

Marta Taroni, *Le nuove forme di normatività. Il diritto alla prova delle behavioral sciences* (Coll. «Un'anima per il diritto: andare più in alto», 14), Mucchi Editore, Modena, 2025, pp. 199

Se oggi si parla del rapporto tra diritto, economia, scienze cognitive e più in generale *behavioural sciences* è per guardare a forme di regolazione innovative più o meno (dichiaratamente) paternaliste come *nudging* e *boosting*. Si tratta di progetti regolativi che sempre più spesso si affiancano alla normazione giuridica classica nel tentativo di influenzare i modi in cui gli esseri umani gestiscono i loro limiti razionali e i vincoli contestuali delle loro scelte. Secondo i loro ideatori, per esempio Cass Sunstein, Richard Thaler, Gerd Gigerenzer ormai noti anche al pubblico non esperto, conoscere i *bias* cognitivi dei soggetti di scelta nel tentativo di aggirarli, o di sfruttarli a fin di bene, significa orientare i comportamenti individuali e collettivi attraverso una regolazione che, partendo dai presupposti evidenziali ed empirici forniti dalle scienze comportamentali, si propone come *output-oriented*, *low cost* e *non intrusive*, cioè in grado di evitare violazioni gravi della libertà di scelta individuale.

La ragione per cui abbiamo bisogno di queste forme di regolazione è che le difficoltà per un soggetto che sceglie hanno a che fare più con il contesto entro cui deve compiere la scelta che con la scelta stessa. Si tratta di un vero e proprio truismo in grado di demolire le velleità del regolatore tradizionale liberale: esso non può contare su un soggetto di decisione autonomo, ma deve relazionarsi a un soggetto di scelta per il quale la formulazione di un problema (il *frame* della scelta) è in grado di orientare i comportamenti molto più di un'olimpica valutazione razionale delle opzioni disponibili. Per le scienze cognitive di tipo comportamentale, l'Econe, impegnato a computare e realizzare, con una perfetta razionalità mezzo-fine, l'utilità attesa che coincide con la sua scelta ottimale, è irrealistico. Esiste solo la 'razionalità limitata' dell'Umano che il regolatore pubblico paternalista dovrebbe indirizzare verso scelte che vanno 'nella giusta direzione', cioè verso il conseguimento del benessere che il *policy-maker* ha stabilito per lui.

Architettura della scelta, effetto *framing*, ma anche *legal design* e neo-paternalismo sono concetti con cui i teorici del diritto si sono familiarizzati da tempo e che entrano nell'eccellente libro di Marta Taroni. Come scrive l'Autrice nell'*Introduzione*, «Una tale tendenza

[regolativa] risponde a un nuovo corso che ha interessato le democrazie liberali – trend analizzato in Europa e negli Stati Uniti da ormai due decenni – inteso quale giustificazione politica e morale di tecnoregolazioni che influenzano le scelte del singolo in cambio di benessere individuale e collettivo» (p. 7). Il *nudging* è infatti il paradigma di questo approccio.

Uno dei problemi teorici più rilevanti che tale scenario solleva è capire quale tipo di normatività sottenda queste tecniche di regolazione (anzitutto, non richiedono quasi mai l'intervento dei parlamenti, sono di natura esperta e non sono coercitive); di conseguenza occorre stabilire se e come esse «entrano in contraddizione con i presupposti di senso del diritto liberale, quali l'autonomia, l'autodeterminazione e la responsabilità» (p. 7). Il primo capitolo del libro traccia un quadro teorico e istituzionale limpido ed efficace sia per rispondere a tali interrogativi sia per renderli funzionali al discorso che si dipana dal secondo capitolo. Imprimendo alla sua riflessione una svolta originale, l'Autrice analizza l'esistenza di queste tecniche regolative non solo rispetto alla compatibilità con gli ordinamenti liberal-democratici, ma anche in relazione alla potenza pervasiva di analoghi strumenti di influenza dei comportamenti usati però da soggetti privati interessati a sfruttare, per ragioni di profitto, i limiti cognitivi dei soggetti sul mercato. La pervasività di questi strumenti è peraltro accresciuta dall'utilizzo delle più sofisticate tecnologie web e algoritmiche attualmente disponibili. Il presupposto è che, se esiste la regolazione pubblica *behaviorally-informed*, è perché ancora prima esistono agenti privati che usano il *nudging* malevolo per estrarre valore dalle falle comportamentali degli Umani che si muovono nel mercato, sfruttando i molti *bias* cognitivi ed emotivi degli agenti di scelta. Pertanto, come sostiene Marta Taroni, non si tratta solo di commisurare la regolazione comportamentale alle istanze democratiche, ma anche di indagare «per quali motivi il diritto faticchi a limitare il potere di influenza degli agenti economici che si servono, soprattutto *online*, di queste tecniche di regolazione del comportamento» (p. 7).

