

L'APPROCCIO "NUDGE" NEL DIRITTO INTERNAZIONALE: UNA
NUOVA FRONTIERA DEL *SOFT LAW*

DEBORAH RUSSO*

Sommario

1. Introduzione. – 2. Sull'ambiguità del concetto di "nudge". – 3. La nozione di "nudge" nel diritto internazionale. – 4. Il rapporto tra "nudge" e *soft law* nel diritto internazionale. – 5. Considerazioni conclusive.

Abstract

This article critically assesses the recourse to "nudge" in international law. First, the paper introduces the general concept of "nudge", which entails a behavioral approach to law-making, which has raised controversy about its impact on the liberal State and the protection of fundamental rights. Then, it illustrates the prospects of its application to international law as a means to improve the acceptance of international obligations. To this aim, it discusses cases of application of "nudge" in the realm of international law (the resort to opting out mechanisms, non-binding goals and rankings) and highlights the related risks and criticalities. Finally, it questions the general "softness" of nudging in the context of international law and emphasizes that its impact differs according to how it is regulated and to the economic and political conditions of States, concluding that, in certain cases, it risks to encroach on the principles of equality and respect of national identity of States.

Suggerimento di citazione

D. RUSSO, *L'approccio "nudge" nel diritto internazionale: una nuova frontiera del soft law*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Professoressa associata di Diritto internazionale nell'Università degli Studi di Firenze.
Contatto: deborah.russo@unifi.it.

1. Introduzione

Tra i temi che di recente hanno suscitato il dibattito tra giuristi di discipline diverse vi è quello delle potenzialità dell'approccio "nudge"¹ nell'offrire un'alternativa più liberale al cosiddetto *hard law*. Il concetto di "nudge" è stato teorizzato e illustrato per la prima volta da Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein nel libro di grande successo *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, con il quale gli autori hanno inteso promuovere una tecnica "gentile" di regolazione delle condotte dei cittadini, volta a orientare le scelte individuali nella direzione considerata più utile alla realizzazione del loro benessere, senza vincolarli in tal senso². Quali siano le implicazioni giuridiche dell'applicazione di una strategia "nudge" alla regolazione nazionale e internazionale è questione ancora tutt'altro che chiara³. In particolare, la relazione tra le cosiddette spinte gentili e le libertà individuali è ampiamente discussa tanto che, via via che il nuovo fenomeno si va diffondendo negli ambienti di progettazione delle politiche pubbliche negli Stati Uniti e, più di recente, nell'Unione europea⁴, le opinioni critiche aumentano⁵. Negli ultimi anni, la discussione sul rapporto tra "nudge" e diritto ha coinvolto anche il diritto internazionale⁶. Infatti, alcuni studi sull'adozione dell'approccio "nudge" nel diritto internazionale hanno discusso la possibilità di impiegarlo al fine di indurre gli Stati ad adottare comportamenti desiderabili, senza obbligarli, sulla base dell'assunto, invero ancora indimostrato scientificamente, che la condotta statale sia soggetta alle stesse distorsioni cognitive che colpiscono gli individui e che dunque

¹ Il termine inglese può essere tradotto in italiano con l'espressione "spinte gentili" che contiene le due componenti concettuali della nozione di "nudge": la forza e la gentilezza.

² Tra i vari libri che hanno reso celebre l'approccio "nudge" alla regolazione si possono citare: R.T. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, New Haven, 2008; C.R. SUNSTEIN, *Simpler. The Future of Government*, New York, 2013; C.R. SUNSTEIN, *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, New Haven, 2014.

³ Per un approfondimento sul punto si rinvia al paragrafo 4 e ai relativi riferimenti in nota.

⁴ Gli stessi teorizzatori dell'approccio "nudge", Thaler e Sunstein, hanno ricoperto il ruolo di programmatori delle politiche pubbliche. Sunstein ha diretto, dal 2009 al 2012, l'Ufficio per le questioni dell'informazione e della regolazione durante la presidenza Obama negli USA promuovendo un vasto programma di semplificazione normativa (<https://obamawhitehouse.archives.gov/omb/oir>). Thaler è stato consulente dell'unità amministrativa, poi resa indipendente, "Behavioural Insight Team" voluta dal governo Cameron nel Regno Unito (<https://www.gov.uk/government/organisations/behavioural-insights-team>). Organizzazioni simili si vanno diffondendo in altri Paesi. Per qualche riferimento sull'Italia si veda: <https://performance.gov.it/IBIT>.

⁵ Per una panoramica di riflessioni si rinvia a A. ALEMANNI, A. SIBONY, *Nudge and The Law. A European Perspective*, Oxford, 2015.

⁶ Si vedano, ad esempio, A. VAN AAKEN, *Behavioral International Law and Economics*, in *Harvard Journal of International Law*, 2014, p. 421 ss.; T. BROUDE, *Behavioral International Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2015, p. 1099 ss. Si veda anche la tavola rotonda "Soft law and nudge regulation in international law", organizzata nell'ambito della X° edizione dell'Incontro tra dottorandi di ricerca in diritto internazionale e diritto dell'Unione europea "Alberico Gentili", 28-29 aprile 2022, <http://www.sidi-isil.org/2022/05/02/incontro-tra-dottorandi-di-ricerca-2022/>.

sia analogamente suscettibile alle spinte gentili. Nel campo del diritto internazionale, l'impiego dell'approccio “*nudge*”, grazie all'adozione di meccanismi capaci di promuovere in modo *soft* i comportamenti auspicabili, consentirebbe di superare la riluttanza degli Stati ad accettare nuovi obblighi, nonché la debolezza dei sistemi di *enforcement*.

