

MARTA TARONI

Le nuove forme di normatività.
Il diritto alla prova delle
behavioral sciences



14

Un'anima per il diritto: andare più in alto

Collana diretta da Geraldina Boni



Mucchi Editore

Un'anima per il diritto: andare più in alto

Collana diretta da Geraldina Boni

14

issn 2724-4660

L'orizzonte meramente tecnicistico su cui ogni tipo di riflessione sembra oggi rischiare di appiattirsi non solo non cancella quegli interrogativi fondamentali che si confermano ineludibili per ciascuna disciplina in cui si ramifica il pensiero giuridico: ma li rivela, anzi, in tutta la loro impellenza. È dunque a tale necessità che facciamo riferimento nel cogliere e sottolineare il bisogno che si avverte di 'un'anima per il diritto', ispirandoci in modo particolare a quegli ammonimenti che Aleksandr Solženicyn rivolgeva a studiosi e accademici dell'Università di Harvard nel 1978 e che, a distanza di decenni, mantengono intatta la loro validità. Muovendo dalla domanda «se mi chiedessero: vorrebbe proporre al suo paese, quale modello, l'Occidente così com'è oggi?», dovrei rispondere con franchezza: no, non potrei raccomandare la vostra società come ideale per la trasformazione della nostra. Data la ricchezza di crescita spirituale che in questo secolo il nostro paese ha acquistato nella sofferenza, il sistema occidentale, nel suo attuale stato di esaurimento spirituale, non presenta per noi alcuna attrattiva»* – dichiarazione che si riempie di significato alla luce della vicenda personale, tanto dolorosa quanto nota, di colui che l'ha pronunciata –, l'intellettuale russo individuava infatti con profetica lucidità i sintomi e le cause di tale declino. In questo senso, ad interpellarci in modo precipuo in quanto giuristi è soprattutto l'osservazione secondo cui «in conformità ai propri obiettivi la società occidentale ha scelto la forma d'esistenza che le era più comoda e che io definirei giuridica»: una 'forma d'esistenza' che tuttavia è stata assunta come fondamento esclusivo e per ciò stesso privata dell'anelito a una dimensione superiore capace di giustificarla. Con l'inevitabile, correlata conseguenza che «l'autolimitazione liberamente accettata è una cosa che non si vede quasi mai: tutti praticano per contro l'autoespansione, condotta fino all'estrema capienza delle leggi, fino a che le cornici giuridiche cominciano a scricchiolare». Sono queste le premesse da cui scaturisce quel complesso di valutazioni che trova la sua sintesi più efficace nella seguente affermazione, dalla quale intendiamo a nostra volta prendere idealmente le mosse: «No, la società non può restare in un abisso senza leggi come da noi, ma è anche derisoria la proposta di collocarsi, come qui da voi, sulla superficie tirata a specchio di un giuridismo senz'anima». Se è tale monito a costituire il principio ispiratore della presente collana di studi, quest'ultima trova nella stessa fonte anche la stella polare da seguire per cercare risposte. Essa, rinvenibile in tutti i passaggi più pregnanti del discorso, si scolpisce icasticamente nell'esortazione – che facciamo nostra – con cui si chiude: «E nessuno, sulla Terra, ha altra via d'uscita che questa: andare più in alto».

* La traduzione italiana citata è tratta da ALEKSANDR SOLŽENICYN, *Discorso alla Harvard University, Cambridge (MA) 8 giugno 1978*, in Id., *Il respiro della coscienza. Saggi e interventi sulla vera libertà 1967-1974. Con il discorso all'Università di Harvard del 1978*, a cura di SERGIO RAPETTI, Jaca Book, Milano, 2015, pp. 219-236.

