profili scientifico-dogmatici e istituzionali con un coinvolgimento di discipline non giuridiche e un ampio uso di strumenti comparativi<sup>222</sup>.

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»<sup>223</sup>. Utilizzando il modello teorico dei rapporti di agenzia, queste vie di ricerca hanno tentato di far luce sulle «patologie del comportamento burocratico»<sup>224</sup>. 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»<sup>225</sup>, 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.

---

<sup>216</sup> G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 28.

<sup>217</sup> L. Benvenuti, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 173.

<sup>218</sup> G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, cit., pp. 46-47.

<sup>219</sup> Ivi, p. XII.

<sup>220</sup> Ibid.

<sup>221</sup> L. Benvenuti, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 184.

<sup>222</sup> Ivi; cfr. S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995, pp. 19 e ss.

<sup>223</sup> G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, cit., p. 34.

<sup>224</sup> L. Benvenuti, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 188.

<sup>225</sup> Ibid.

Bisogna riconoscere a tutte queste letture una visione disincantata della “materialità” 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.

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 – 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 oltre a essere egoisti, 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 collettivi<sup>226</sup>. 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 contesto<sup>227</sup>. Quello che muta è che l’*homo* oggetto di osservazione non è più quello dell’Economia classica, bensì quello, a razionalità limitata, dell’Economia comportamentale<sup>228</sup>. 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”<sup>229</sup>, anch’essi razionalmente limitati. Si è anzi affermato che, più che i cittadini, proprio i regolatori e i governanti dovrebbero essere i «primi candidati» per un uso *nudging* volto a mitigarne gli errori decisionali<sup>230</sup>.

---

<sup>226</sup> E. C. Ip, *Behavioral public choice Economics and the Law*, cit., p. 14.

<sup>227</sup> Ibid.

<sup>228</sup> Ibid.

<sup>229</sup> Ibid.

<sup>230</sup> J. Hasnas, *Some nudging about nudging: four questions about libertarian paternalism*, *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 2016, n. 14, p. 656.

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

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 ché 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, 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: la formazione professionale, l'esperienza nel lavoro, e anche l'accessibilità potenziale a una certa quantità di informazioni non sono, secondo diversi studi, necessariamente correlate con una spontanea accuratezza di giudizio e affidabilità comportamentale<sup>231</sup>.

Altri studi hanno evidenziato specifici errori cognitivi in cui potrebbe incorrere chi amministra<sup>232</sup>.

Taluni contributi hanno offerto un catalogo dei *bias* e delle euristiche, anche prevedibili, riscontrabili nei contesti decisionali delle pubbliche istituzioni<sup>233</sup>.

Un'euristica che si è riscontrata è, per cominciare, quella della disponibilità, 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"<sup>234</sup>. Le prime, 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

---

<sup>231</sup> L. R. Goldberg, *Simple models or simple processes? Some research in clinical judgements*, in *American Psychologist*, 1968, vol. 23, n. 7, pp. 483-496.

<sup>232</sup> J. C. Cooper, W. E. Kovacic, *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/>.

<sup>233</sup> S. E. Dudley, Z. Xie, *Nudging the nudger: toward a choice architecture for regulators*, in *regulation & governance*, 2021, n. 16, pp. 261 e ss.

<sup>234</sup> *Ibid.*

prendano a cuore un argomento solo in quanto ve ne sia ampia discussione nell'opinione pubblica<sup>235</sup>.

Un caso scuola 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 presupposti<sup>236</sup>.

Un altro fenomeno è quello della miopia cognitiva, che ha l'effetto di restringere la visione di individui operanti nel medesimo contesto professionale. Essa 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 persino lo stesso modo di vedere le cose del mondo esterno<sup>237</sup>. Tutto questo diminuisce l'equilibrio e la razionalità ponderativa.

Il fenomeno è intensificato da fattori come la specializzazione in un campo molto specifico di unità interne agli enti<sup>238</sup>, tanto che più un individuo aumenta il suo *expertise* specifico in un determinato campo, meno flessibile diventa nell'individuare le origini di un problema<sup>239</sup>.

Altra fonte di errori cognitivi collegata da rapporto di diretta proporzionalità con un elevato livello di preparazione del funzionario è il c.d. *overconfidence bias*<sup>240</sup>.

Ferma l'importanza della formazione, l'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.

Proseguendo con altri studi, mentre l'esposizione a un maggior numero di informazioni non aumentava di molto l'accuratezza delle previsioni, la fiducia

---

<sup>235</sup> Ibid.