In questo scritto non ci si propone di illustrare e discutere compiutamente le diverse implicazioni giuridiche del “*nudging*” ma ci si pone il più limitato obiettivo di valutare se il nuovo approccio incida sul sistema delle fonti, in particolare se questo configuri una dimensione innovativa del *soft law* internazionale. A tal fine si prenderanno in considerazione tre tipologie diverse di spinte gentili, che sono state considerate dagli autori come esemplificative dell'applicazione dell'approccio comportamentale al diritto internazionale, al fine di evidenziare il loro impatto sul sistema delle fonti⁷. L'ultimo paragrafo conterrà considerazioni conclusive più generali sul presunto carattere *soft* del nuovo fenomeno di regolazione internazionale, che trascendono la problematica relativa alle fonti.

2. Sull'ambiguità del concetto di “*nudge*”

Con l'espressione “*nudge*” si indica una tecnica di regolazione fondata sulle acquisizioni della scienza economica e della psicologia comportamentali che hanno dimostrato che gli individui non si comportano in modo logico e razionale, essendo vittime di distorsioni cognitive (*cognitive bias*), ossia imperfezioni, errori di calcolo e inerzie decisionali, che impediscono loro di agire in modo coerente ai loro interessi⁸. Secondo i fautori del “*nudge*”, sfruttando i *cognitive bias* che affliggono i consociati, il regolatore accorto può formulare le norme in modo da neutralizzare le imperfezioni dei meccanismi decisionali individuali e spingere l'individuo ad adottare la scelta per lui migliore, senza obbligarlo in tal senso. Stando alle argomentazioni dei promotori del “*nudge*”, esso rappresenterebbe un vantaggio sia per l'individuo, che può conservare la propria libertà di scelta senza essere costretto a osservare una regola vincolante, sia per l'autorità pubblica, che può orientare le condotte individuali a costi più bassi (anche in termini di responsabilità), evitando di ricorrere ad una legislazione *ad hoc* e sperando in una adesione volontaria alle regole.

⁷ In particolare, per l'individuazione degli esempi si prenderà come riferimento lo scritto di D. TEICHMAN, E. ZAMIR, *Nudge Goes International*, in *The European Journal of International Law*, 2020, p. 1263 ss.

⁸ Gli studi empirici condotti sui processi cognitivi individuali hanno confutato la teoria della scelta razionale che per molti decenni ha rappresentato la prospettiva dominante negli studi di teoria e analisi economica del diritto. Secondo quest'ultima teoria gli individui si impegnano per scegliere tra le opzioni a loro disposizione quella più razionale e funzionale al soddisfacimento dei propri interessi e del proprio benessere.

L'esempio più noto di distorsione cognitiva è il cosiddetto "default effect" che indica la tendenza della maggioranza degli individui a non modificare la soluzione predefinita da una disposizione normativa. Al fine di sfruttare questa tendenza, l'approccio "nudge" suggerisce di formulare le norme in modo da stabilire come soluzione predefinita quella che il regolatore o il *policy-maker* intende promuovere, richiedendo all'individuo di esprimere, se del caso, la propria volontà di modificarla. L'esempio di scuola è quello della donazione degli organi: se si intende promuovere la donazione degli organi, l'approccio "nudge" suggerisce di predisporla come opzione di *default*, imponendo ai cittadini di attivarsi se intendono rifiutarla⁹. Confrontando i dati delle legislazioni nazionali che hanno seguito questa strategia con quelli delle legislazioni che hanno invece adottato l'approccio neutro tradizionale, emergerebbe la notevole efficacia del nuovo approccio. In sostanza, il *nudging* include tutte le strategie di regolazione che predispongono "architetture della scelta" dirette a promuovere comportamenti dei cittadini utili nell'interesse proprio e degli altri, salvaguardando la loro libertà di scelta ma al contempo guidandoli nella direzione considerata migliore per loro¹⁰. Per questa sua pretesa di conciliare libertà e condizionamento, esso è stato definito "paternalismo libertario"¹¹.

Molte sono le incertezze circa l'ambito concettuale e normativo del "nudge" e le perplessità relative al suo impatto sui diritti fondamentali e sui fondamenti dello Stato liberale. Pur senza potere in questa sede esaminare a fondo i molteplici aspetti del dibattito che il ricorso alle spinte gentili sta suscitando, è utile menzionare alcuni dei principali argomenti critici che lo animano. Per semplificare i termini di una discussione complessa e che resta sullo sfondo della questione principale che questo scritto intende affrontare, si possono distinguere due argomenti critici principali. Il primo evidenzia la tensione tra l'impiego del "nudge" e i diritti di libertà che sottendono il principio di autonomia individuale¹². E', in particolare, l'uso di meccanismi *lato sensu* manipolativi della

⁹ G. TUZET, *Nudge, paternalismi e principio del danno*, in *Ragion pratica*, 2019, p. 637 ss., in particolare p. 638.

¹⁰ P. JOHN, G. SMITH, G. STOKER, *Nudge Nudge, Think Think: Two Strategies for Changing Civic Behaviour*, in *The Political Quarterly*, 2009, p. 361 ss.; P.G. HANSEN, A.M. JESPERSEN, *Nudge and the Manipulation of Choice. A framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behavior Change in Public Policy*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2013, p. 10 ss.