Non è un mistero che le teorie del *nudging* (più di quelle del *boosting*) hanno reagito ai *behavioral market failures* che minacciano le società a economia complessa. Il caso Cambridge Analytica e l'uso delle *fake news* per orientare l'opinione pubblica, temi a cui l'Autrice dedica opportuno approfondimento, sono altri contesti in cui i *bias* cognitivi degli utenti del web sono strategicamente attivati e sfruttati, proprio come, aggiungerei, quando si tratta di indurre le persone a mosse finanziarie azzardate una volta soggiogate dalla 'gameficazio-

ne' di certe piattaforme digitali. Nemmeno sorprende più che ovunque fioriscano agenzie private o semi-private che si occupano di educazione finanziaria, e che la *literacy* finanziaria sia considerata prioritaria in tutto il mondo occidentale. In questo contesto regolativo ambiguo, dove l'influenza dei comportamenti prende direzioni contraddittorie a seconda del soggetto privato o dell'istituzione pubblica che la predispone e la realizza, ogni forma paternalistica di *nudging* diventa potenzialmente infantilizzante e/o manipolatoria. A meno che, come scrive Marta Taroni, il legislatore liberale non concepisca il *nudging* «come risposta regolativa, ad armi pari, alla manipolazione di massa» (p. 7) messa in atto dai soggetti privati e dai colossi del web che orientano i comportamenti economici delle persone. Ciò conferirebbe alla regolazione comportamentale quella funzione di *empowerment* cognitivo che a stento oggi le si attribuisce, visto il sospetto con cui il *nudging* è spesso accolto dall'opinione pubblica.

Il secondo capitolo costituisce il cuore di questo libro e raccoglie i contenuti più originali rispetto a una letteratura recente che in Italia come altrove si è interessata soprattutto alla plausibilità del neopaternalismo. Qui, infatti, Marta Taroni traccia una fenomenologia dei metodi di indirizzamento del comportamento di tipo privato che si stanno imponendo con l'utilizzo del web e delle tecnologie algoritmiche. Il riferimento è al sistema economico che Shoshana Zuboff definisce «capitalismo della sorveglianza»¹. Scrive l'Autrice: «Un fattore determinante per il funzionamento di quest'industria [...] è proprio l'utilizzo di tecniche mutate dalle scienze cognitive-comportamentali per indurre gli utenti a 1) dedicare più tempo e attenzione possibili ai contenuti proposti dalle piattaforme; 2) fornire dati su loro stessi; 3) acquistare beni o servizi proposti dagli inserzionisti; 4) tenere comportamenti *online* e *offline*, commissivi o omissivi, conformi a quelli desiderati dagli inserzionisti o dalla piattaforma stessa» (p. 10).

Come noto, il mercato digitale si fonda sulla produzione e sulla compravendita di questo potere di influenza sulle persone, il cui esercizio può avere conseguenze negative sia a livello individuale sia a livello sociale. L'Autrice concentra la sua analisi su due categorie di danni: quelli individuali (alla salute fisica e mentale degli utenti) e quelli sociali (compromissione delle istituzioni democratiche). Entrambe le categorie vengono in gran parte ignorate dal diritto. La debolezza degli attuali strumenti legislativi nel limitare il pote-

¹ S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019.

re di influenza esercitato dai colossi del web e gli effetti manipolatori sugli utenti costituiscono una minaccia per i nostri sistemi sociali. *Sludge, evil nudge* e *dark nudge* sono tra gli strumenti tipici di queste strategie malevole volte a indirizzare i comportamenti nel contesto dell'ambiente digitale.