<sup>236</sup> G. M. Lucas, S. Tasić, *Behavioral Public Choice and the law*, in *West Virginia Law Review*, 2015, vol. 118, n. 1, pp. 199-266; W. K. Viscusi, J. T. Hamilton, *Are risk regulators rational? Evidence from hazardous waste cleanup decisions*, in *American Economic Review*, 1999, vol. 89, n. 4, pp. 1010-1027.

<sup>237</sup> S. E. Dudley, Z. Xie, *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.

<sup>238</sup> Y. Georgellis, E. Iossa, V. Tabvuma, *Crowding out intrinsic motivation in the public sector*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2011, vol. 21, n. 3, pp. 473-493.

<sup>239</sup> E. Dane, *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.

<sup>240</sup> E. M. Hafner-Burton, D. A. Hughes, D. G. Victor, *The cognitive revolution and the political psychology of elite decision making*, in *Prospective on Politics*, 2013, vol. 11, n. 2, pp. 368-386.

del soggetto aumentava stabilmente e significativamente con l'aumentare dei dati<sup>241</sup>. 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 decisioni<sup>242</sup>.

Altro effetto dell'*overconfidence* è il “paradosso del pianificatore”, per cui si stende ad allegare a supporto di una proposta quegli stessi dati da cui la proposta è stata ispirata e senza una vera considerazione delle alternative possibili<sup>243</sup>.

Ad accentuare gli effetti dell'*overconfidence* vi è anche poi la necessità di dover rendere conto del proprio lavoro ad altri. Ne discende che il “confezionamento” del materiale istruttorio può essere già di per sé sbilanciato, anche con riferimento a una analisi costi-benefici<sup>244</sup>.

Altro *bias* delle PPAA sarebbe l'“avversione alle perdite”: la preferenza per opzioni che evitano 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, come le autorità del farmaco o quelle che controllano i prodotti finanziari<sup>245</sup>.

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”<sup>246</sup>, fonte di mala amministrazione e di immobilismo.

Sempre a titolo esemplificativo, il *bias* di conferma porta 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 che il loro provvedere sia in futuro contestato in via di contenzioso amministrativo<sup>247</sup>:

---

<sup>241</sup> S. Oskamp, *Overconfidence in case-study judgements*, in *Journal of Consulting Psychology*, 1965, vol. 29, n. 3, pp. 261-265.

<sup>242</sup> X. Liu, J. Stoutenborough, A. Vedlitz, *Bureaucratic expertise, overconfidence, and policy choice*, in *Governance*, 2016, vol. 30, n. 4, pp. 705-725.

<sup>243</sup> S. E. Dudley, Z. Xie, *Nudging the nudger: toward a choice architecture for regulators*, in *Regulation & Governance*, cit., p. 266.

<sup>244</sup> 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.

<sup>245</sup> P. Huber, *The old-new division in risk regulation*, in *Virginia Law Review*, 1983, vol. 69, n. 6, pp. 1025-1107.

<sup>246</sup> A. Canale, *Responsabilità amministrativa e paura della firma*, 2021, <https://www.corteconti.it/Download?id=fe6a525d-f602-4ade-9feb-c4daaa654e39>.

<sup>247</sup> W. E. Wagner, *The science charade in toxic risk regulation*, in *Columbia Law Review*, 1995, vol. 95, n. 7, pp. 1613-1645.

ne deriverebbe un comportamento che li fa già atteggiare come “controparte” nei confronti di altre amministrazioni o di portatori di interessi secondari.

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 ora osservati<sup>248</sup>.

Una delle prospettive nuove originali che si aprono è quella per cui la quantità e la qualità delle buone pratiche decisionali implementate da una PA 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. Del resto, non sarebbe che un completamento di un percorso della giurisprudenza che, come ricorda autorevole dottrina<sup>249</sup>, ha da tempo abbandonato il sindacato formale di mera conformità/differenza allo schema legale incentrato sull’atto in sé.

Il 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.

L’errore o il travisamento dei fatti e il difetto di istruttoria possono sicuramente arricchirsi delle definizioni e delle indicazioni su quei fenomeni distorsivi che maggiormente incidono sull’aderenza ai dati di realtà, come l’effetto ancoraggio o il *framing*. Si pensi, inoltre, all’utilità delle buone pratiche di istruttoria segnalate dalle scienze comportamentali.

Il vizio di difetto di motivazione assume una nuova veste nella prospettiva dello studio del processo cognitivo: 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, scrutinabile oggi con strumenti più raffinati. 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.