Un'anima per il diritto: andare più in alto

Direzione

Geraldina Boni (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)

Comitato scientifico

Enrico Al Mureden (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)
Lorena Bachmaier Winter (Universidad Complutense de Madrid)
Christian Baldus (Universität Heidelberg)
Michele Belletti (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)
María Blanco Fernández (Universidad de Navarra)
Michele Caianiello (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)
Federico Casolari (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)
Marco Cavina (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)
Emmanuelle Chevreau (Université Paris 2 Panthéon-Assas)
Sophie Démare-Lafont (Université Paris 2 Panthéon-Assas)
Carlo Fantappiè (Università degli Studi Roma Tre)
Manuel Ignacio Feliú Rey (Universidad Carlos III de Madrid)
Doris Forster (Université de Genève)
Mariagiulia Giuffrè (Edge Hill University)
Esther Happacher (Universität Innsbruck)
Tanguy Le Marc'hadour (Université d'Artois)
Giovanni Luchetti (Alma Mater Studiorum Università di Bologna)
Francesco Martucci (Université Paris 2 Panthéon-Assas)
Raphaële Parizot (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)
Antonio Pérez Miras (Universidad de Granada)
Patrice Rolland (Université Paris-Est Créteil Val de Marne)
Péter Szabó (Pázmány Péter Katolikus Egyetem)

Comitato di redazione

Manuel Ganarin (Alma Mater Studiorum Università di Bologna), Alessandro Perego
(Università Cattolica del Sacro Cuore), Alberto Tomer (Alma Mater Studiorum
Università di Bologna)

MARTA TARONI

Le nuove forme di normatività.
Il diritto alla prova delle
behavioral sciences

Mucchi Editore

Le opere pubblicate nella Collana sono sottoposte alla procedura di revisione *double-blind peer review*, in conformità al *Codice etico e Regolamento per le pubblicazioni della Collana* consultabile all'indirizzo internet www.mucchieditore.it/animaperildiritto.

In copertina: Umberto Boccioni, *La città che sale*, 1910-1911, Museum of Modern Art, New York.

ISSN di collana 2724-4660

ISBN 9791281716445

© Stem Mucchi Editore Srl - 2025

Via Jugoslavia, 14 - 41122 Modena

info@mucchieditore.it www.mucchieditore.it

facebook.com/mucchieditore twitter.com/mucchieditore instagram.com/mucchi_editore



Creative Commons Attribution 4.0 International Licence (CC BY-NC-ND 4.0)

Attribuzione della paternità dell'opera all'Autore. Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita, la modifica e la trasformazione per produrre un'altra opera.

Versione pdf open access al sito www.mucchieditore.it/animaperildiritto

Tipografia, impaginazione e pubblicazione digitale Stem Mucchi Editore (MO)

Prima edizione pubblicata in Italia, Mucchi, Modena, aprile 2025

INTRODUZIONE

«Il vero problema dell’umanità è che abbiamo: emozioni paleolitiche, istituzioni medievali e tecnologie futuristiche»¹

E.O. WILSON

Oggigiorno tecniche di regolazione basate sulle *behavioral sciences* sono sempre più diffuse, in ambito pubblico e in ambito privato. Il *nudging* e i metodi di indirizzamento del comportamento messi in atto dai colossi del *Web*, i cosiddetti ‘capitalisti della sorveglianza’, sono esempi lampanti di tale fenomeno. La potenza pervasiva di questi strumenti è, inoltre, accresciuta dall’utilizzo delle più sofisticate tecnologie algoritmiche attualmente disponibili. Una tale tendenza 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 tecno-regolazioni che influenzano le scelte del singolo in cambio di benessere individuale e collettivo.

Nel mio lavoro intendo, in primo luogo, analizzare nel dettaglio queste nuove forme di normatività, sia da un punto di vista fenomenologico, sia approfondendo in che modo entrano in contraddizione con i presupposti di senso del diritto liberale, quali l’autonomia, l’autodeterminazione e la responsabilità. In secondo luogo, mi prefiggo di indagare per quali motivi il diritto fatichi a limitare il potere di influenza degli agenti economici che si servono, soprattutto *online*, di queste forme di regolazione del comportamento e, infine, in che modo il legislatore liberale potrebbe utilizzare proprio il *nudging* come risposta regolativa, ad armi pari, alla manipolazione di massa.

¹ E.O. WILSON, *Debate at the Harvard Museum of Natural History*, Cambridge Mass., 9 settembre 2009. La frase del biologo Wilson si può parafrasare così: «il vero problema dell’umanità è che abbiamo tecnologie futuristiche che profittono di istituzioni medievali per abusare delle nostre emozioni paleolitiche».