¹¹ Per una analisi fortemente critica del concetto di "paternalismo libertario" e dei suoi rapporti con le teorie utilitariste si veda: M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata: una critica del paternalismo libertario*, Roma, 2018, p. 227.

¹² L. BOVENS, *The Ethics of Nudge*, in T. GRUNE-YANOFF, S.O. HANSSON (eds.), *Preference Change: Approaches from Philosophy, Economic and Psychology*, 2009, p. 207, D.M. HAUSMAN, B.WELCH, *Debate: To Nudge or Not to Nudge*, in *Journal of Political Philosophy*, 2010, p. 123 ss.; G. DEL FABBRO, *Freedom to nudge: on the impact of nudging on fundamental rights and liberties and the possible means of scrutiny*, Trento Biolaw Selected Student Papers, file:///C:/Users/debor_6ckz3ol/Downloads/paper+24%20(1).pdf. In senso favorevole al *nudging* si è invece

volontà personale – i quali tendono a condizionare i processi cognitivi che conducono alle scelte che gli individui compiono in un vasto ambito di campi –, che induce a considerare che le spinte gentili possano limitare l'autonomia individuale¹³. Tuttavia, alcuni autori riconoscono che il fenomeno è vario e che si dovrebbero distinguere le forme di “*nudge*” ad impatto manipolativo da quelle a contenuto essenzialmente informativo, che usano la comunicazione di conoscenze e di informazioni come leva delle scelte individuali. Quest'ultime, rispetto alle prime, tenderebbero ad aumentare il livello di consapevolezza e dunque preserverebbero l'autonomia individuale¹⁴. Come Thaler e Sunstein discutono nel loro libro, l'approccio comportamentale è da sempre una componente essenziale del fenomeno normativo, dato che esso di per sé tende a orientare le condotte individuali. Ma ciò che caratterizza in senso innovativo il “*nudge*” rispetto all'obbligo tradizionale è l'intento di condizionare, senza vincolare, e dunque preservando, almeno apparentemente, la libertà di scelta. Se il carattere “liberale” è presentato dai suoi promotori come il valore aggiunto del nuovo approccio regolativo, resta controverso se l'effetto di condizionamento che esso produce, nascosto nella formulazione della disposizione e non corredato dal crisma dell'obbligatorietà, aumenti o invece riduca la sfera di libertà e autonomia decisionale dell'individuo. Il concetto di “*nudge*” in effetti contiene in sé questa ambiguità di fondo, questo dilemma irrisolto. Ciò che invece è certo, è che la disposizione così concepita resta priva di uno degli elementi tipici della giuridicità, ossia la sua vincolatività, con la conseguenza che l'autorità politica o il regolatore, restano schermati dai principi di responsabilità politica e giuridica connessi alla loro condotta.

Quest'ultimo punto conduce all'altro polo del dibattito che riguarda la tensione tra l'approccio “*nudge*” e il rispetto dei fondamenti dello Stato liberale e dei valori democratici della trasparenza e del controllo dell'opinione pubblica sull'intento promozionale perseguito dal decisore politico¹⁵. Peraltro, la

pronunciato Viale, il quale tuttavia non nega l'incidenza sull'autonomia individuale tanto che qualifica il relativo processo come di “autonomia individuale assistita” (R. VIALE, *Oltre il nudge. Libertà di scelta, felicità e comportamento*, Bologna, 2018, p. 238).

¹³ A. VAN AKEN, *Judge the Nudge: in Search of the Legal Limits of Paternalistic Nudging in the EU*, cit.

¹⁴ A questo proposito, per una distinzione delle diverse forme di “*nudge*” si rinvia a M. SCHWEIZER, *Nudging and the Principle of Proportionality. Obligated to Nudge?*, paper presented at the 4th Law and Economic Conference, Lucerna, 17-18 aprile 2015.

¹⁵ Per una analisi si rinvia a A. ALEMANNI, A. SPINA, *Nudging Legally: On the checks and balances of behavioral regulation*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, p. 429 ss. Si veda anche J.T. KELLY, *Framing Democracy. A Behavioural Approach to Democratic Theory*, Princeton, 2012. Nel libro *Human Agency*, Sunstein intende difendere il “*nudge*” dalle critiche circa il suo carattere antidemocratico attraverso l'argomento, puramente formale, secondo il quale, stando ai sondaggi, l'opinione pubblica lo approverebbe, senza considerare che ciò ovviamente non esclude che esso sia sostanzialmente in conflitto coi principi democratici, né che l'opinione pubblica possa essere stata oggetto di

valutazione di interesse sottostante al "nudge" potrebbe risultare attaccabile sotto vari aspetti. Innanzitutto, perché non sempre è dichiarato se il "nudge" sia ispirato a ragioni autenticamente paternalistiche – perseguendo ciò che è considerato dal regolatore come nell'interesse dell'individuo agente – o se invece persegue l'interesse generale, sulla base dell'assunto – anch'esso implicito e certamente controvertibile – che l'interesse generale rappresenti la somma degli interessi individuali. Peraltro, anche qualora l'interesse individuale e quello generale possano essere ragionevolmente considerati coincidenti (si prenda ad esempio l'interesse a prevenire il consumo di cibo grasso e insano), resta criticabile l'assunto secondo il quale il regolatore abbia il potere di giudicare tale coincidenza, dato che la valutazione dell'interesse personale dell'individuo – quale essere umano caratterizzato non soltanto dagli attributi della razionalità e della logica oggettiva – dovrebbe concernere la sfera ontologica dell'individualità, anche contro il rischio che all'autorità pubblica sia riconosciuto un potere conformativo e omologante sulle persone.