Di recente è fiorita una letteratura metaetica complessa e sistematica in tema di influenza e manipolazione delle condotte², ma la teoria giuridico-politica sembra meno interessata a riflettere su questo argomento e ad affrontare questa emergenza, salvo rari casi (come quello rappresentato in Italia dal giurista Francesco Vella³). Ci si interroga da tempo sui parametri e i requisiti – ancora utilizzati dall'ordinamento – del 'consumatore medio' (paradigma dell'agente avveduto, *mediamente* in grado di conoscere, valutare e selezionare le opzioni di scelta), ma dovremmo chiederci se questa nozione non meriti, sul piano interpretativo, una diversa e più appropriata lettura (ancora Vella, e Seminara, tra gli altri, illuminano il dibattito segnalando questa necessità⁴). È soprattutto l'interpretazione giurisprudenziale dell'equilibrio contrattuale a segnare il dibattito⁵, dato che in questo ambito la grana più fine con cui vengono valutati i limiti cognitivi (e il loro sfruttamento) è entrata nelle consapevolezze del giurista. Penso quindi che il merito del libro di Marta Taroni sia uscire dall'ambito specialistico della giurisprudenza per investire quello più sistemico della tutela dei diritti umani. In altri termini, non si tratta solo di consolidare l'approccio alla cosiddetta 'giurisprudenza comportamentale', che la rivista «Behavioral Scientist» ha di recente contribuito a lanciare⁶, ma anche di modificare l'architettura concettuale del sapere giuridico proprio a partire dal paradigma del soggetto di scelta, dei suoi diritti delle sue tutele.

Il modo in cui il diritto considera e tratta i fenomeni di manipolazione di massa è considerato da Marta Taroni insufficiente e inadeguato, basato com'è sulle istituzioni del consenso informato o del consenso al trattamento dei dati: «il fatto che i dati siano usati inten-

² Tappa fondamentale di questo dibattito matetico è *Manipulation: Theory and Practice*, a cura di C. COONS, M. WEBER, Oxford University Press, New York, 2014.

³ Per esempio, F. VELLA, *Diritto ed economia comportamentale*, il Mulino, Bologna, 2023.

⁴ Per esempio, A.P. SEMINARA, *Libertà del consumatore e psicologia della pubblicità*, in *Contratto e impresa*, 2020, 1, pp. 494-526.

⁵ Si veda T.S. ULEN, *Behavioral Contract Law*, in *Review of Law & Economics*, 2021, 2, pp. 517-522.

⁶ <https://behavioralscientist.org/>.

zionalmente a fini manipolatori e addirittura con effetti nocivi per la salute delle persone non sembra di per sé avere significative ripercussioni d'interesse giuridico in nessun ordinamento occidentale» (p. 11). Le leggi vigenti, infatti, si focalizzano sulla capacità individuale di esprimere il consenso non sulla base degli stati mentali *reali* dell'agente, ma sulla base degli stati mentali di un agente *ideale* perfettamente razionale. È uno scenario controfattuale che condanna la legislazione vigente a concentrarsi sulla questione del consenso, senza curarsi dei danni derivanti dalla manipolazione. L'Autrice auspica quindi una risposta alternativa da parte dei circuiti giuridici classici in grado di illuminare questa contraddizione disciplinando il potere di influenza di certi soggetti economici.