1. L'evoluzione del modello di agente decisore

La teoria liberale classica presuppone un individuo che si è kantianamente emancipato dallo ‘stato di minorità’, libero fra altri individui liberi ed uguali. In questa *Weltanschauung* i consociati sono tutti – in termini rawlsiani – razionali e ragionevoli, vale a dire capaci di perseguire in maniera razionale i propri piani di vita. Le istituzioni statali, dunque, si preoccupano di tracciare un confine tra azione istituzionale lecita e piano soggettivo oltre il quale l’azione pubblica non può andare. Il legislatore liberale ha il preciso compito di tutelare quello spazio di autonomia che il soggetto utilizza per realizzare i propri fini. L’azione istituzionale, infatti, presuppone gli individui quali soggetti perfettamente in grado di scegliere il meglio per loro, di cooperare con gli altri individui e di contrattare con lo Stato al fine di raggiungere la posizione desiderata all’interno della società.

La neutralità del diritto e della politica rispetto ai piani di vita scelti dai soggetti razionali e autonomi garantisce la sovranità del soggetto liberale come *homo oeconomicus*. Il ‘modo’ nuovo, per nulla univoco, in cui l’*homo oeconomicus* è concepito nelle società post-liberali, comporta, invece, una riflessione di antropologia morale e politica, preliminare alla trattazione giuridico-normativa. Le nuove teorie post-liberali del diritto, sviluppatesi a partire dalla fine del secolo scorso, infatti, mettono in discussione i presupposti di senso della teoria classica del diritto liberale. I teorici della cura, ad esempio, sostengono che l’autodeterminazione volta a progettare un libero piano di vita sia una facoltà meramente formale del soggetto decisore. In un contesto contemporaneo e parallelo, si sono sviluppati, a partire da Simon, studi sui *bias* del ragionamento che hanno condotto all’analisi delle euristiche, oggetto di approfondimento da parte delle scienze comportamentali, come evidenziato da Kahneman e Tversky.

Questi studi rivelano la necessità di concepire il rapporto tra soggetto e norme non più come ideale, bensì come reale – o maggiormente realistico – dato che la posta in gioco è conseguire non

tanto l'obbedienza alla regolazione da parte del soggetto, ma la sua spontanea *compliance* e la normalizzazione del suo comportamento. La critica dei teorici del diritto post-liberali si fonda sul fatto che l'individualismo liberale si occupa unicamente delle condizioni ideali per l'azione dell'individuo. A loro avviso, infatti, il legislatore liberale tradizionale idealizza il destinatario della regolazione, sul presupposto che esso sia un soggetto libero, ragionevole, razionale, prudente, perito, onnisciente, in grado di conoscere con esattezza ciò che la legge gli impone.

Più recenti – sempre entro il contesto post-liberale – sono anche gli studi dell'economia comportamentale (Kahneman, Laibson, Thaler), che teorizzano un mondo popolato da 'Umani' e non da 'Econi'. Gli 'Umani' sono donne e uomini che scelgono un piano di vita in maniera non libera ma condizionata dalla necessità, dal genere, dal luogo di nascita, dalla situazione economica in cui versano, dall'educazione e dall'istruzione ricevuta sin dall'infanzia. Gli Umani sono concepiti come soggetti di scelta posti di fronte a diversi corsi di azione, opzioni libere ma solo in senso ideale, perché in realtà *context-dependent*. Se la razionalità degli Umani è *burdened*, o *biased*, questi non possono più dirsi soggetti di decisione, autonomi in senso ideale e liberale. Sono, infatti, soggetti dotati di una razionalità difettosa di cui la regolazione dovrebbe (e forse dovrà) tenere conto, per evitare che essi cadano vittime di difetti della volontà e dell'azione e che le loro scelte non provochino, in termini aggregati, danni all'intera società. Le opzioni, quindi, vanno concepite dai regolatori in maniera selettiva per poter essere finalizzate al benessere dei loro destinatari. In questo contesto è importante interrogarsi sul confine tra regolazione della condotta e influenza del comportamento, tra previsione dei comportamenti e valutazione, in senso tradizionale, degli stessi rispetto alle norme.