Vi è infine da considerare che l'approccio "nudge" può suscitare anche dubbi relativi alla correttezza dell'operazione valutativa condotta dal regolatore, il quale potrebbe essere altrettanto vittima delle imperfezioni cognitive e decisionali che, stando alle acquisizioni della psicologia e della economia comportamentale, colpirebbero i consociati¹⁶. Non abbiamo invero garanzie che, anche a poter superare le precedenti ragioni di perplessità, il *nudging* dia corpo ad una operazione politica e normativa basata su presupposti logici, razionali e di autentica opportunità e utilità.

3. La nozione di "nudge" nel diritto internazionale

Negli ultimi tempi il dibattito sul "nudge" ha coinvolto anche alcuni autori internazionalisti che hanno inteso applicare l'approccio comportamentale allo studio del diritto internazionale¹⁷. Al centro della discussione vi è la possibilità di stabilire una analogia tra il concetto generale di "nudge" e quello di "nudge" internazionale, estendendo le premesse del primo al secondo e valutando l'opportunità che gli Stati o altri soggetti internazionali formulino le disposizioni dei trattati, o elaborino specifici strumenti giuridici *soft*, in modo funzionale a orientare le condotte degli Stati, senza obbligarli. Si tratta in sostanza di

manipolazione (C.R. SUNSTEIN, *Human Agency and Behavioral Economics. Nudging Fast and Slow*, Cham, 2017, p. 17 ss.).

¹⁶ Cfr. S. VIDA, M. GALLETI, *Libertà vigilata*, cit., p. 49 ss.

¹⁷ E.A. POSNER, A.O. SYKES, *Economic Foundations of International Law*, Harvard, 2013; E. KONTOROVICH, F. PARISI (a cura di), *Economic Analysis of International Law* (2016); A. SYKES, A.T. GUZMAN, *Economics of International Law*, in F. PARISI (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Economics*, 2017, vol. 3, p. 439; A. VAN AAKEN, *Behavioral International Law and Economics*, cit., p. 421, in particolare pp. 439-49; T. BROUDE, *Behavioral International Law*, cit., p. 1099.

valutare l'applicazione nei processi di *law making* internazionale degli stessi meccanismi manipolativi che si impiegano per indirizzare le condotte individuali, per esempio sfruttando l'effetto di persuasione generato dalla formulazione della soluzione che si intende promuovere come norma di *default*, accompagnata da una clausola di *opting out*. A questo proposito va innanzitutto chiarito che il ricorso a strumenti di persuasione non rappresenta affatto una novità nei processi di regolazione internazionale (le stesse clausole di *opting out* sono da tempo impiegate nel diritto dei trattati) ma costituisce anzi un tratto tipico della funzione normativa del diritto internazionale che risponde all'esigenza di valorizzare meccanismi alternativi a quello di autorità in un ordinamento anarchico come quello internazionale. La questione che i fautori del "*nudging*" discutono è piuttosto quella di fondare un vero e proprio approccio regolativo diretto a orientare la condotta degli Stati attraverso una progettazione ad arte dell'"ambiente della scelta".

A rigore, questa operazione di "ingegneria testuale" si fonda sull'assunto dell'applicabilità dei risultati delle scienze economiche comportamentali alle condotte statali. Tuttavia, gli studi empirici delle scienze comportamentali hanno riguardato le sole condotte individuali. Se si può certamente ipotizzare che la condotta statale, in quanto catalizzata da scelte individuali, risenta delle stesse imperfezioni cognitive e decisionali che colpiscono gli individui e per questo sia indirettamente soggetta all'effetto di manipolazione, l'ipotesi non è dimostrata da studi scientifici. Del resto, l'idea che le caratteristiche e le dinamiche cognitive individuali possano riflettersi sulle condotte statali non è facilmente generalizzabile, se si tiene conto della disomogeneità propria della società internazionale e della imprevedibile influenza che la varietà delle culture e la molteplicità e conflittualità dei gruppi sociali possa produrre sui processi decisionali internazionali¹⁸.

Certo, alcuni studi sembrano recare supporto all'ipotesi in discussione. Si può, ad esempio, considerare l'indagine condotta da Jean Galbraith che ha confrontato i dati relativi a più di 300 trattati multilaterali contenenti clausole di accettazione della giurisdizione della Corte internazionale di giustizia (d'ora innanzi "CIG")¹⁹. In alcuni trattati le clausole erano formulate in modo da richiedere agli Stati parti di esprimere il proprio consenso a sottomettere le controversie relative alla interpretazione e applicazione del trattato alla giurisdizione della CIG, secondo un meccanismo di *opting in*. In altri invece la partecipazione al trattato comportava l'automatica accettazione della giurisdizione,

¹⁸ Così, D. TEICHMAN, E. ZAMIR, *Nudge Goes International*, cit., p. 1264. A. VAN AAKEN, T. BROUDE, *The Psychology of International Law: An Introduction*, in *The European Journal of International Law*, 2019, p. 1225.