Penso che un ulteriore merito della sua critica stia nel segnalare che esiste un'alternativa anche al modo classico di concepire il *nudging*: il paternalismo libertario connesso al *nudging* pubblico non avrebbe più solo il senso di sospingere i comportamenti collettivi e individuali verso i mezzi del benessere utilitaristico suggeriti dal *nudger*; l'intervento pubblico non si limiterebbe, perciò, a neutralizzare i pregiudizi del ragionamento che inducono le persone a fare scelte controproducenti; ma interverrebbe a contrastare «ad armi pari» gli interessi privati che sfruttano tali pregiudizi. Aiutare gli individui a correggere determinati errori della deliberazione significherebbe, nel medio e lungo periodo, indurre cambiamenti nei comportamenti privati sul web stabilizzando una forma di *empowerment* cognitivo non più legato all'efficacia specifica (e di breve periodo) di singoli *nudge de-biasing*, bensì orientato alla logica del *boosting* cognitivo, che abbia cioè il senso dell'emancipazione individuale incrementale. Ecco perché «Tecniche di *nudging ad hoc* associate a politiche egualitarie di educazione e istruzione dei cittadini sulle tecniche di influenza del comportamento potrebbero [...] diventare vere e proprie “strategie di *awakening*” finalizzate a emanciparli da *bias* ed errori di ragionamento, tutelandoli dagli intenti manipolatori degli attori privati che operano sul *Web*» (p. 12).

Riprendendo le fila del primo capitolo, in quello finale Marta Taroni sottolinea che la contro-manipolazione pubblica presuppone un legislatore liberale e operatori del diritto consapevoli del fatto che il soggetto destinatario della norma non è, se non *parzialmente*, quello del modello liberale tradizionale. Infatti, pur essendo vero che l'evidenza fornita dalle scienze cognitive non restituisce l'immagine di un individuo razionale e libero di scegliere il meglio per sé, il soggetto di scelta rimane pur sempre un soggetto che racchiude istanze etiche meritevoli di tutela. La domanda che dobbiamo farci non è, quindi, se

il *nudging* paternalistico sia manipolatorio in sé e per sé, se sia o no compatibile con la democrazia liberale (per fortuna, il libro di Marta Taroni supera il dibattito ‘paternalismo sì-paternalismo no’), ma se il suo potenziale contro-manipolatorio possa essere usato per restituire all’individuo almeno una parte del controllo sulle proprie scelte; possa cioè diventare una strategia politica «di “protezione cognitiva”, che mira a salvaguardare l’autonomia e la dignità degli utenti [cioè dei cittadini] nell’era della sorveglianza digitale» (p. 191).

Perché ciò avvenga è necessario riappropriarsi di aspirazioni politiche autenticamente equitative; detto altrimenti, c’è bisogno di un contesto politico e normativo che collochi le tecniche di *nudging* su un piano politico egualitario di educazione e alfabetizzazione dei cittadini alle tecniche di influenza del comportamento. Il *nudging de-biasing* non basta se usato come espediente per reagire allo *status quo* rappresentato dai *market failures*; non si tratta nemmeno, e solo, di puntare al *boosting* e al potenziamento delle facoltà cognitive; occorre anche realizzare le condizioni di contesto giuridico-politiche necessarie a questi conseguimenti. Scrive l’Autrice nelle conclusioni: «Oggi il legislatore si trova di fronte a una sfida delicata: definire un quadro normativo che sappia bilanciare la protezione degli utenti con la necessità di lasciare spazio all’innovazione digitale. Le normative sul *design* non manipolatorio delle piattaforme potrebbero rappresentare un passo importante verso la tutela dell’utente, ma richiedono un’attenta progettazione e un approccio multidisciplinare. Rispettare i diritti fondamentali e garantire un ambiente digitale trasparente ed equo dovrebbe essere l’obiettivo prioritario. Solo in questo modo sarà possibile conciliare l’efficacia del *nudging* con i valori di una società democraticamente matura e consapevole dei rischi dell’influenza tecnologica» (pp. 198-99). Che è come dire: il paternalismo potrebbe acquisire una legittimazione liberale qualora si accompagni a politiche di equità e non ‘infantilizzi’ il soggetto di scelta umiliandolo e sottraendogli dignità; qualora si sostenga su politiche equitative che, accantonando l’Econe elitista e spesso sfruttatore delle debolezze cognitive e sociali altrui, privilegi l’Umano come *cittadino*, non solo come soggetto economico vulnerabile.

Silvia Vida