In conclusione, nel momento in cui, sulla scorta degli studi della psicologia comportamentale, prende corpo l'idea che gli individui non sono perfettamente razionali, iniziano a diffondersi teorie che propongono metodi di regolazione alternativi al diritto tradizionale.

2. La società dell'influenza comportamentale

Il secondo capitolo verte sull'analisi fenomenologica di quei metodi di indirizzamento del comportamento, di origine privata, che si stanno sempre più imponendo nella quotidianità tramite l'utilizzo del *Web* e delle tecnologie algoritmiche. Un'applicazione pratica degli studi delle *behavioral sciences*, di cui tratto nel primo capitolo, è rinvenibile nelle tecniche di influenza del comportamento che sono alla base di quel sistema economico che Zuboff definisce 'capitalismo della sorveglianza'. Un fattore determinante per il funzionamento di quest'industria, infatti, è proprio l'utilizzo di tecniche mutuate 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. Con un tollerabile grado di approssimazione, si può affermare che il mercato digitale si fonda essenzialmente sulla produzione e sulla compravendita di questo potere di influenza. L'esercizio di tale potere sulle persone può avere delle conseguenze negative di diverso tipo, sia a livello individuale che a livello sociale. In alcuni casi, queste conseguenze negative sono parte stessa del *business model*, nel senso che senza di esse non sarebbe possibile l'estrazione del profitto. Farò riferimento a due categorie di dati: dati individuali (alla salute fisica e mentale degli utenti) e dati sociali (compromissione delle istituzioni democratiche). Entrambe queste categorie di dati, però, sembrano attualmente, quantomeno in gran parte, ignorate dal diritto.

3. Il diritto alla prova dei colossi del Web

Dopo l'analisi di questo particolare sistema economico svolta nel secondo capitolo, nel terzo mi propongo di porre l'accento sulla debolezza degli attuali strumenti legislativi nel limitare il potere di influenza esercitato dai colossi del *Web* e gli eventuali effetti manipola-

latori e/o dannosi sugli utenti. Laddove si discuta giuridicamente di fenomeni di manipolazione di massa, infatti, come per esempio nelle azioni giudiziarie scaturite dal caso Cambridge Analytica, si ha l'impressione che il diritto legga la realtà in maniera inadeguata. Ciò che sembra interessare all'ordinamento è solo che l'utente dichiari con un *click* o una sequenza di *click* il consenso al trattamento dei dati: che a ciò corrisponda un consenso informato effettivo è irrilevante. E, soprattutto, il fatto che i dati siano usati intenzionalmente 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 (Taroni, Ubertone). Le leggi vigenti, infatti, si focalizzano sul consenso imputato all'individuo non sulla base dei suoi reali stati mentali, quanto piuttosto sulla base degli stati mentali che l'individuo avrebbe avuto in uno scenario in cui si sarebbe dovuto comportare come un agente modello perfettamente razionale. Due sono le criticità di questo tipo di regolazione del mondo digitale: 1) la legislazione vigente si concentra sulla questione del consenso, senza curarsi dei danni derivanti dalla manipolazione; 2) la legislazione vigente equipara presuntivamente al consenso informato manifestazioni di volontà che non è possibile considerare corrispondenti a un consenso informato reale.

Dopo aver analizzato la debolezza del diritto tradizionale nel limitare il potere manipolatorio dei colossi del *Web*, nella seconda parte del terzo capitolo mi propongo di esaminare una possibile risposta alternativa ai circuiti giuridici classici volte a disciplinare questo potere di influenza. Attraverso una disamina sul paternalismo libertario, vorrei evidenziare come proprio le tecniche di *nudging* potrebbero essere uno strumento efficace, e ad armi pari, per contro-manipolare gli utenti dalle insidie degli attori privati che agiscono nel mercato del *Web*. In questo ipotetico processo di contro-manipolazione, l'intervento pubblico non si limiterebbe a cercare di neutralizzare i pregiudizi di ragionamento che inducono le persone a fare scelte controproducenti, ma anche a contrastare gli interessi privati che sfruttano tali pregiudizi (Galletti, Rossi, Vida). Le autorità pubbliche potrebbero, così, utilizzare le scoperte delle scienze