¹⁹ J. GALBRAITH, *Treaty Options: Toward a Behavioral Understanding of Treaty Design*, in *Virginia Journal of International Law*, 2013, p. 309 ss.

salva la possibilità di esercitare un potere di *opting out*, che alcune clausole prevedono in modo esplicito ed altre in modo implicito. Confrontando i dati relativi al numero degli Stati parti che hanno accettato la giurisdizione della CIG, l'indagine ha evidenziato che solo il 5 per cento degli Stati parti dei trattati che prevedono meccanismi di *opting in* ha accettato la giurisdizione, mentre la percentuale si attesta intorno all'80 per cento nel caso di previsione espressa del potere di *opting out* e al 95 per cento nel caso di previsione implicita del potere di *opting out*. Alla luce di questi dati, il ricorso a meccanismi di *opting out*, specie se impliciti, aumenta la probabilità che gli Stati accettino la giurisdizione della CIG in caso di controversie. I risultati si mostrano quindi coerenti con l'idea che gli Stati siano soggetti a dinamiche decisionali analoghe a quelle che caratterizzano le condotte individuali e che le indicazioni delle scienze cognitive e comportamentali siano utili anche a predire e influenzare le condotte statali²⁰.

D'altro canto, come si può dubitare della generale validità dei risultati delle scienze comportamentali rispetto alle condotte statali, si può discutere circa la misura in cui le perplessità sulla compatibilità dell'approccio "*nudge*" con i principi dell'autonomia individuale e con i valori dello Stato liberale pervadano anche la dimensione internazionale. A questo proposito, alcuni autori hanno sostenuto che le preoccupazioni circa la sua incidenza sulla sfera dell'autonomia individuale non siano giustificate quando il "*nudge*" è rivolto agli Stati, poiché in questo caso non vi sarebbe il rischio di comprimere la sfera dei diritti fondamentali individuali. Analogamente, perdono significato i timori che concernono eventuali derive illiberali dello Stato, giocandosi la partita sul piano delle relazioni tra gli Stati. D'altro canto, come sarà più chiaro in seguito all'analisi che sarà condotta nel paragrafo successivo, l'applicazione dell'approccio "*nudge*" nelle relazioni internazionali potrebbe produrre tensioni con alcuni principi di diritto internazionale, come quelli relativi all'eguale sovranità e al rispetto della giurisdizione domestica degli Stati. Su questo punto torneremo a proposito dell'esame di quello specifico tipo di "*nudge*" internazionale, adottato da organizzazioni internazionali o da altri enti di regolazione transnazionale, per misurare le *performance* degli Stati in un ampio ventaglio di settori e materie.

4. Il rapporto tra "*nudge*" e "*soft law*" nel diritto internazionale

Come si è evidenziato, rispetto alle tecniche di regolazione tradizionali che si limitano a obbligare gli individui a tenere una certa condotta, l'approccio "*nudge*" si distinguerebbe per il suo carattere "libertario". Lasciando per un momento da parte la discussione sull'autentica liberalità del "*nudge*", al quale si è

²⁰ D. TEICHMAN, E. ZAMIR, *Nudge Goes International*, cit., p. 1269.

già dedicato qualche cenno, si intende ora discutere il fenomeno dal punto di vista delle fonti giuridiche, per comprendere se esso indichi l'emersione di nuova specie di diritto internazionale *soft*. Come è stato osservato, il rapporto tra “*nudge*” e diritto (e a maggior ragione quello tra “*nudge*” e diritto *soft*) è sfuggente²¹. Certo è che il fenomeno ha delle rilevanti implicazioni giuridiche, sia che esso si proponga come tecnica di formulazione delle norme, sia che esso si presenti come forma alternativa alla normazione vincolante. Tuttavia il rapporto tra “*nudge*” e diritto potrebbe mutare proprio a seconda che esso sia utilizzato come forma di ingegneria testuale (è il caso dei meccanismi di *opting out* nei trattati internazionali cui si è accennato nel paragrafo precedente), oppure come forma di regolazione delle condotte individuali alternativa all'uso della norma vincolante. Per questa ragione la questione non può essere discussa in modo generale ma richiede che siano esaminate separatamente alcune diverse tipologie di “*nudge*” nella disciplina internazionalistica.

L'assunto di partenza dell'analisi è che ciò che contraddistingue l'ampia e variegata categoria di strumenti giuridici internazionali che si qualifica come *soft law* sia l'assenza del carattere vincolante²² e, dunque, la natura meramente raccomandatoria delle regole²³. Sebbene, infatti, si possa discutere a lungo dei rapporti tra *soft law* e diritto, valorizzando come il primo possa risultare preparatorio, funzionale e prodromico rispetto all'adozione di norme giuridiche vincolanti e abbia indubbe potenzialità interpretative e financo integrative di quest'ultime, non vi è dubbio che il diritto ‘soffice’ presenti limiti insuperabili in termini di efficacia. Solo le norme vincolanti, infatti, sono assistite da meccanismi di *enforcement* e di controllo giurisdizionale, sia rispetto alla loro legittimità e legalità, sia nel caso di trasgressioni²⁴.

Procedendo all'esame di alcune ipotesi tipiche di “*nudge*” internazionale, secondo la dottrina internazionalista comportamentale si possono distinguere

²¹ Per un approfondimento in chiave filosofica e teorica si rinvia a M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., p. 326. Si veda anche A. ALEMANNI, A. SIBONY, *Nudge and the Law: A European Perspective*, cit.

²² Sul concetto di vincolatività nel diritto internazionale si rinvia a J. D'ASPREMONT, *Bindingness*, in J. D'ASPREMONT, S. SINGH (eds.), *Concepts for International Law. Contributions to Disciplinary Thought*, Edward Elgar, 2020, p. 67-82.

²³ Silvia Vida ha affermato che il “*nudge*” sembra eterogeneo rispetto al diritto per ragioni concettuali legate alla natura di mero “consiglio” e anche al mancato rispetto dell'*agency* (M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., p. 335).