---

<sup>248</sup> E. C. Ip, *Debiasing regulators: the behavioral Economics of US administrative Law*, in *Common Law World Review*, SAGE Publications, 2017, vol. 46, fasc. 3, pp. 171-19.

<sup>249</sup> A. Police, in S. Torricelli (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità: sistemi giuridici a confronto*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 55.

Quanto poi alla ingiustizia manifesta e alla connessa violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità<sup>250</sup>, 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 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 alternative<sup>251</sup>. 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 costo<sup>252</sup>. 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 vengono fatti, con stima delle percentuali, nel Diritto del lavoro per valutare la discriminazione da parte datoriale di determinate categorie di potenziali dipendenti<sup>253</sup>.

---

<sup>250</sup> G. Della Cananea, M. Dugato, B. Marchetti, A. Police, M. Ramajoli, cit., p. 362.

<sup>251</sup> N. Irti, *Inizio e obbedienza*, cit., p. 1.

<sup>252</sup> H. A. Simon, *Administrative behavior*, cit., pp. 149-150.

<sup>253</sup> M. Persiani, M. Del Conte, P. Ferrari, S. Liebman, V. Maio, M. Marazza, M. Martone, *Diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2023.

Sono le stesse tipologie di strumenti utilizzate perlopiù in ambito statunitense per lo studio delle decisioni dei giudici<sup>254</sup>.

Uscendo dal tema del sindacato per eccesso di potere, ci si può ora soffermare sui 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 scartate<sup>255</sup>.

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 altre<sup>256</sup>, in un sistema, si potrebbe immaginare, di controlli incrociati.

Altri hanno poi messo l'accento su una necessaria diversificazione, sempre maggiore, delle competenze dei funzionari<sup>257</sup>.

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 complessivo<sup>258</sup>. Si potrebbe quindi inserire un criterio legato alla quantità di contributi esterni a cui la PA ricorre in generale e nello specifico caso.

---

<sup>254</sup> Vd. *supra* Paragrafi 1 e 2.

<sup>255</sup> C. G. Lord, M. R. Lepper, E. Preston, *Considering the opposite: a corrective strategy for social judgement*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 1984, vol. 46, n. 6, pp. 1231-1243; T. Mussweiler, F. Strack, T. Pfeiffer, *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.

<sup>256</sup> C. E. Lindblom, *The science of "muddling through"*, in *Public Administration Review*, 1959, vol. 19, n. 2, pp. 79-88.

<sup>257</sup> J. S. Bunderson, K. M. Sutcliffe, *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.

<sup>258</sup> H. A. Simon, *Administrative behavior. A study of decision-making processes in administrative organization*, cit.

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 possibili<sup>259</sup>. 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*<sup>260</sup>. 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 privato<sup>261</sup>. 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 nuove<sup>262</sup>.

Principi guida di quest’opera di *debiasing* debbono essere anche quello di trasparenza e quello di *accountability*<sup>263</sup>.

Per la riduzione del rumore decisionale si può segnalare quanto detto estesamente *supra*<sup>264</sup> 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.

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.

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 limitata<sup>265</sup>.

---

<sup>259</sup> S. E. Dudley, Z. Xie, *Nudging the Nudger: Tward a Choice Architecture for Regulators*, in *Regulation & Governance*, cit, p. 268.

<sup>260</sup> Ivi, p. 264.

<sup>261</sup> Ivi, p. 269.

<sup>262</sup> S. E. Dudley, B. F. Mannix, *Improving regulatory benefit-cost analysis*, in *Journal of law and Politics*, 2018, vol. 34, n. 1, pp. 1-20.

<sup>263</sup> S. E. Dudley, Z. Xie, *Nudging the Nudger: Tward a Choice Architecture for Regulators*, in *Regulation & Governance*, cit., p. 268.

<sup>264</sup> Vd. *supra* § 3.

<sup>265</sup> È quello che si afferma come scopo stesso della scrittura del libro in D. Kahneman, *Pensieri lenti e veloci*, cit.

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.

## 6. 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.

Essendo la pratica giuridica concreta 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.

Il sistema dei rimedi agli effetti della razionalità limitata è un ampio e promettente cantiere. 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 *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.

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. Tale comportamento può essere scrutato con il duplice sguardo dell'ermeneutica e delle scienze cognitive.

Le scienze comportamentali possono offrire strumenti perché l'interprete operi con maggiore autodominio, tanto da poter incidere su una aggiornata visione del principio di legalità e quindi sulla costituzione materiale della Repubblica.

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.

Le scienze comportamentali 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 variegato 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
- 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 á 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-PESSE 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
- HAIDT 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*, America 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](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