²⁴ M. OLIVIER, *The relevance of “soft law” as a source of international human rights*, in *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 2002, p. 289 ss.; M. BOTHE, *Legal and Non-Legal Norms – A Meaningful Distinction in International Relations*, in *Netherlands Yearbook of Int Law*, 1980, p. 76 ss.; C.M. CHINKIN, *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1989, p. 850 ss.; H. NEUHOLD, *Variations on the Theme of “Soft International Law*, in I. BUFFART e altri (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leiden, 2008, p. 343-60.

tre principali tipologie: i meccanismi di *opting out*, la definizione di obiettivi non vincolanti ("*non binding goals*") e l'uso di classifiche ("*rankings*")²⁵.

Il primo esempio si riferisce alla possibilità di utilizzare meccanismi di *opting out* dalle disposizioni di trattati internazionali per superare la riluttanza degli Stati ad accettare impegni internazionali, sfruttando la tendenza all'inerzia (il cosiddetto "*default effect*") che, secondo gli studi comportamentali, colpisce gli individui e, si può ipotizzare, anche gli Stati²⁶. Pertanto, se i promotori di un accordo internazionale intendono favorire una certa disciplina, l'approccio "*nudge*" suggerisce che la disposizione normativa sia formulata prevedendola come soluzione predefinita, accompagnandola da un meccanismo il più possibile implicito di *opting out*. Occorre anche precisare che il ricorso a meccanismi di *opting out* rappresenta solo una delle possibilità di sfruttamento del "*default effect*". Altri meccanismi di flessibilità, come le riserve ai trattati, possono risultare altrettanto utili a sfruttare la tendenza degli Stati a non modificare la soluzione predefinita dalla disposizione pattizia e dunque a favorire l'assunzione di impegni internazionali. Se si vuole inquadrare questa prima tipologia di "*nudge*" nel sistema delle fonti, si può già notare che esso vi arreca ben poche novità. Infatti, il ricorso a meccanismi di flessibilità per favorire la partecipazione degli Stati ai trattati multilaterali è da tempo diffuso nella prassi di negoziazione dei trattati, pur senza essere stato associato alle acquisizioni delle scienze comportamentali. Peraltro, la stessa previsione del meccanismo di flessibilità è, in questo caso, parte integrante della strategia di persuasione rivolta agli Stati, giacché essi sono maggiormente indotti ad accettare l'obbligo pattizio dalla prospettiva di potersene liberare e di poter scegliere in quale misura restare parti dell'accordo. La formulazione della clausola compromissoria in termini di *opting out* (specie se implicito), invece che di *opting in*, rappresenta dunque un elemento ulteriore della strategia di persuasione, che può massimizzare l'accettazione della disciplina predefinita dal trattato. Queste forme di flessibilità non hanno in verità molto a che vedere con il *soft law* e, se anche volessimo ribattezzarle con l'espressione moderna "*nudge*", esse caratterizzano meccanismi di persuasione in tutto e per tutto integrati nel diritto "*hard*".

La seconda tipologia di "*nudge*" internazionale fa leva su un diverso meccanismo di persuasione, ovvero quello innescato dalla previsione di un obiettivo non vincolante (e che parimenti non sia corredato da meccanismi di

²⁵ Gli esempi sono tratti dallo studio pubblicato da D. TEICHMAN, E. ZAMIR, *Nudge Goes International*, cit.

²⁶ L'uso di "*nudge*" di questo tipo è stato implementato e studiato in vari settori del diritto interno, dalla disciplina degli schemi pensionistici alla donazione degli organi fino al diritto dei contratti. Cfr. B.C. MADRIAN, D.F. SHEA, *The Power of Suggestion: Inertia in 401(K) Participation and Savings Behavior*, in *Quarterly Journal of Economics*, 2001, p. 1149 ss.; E.J. JOHNSON, D.G. GOLDSTEIN, *Do Defaults Save Lives?*, in *Science*, 2003, p. 1338 ss.; R.B. KOROBKIN, *The Status Quo Bias and Contract Default Rules*, in *Cornell Law Review*, 1998, p. 608 ss.

incentivo, premi etc.) o anche dalla fissazione di termini e scadenze. Gli studi comportamentali hanno infatti dimostrato che il ricorso a queste tecniche produce un effetto motivazionale che spinge gli individui a conformarsi, pur non essendo in alcun modo vincolati²⁷. L'effetto è indotto dal senso di fallimento (denominato “*loss aversion*”) che l'individuo associa alla perdita dell'obiettivo o al mancato rispetto di una scadenza. Ecco allora che la previsione di obiettivi non vincolanti e di scadenze può essere utilizzata quale forma di “*nudge*” per promuovere condotte statali che non sono obbligatorie²⁸. In effetti, la prassi internazionale degli ultimi anni si è arricchita di strumenti *soft* di regolazione basati sulla previsione di obiettivi non vincolanti. Tra questi vi sono i *Millennium Development Goals* delle Nazioni Unite, adottati nel 2000 per stabilire obiettivi generali di sviluppo e progresso per l'umanità con un ampio raggio tematico, da raggiungere entro il 2015 (salute, istruzione, uguaglianza, lotta alla fame e denutrizione etc.), dai quali si è poi sviluppata l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile²⁹. Gli studi che, dopo il 2015, hanno valutato l'impatto dei *Millennium Development Goals* hanno enfatizzato i significativi progressi raggiunti dagli Stati. Benché sia difficile stabilire in che misura essi siano dipesi dalla fissazione di obiettivi e scadenze, i dati sembrano confermare l'efficacia della strategia adottata. Nel 2015, l'Accordo di Parigi sul cambiamento climatico, oltre a stabilire l'obbligo per gli Stati di contenere l'aumento della temperatura media globale entro i 2° C, ha previsto l'obiettivo di impiegare ogni sforzo possibile per garantire un contenimento di tale aumento intorno ai 1,5° C³⁰. Il sistema dell'Accordo di Parigi non è basato sulla previsione di obblighi specifici per ciascuno Stato ma sull'impegno degli Stati a stabilire liberamente i propri obiettivi nazionali e a elaborare dei piani nazionali secondo le indicazioni della scienza climatica che siano costantemente aggiornati³¹. Le future analisi di impatto dell'Accordo di Parigi renderanno possibile una valutazione sull'efficacia di questa strategia di regolazione, che presenta caratteri *soft*, pur essendo integrata in uno strumento vincolante. Ciò che si può già notare, tuttavia, è che la tecnica basata sul ricorso a termini e obiettivi non è necessariamente associata all'uso di strumenti di *soft law*. Infatti, come dimostra

²⁷ E.A. LOCKE, G.P. LATHAM, *Building a Practically Useful Theory of Goal Setting and Task Motivation: A 35-Year Odyssey*, in *American Psychologist*, 2002, p. 705 ss.

²⁸ L'impiego di questa forma di “*nudge*” è diffuso in vari settori come quelli relativi alla tutela della salute e al diritto del lavoro (si può vedere come esempio J. HURN, I. KNEEBONE, M. CROPLEY, *Goal Setting as an Outcome Measure: A Systematic Review*, in *Clinical Rehabilitation*, 2006, p. 756 ss.).

²⁹ Le informazioni sui contenuti e sugli specifici *targets* fissati da questi strumenti si trovano nel sito ufficiale: <https://www.un.org/millenniumgoals/>.

³⁰ Accordo di Parigi sul cambiamento climatico, UN doc. FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1, 12 dicembre 2015.

³¹ C. VOIGT, *The Paris Agreement: What is the Standard of Conduct for Parties?*, in *Questions of International Law*, 2016, pp. 17-28.

l'esempio dell'Accordo di Parigi, obiettivi non vincolanti e scadenze possono anche essere incorporati in accordi internazionali vincolanti³². Poiché l'effetto di *compliance* è generato da previsioni non obbligatorie (per quanto inserite in uno strumento vincolante), la seconda tipologia di "nudge" sembrerebbe esulare dal campo del diritto internazionale per avvicinarsi a quello degli impegni meramente raccomandati e non vincolanti. Eppure, l'impressionante aumento del contenzioso climatico nazionale e internazionale basato sugli impegni nazionali assunti dagli Stati in base all'Accordo di Parigi induce a sospettare che la spinta gentile anche in questo caso possa trascendere la mera raccomandazione e acquisire portata vincolante³³.

L'ultima tipologia di "nudge" che si intende esaminare è quella più controversa. Il riferimento è alla sempre più frequente elaborazione di classifiche ("rankings") da parte degli Stati, ma soprattutto, delle organizzazioni internazionali e di altri enti di regolazione a carattere transnazionale, al fine di valutare la condotta dei governi nei settori e nelle materie più disparate³⁴. Un esempio tra tanti è rappresentato dall'indice degli investimenti stranieri diretti (FDI) che è stato elaborato dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OECD) al fine di confrontare le misure nazionali di restrizione agli investimenti presenti in 22 settori economici di 69 Stati³⁵. Indirettamente, le classifiche orientano la condotta degli Stati, spingendoli "gentilmente" nella direzione che l'organizzazione intende promuovere. L'effetto promozionale sembra quindi assimilabile a quello generato sugli individui attraverso la leva del confronto sociale. A questo riguardo le scienze comportamentali hanno dimostrato che i meccanismi che confrontano e valutano gli individui fanno leva sul desiderio dell'individuo di non subire il discredito sociale collegato alla *performance* negativa. Pertanto essi producono un effetto motivazionale rilevante, inducendolo a migliorare i propri risultati (per esempio in ambito accademico e professionale), in linea con gli indicatori e gli standard valorizzati da classifiche e tabelle³⁶. L'idea degli economisti comportamentali è dunque che si possa costruire una strategia di orientamento delle condotte individuali che sfrutta la

³² Alcuni autori parlano di norme di soft law inserite in accordi vincolanti (vedi, ad esempio, L. RAJAMANI, *The 2015 Paris Agreement: Interplay between Hard, Soft and Non-Obligations*, in *Journal of Environmental Law*, 2016, p. 337 ss.

³³ Per una ricognizione del contenzioso climatico si rinvia a L. MAGI, *Giustizia climatica e teoria dell'atto politico: tanto rumore per nulla*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2021.

³⁴ Cfr. D. TEICHMAN, E. ZAMIR, *Nudge Goes International*, cit., p. 1274; A. COOLEY, *The Emerging Politics of International Rankings and Ratings: A Framework for Analysis*, in A. COOLEY (ed.), *Ranking the World: Grading States as a Tool of Global Governance*, 2015, p. 1.

³⁵ Per un approfondimento si veda: <https://www.oecd.org/investment/FDI-Qualities-Indicators-Measuring-Sustainable-Development-Impacts.pdf>.

³⁶ J.E. SULS, L. WHEELER (eds.), *Handbook of Social Comparison: Theory and Research*, New York, 2010.

leva di persuasione del meccanismo di confronto sociale e di relativa competizione che ne deriva³⁷. L'ipotesi degli studiosi di diritto internazionale è poi di estendere questa strategia all'ambito della regolazione delle condotte statali³⁸. Tuttavia, la prassi di utilizzare classifiche per misurare le *performance* nazionali è da tempo nel mirino di studi critici che contestano il carattere parziale e strumentale degli indicatori di riferimento (nonché del procedimento, anche poco trasparente, attraverso il quale vengono scelti), i quali rischiano di sottovalutare le specificità delle varie soluzioni nazionali – pretendendo di generalizzare e omogenizzare sistemi diversi, trascurando preferenze e identità nazionali – e persino di creare gerarchie tra Stati, in violazione del principio della loro sovrana uguaglianza³⁹. Il problema si pone poi in modo più specifico qualora gli standard di valutazione siano posti quali condizioni per accedere a programmi di finanziamento o ad altre forme di assistenza internazionale. Infatti, nei casi in cui uno Stato versi in una situazione di grave crisi economica e rischi il *default*, gli standard volontari nella sostanza si trasformano in veri e propri obblighi, generando un effetto coercitivo che può persino porsi in tensione con il principio di non interferenza negli affari interni degli Stati e, per i governi autori di riforme e ristrutturazioni, in conflitto con gli obblighi di tutela dei diritti sociali della popolazione⁴⁰.

In conclusione, con riguardo a tutte le tipologie di “*nudge*” esaminate, il carattere *soft* caratterizza lo strumento formale che contiene la spinta gentile ma la valutazione della natura autenticamente e sostanzialmente liberale (in questo senso *soft*) del meccanismo di persuasione utilizzato è questione che trascende la dialettica interna alle fonti del diritto (la dialettica del *soft v. hard law*) e che va anche valutata caso per caso, facendo riferimento al modo in cui la spinta gentile è congegnata, applicata e ricevuta dal destinatario. In particolare, se il meccanismo di persuasione è formalmente volontario, ma si inserisce in un contesto in cui il potere di scelta è sostanzialmente compromesso a causa della situazione di vulnerabilità in cui l'individuo o lo Stato si trovano, e delle conseguenze insostenibili di una scelta contraria a quella promossa dal

³⁷ D. HERBZ, A. MAS, *Peer Effects on Worker Output in the Laboratory Generalize to the Field*, in *Science*, 2015, p. 545.

³⁸ Si veda ancora D. TEICHMAN, E. ZAMIR, *Nudge Goes International*, cit., p. 1274.

³⁹ Vedi, ad esempio, A. BROOME, A. HOMOLAR, M. KRANKE, *Bad Science: International Organizations and the Indirect Power of Global Benchmarking*, in *European Journal of Int Relations*, 2017, p. 514 ss.

⁴⁰ Cfr. sull'effetto sostanzialmente impositivo: P. DE SENA, D. D'ACUNTO, *Il doppio mito: sulla (pretesa) neutralità della politica monetaria della BCE e la (pretesa) non-vincolatività degli indirizzi di politica economica dell'Unione*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3/2020. Riguardo alla tenuta dei diritti sociali: D. RUSSO, *I vincoli internazionali in materia di diritti sociali: alcuni spunti dalla giurisprudenza recente in materia di “misure di austerità”*, in *Osservatorio sulle Fonti*, 2/2013.

regolatore, allora siamo fuori dal perimetro concettuale del "nudge", o per lo meno del *nudging* coerente con le sue premesse di liberalità.

5. Considerazioni conclusive

Giunti alle battute finali di questa breve riflessione, è possibile dubitare che l'approccio "nudge" alla regolazione delle condotte degli Stati apra una nuova e proficua frontiera del *soft law* internazionale. La pretesa "morbidity" del nuovo approccio, infatti, non riguarda soltanto la sua collocazione nel sistema delle fonti internazionali, ma soprattutto il suo effetto autenticamente liberale e coerente con le finalità del diritto internazionale. Come si è potuto notare, il fenomeno concerne infatti l'integrazione di meccanismi persuasivi di vario genere nell'ambito di strumenti di *hard law* oppure di *soft law*. Ciò che permette di associare l'approccio "nudge" al diritto *soft* è la sua idoneità a lasciare un margine di scelta agli Stati, appunto la sua liberalità. In altri termini, gli Stati dovrebbero poter scegliere di muoversi in una direzione diversa da quella verso la quale sono spinti dal meccanismo di persuasione, sia esso innescato dall'effetto di *default*, dalla previsione di obiettivi e scadenze o dalla pubblicazione di classifiche. Tuttavia, l'effetto del *nudging* sui destinatari non è affatto generalizzabile. In concreto, esso può dipendere dalle caratteristiche e dalla situazione peculiare in cui ogni destinatario si trova nel momento in cui è chiamato ad effettuare la scelta; ciò che per alcuni Stati può essere liberamente scelto, per altri, anche a causa della propria posizione di vulnerabilità, può risultare insostenibile oppure può travolgere aspetti fondamentali della propria identità nazionale. Questo aspetto getta un'ombra sul carattere egualitario e liberale del nuovo fenomeno che, se non correttamente fondato e disciplinato, può condurre ad una gestione burocratica del potere nelle relazioni internazionali, nonché assumere i caratteri di un'operazione politica ad effetto fortemente omologante e conformante, in tensione con gli stessi fondamenti della *rule of law* internazionale, inclusi il rispetto dell'uguaglianza e della *domestic jurisdiction* degli Stati.