comportamentali per aiutare gli individui a correggere determinati errori della deliberazione e indurre cambiamenti nei comportamenti privati sul *Web*. Il *nudging* è, infatti, una tecnica di governo che rifugge dalla coercizione, è una ‘spinta gentile’ che vuole sfruttare le risposte automatiche e riflesse del sistema cognitivo dell’individuo, con l’obiettivo di non imporre obblighi o utilizzare metodi persuasivi diretti, ma di lasciare gli individui liberi di scegliere, pur instradandoli verso una scelta che si presume sia la migliore per loro. Le persone hanno bisogno di essere ‘pungolate’ quando affrontano decisioni difficili e necessitano di un aiuto esterno sia quando si trovano davanti a situazioni che non forniscono *feedback* adeguati, sia quando a causa della carenza di informazioni, come accade nel caso della manipolazione *online*, non hanno la capacità di analizzare correttamente gli stimoli provenienti dall’ambiente circostante. Secondo Sunstein e Thaler, in queste circostanze gli individui possono essere aiutati proprio da uno strumento come il *nudging*: l’obiettivo a cui essi aspirano, infatti, è fornire agli operatori pubblici validi strumenti per migliorare la vita degli individui e risolvere molti dei loro problemi quotidiani grazie a incentivi e pungoli che li guidino attraverso l’intricato dedalo delle trappole cognitive.

Riprendendo la disamina teorica del primo capitolo, mi propongo, in conclusione, di sottolineare l’importanza dell’accettazione, da parte del legislatore liberale e degli operatori del diritto in generale, del cambiamento del modello del soggetto destinatario della norma. Presupporre, infatti, il soggetto decisore affetto da *bias* e difetti di ragionamento, ed abbandonare di conseguenza, almeno in parte, il modello liberale tradizionale – in cui il destinatario della norma è un individuo razionale e libero di scegliere il meglio per sé – porterebbe a innumerevoli vantaggi per la collettività e per il singolo individuo. Tecniche di *nudging ad hoc* associate a politiche egualitarie di educazione e istruzione dei cittadini sulle tecniche di influenza del comportamento potrebbero, infatti, 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*.

CAP. I

L'EVOLUZIONE DEL MODELLO DI AGENTE DECISORE

SOMMARIO: 1. Il contributo dell'economia comportamentale. – 1.1. Dall'*homo juridicus* all'Umano. – 1.2. Alle origini dell'economia comportamentale: il lavoro di H.A. Simon. – 1.3. Euristiche e *biases*: Kahneman e Tversky. – 2. Umani *vs* Econi: la teoria del *nudge* di Sunstein e Thaler. – 2.1. Una spinta 'gentile'. – 2.2. L'antropologia sottesa alla teoria del *nudge*. – 2.3. L'architettura delle scelte.

1. *Il contributo dell'economia comportamentale*

1.1. *Dall'homo juridicus all'Umano*

Come già accennato nell'introduzione, nel corso della seconda metà del Novecento si sono sviluppate numerose teorie sociali, giuridiche ed economiche che hanno messo in dubbio attendibilità ed efficacia del modello di agente decisore ideale della scienza giuridica tradizionale.

La teoria del diritto liberale classica ha sempre presupposto, come destinatario della norma, un individuo capace di scegliere, autonomamente e razionalmente, il proprio piano di vita. Numerose teorie giuridiche post-liberali, invece, mettono in discussione i presupposti di senso della teoria classica del diritto, in particolare proprio il modello di soggetto decisore. I teorici della cura¹, tra cui Gilligan e Tronto, ad esempio, fortemente critici nei confronti del liberalismo in generale, sostengono che non tutti gli individui sono liberi di progettare autonomamente il proprio progetto esistenziale:

¹ Su queste tematiche si vedano in particolare: A. SERPE, *Hearing Voices of Care: For a More Just Democracy?*, in *Avant*, 10, 2019, 1, pp. 119-145; Id., *Attive Ageing tra scienza e diritto. Trionfo o sfida?* in *Invecchiamento della popolazione e passaggi generazionali*, I, *Questioni critiche*, a cura di V. FERRARI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022.

questa facoltà è meramente ideale o riservata a pochissimi individui all'interno della società. Nel *milieu* dei *Critical Legal Studies* e delle teorie giuridiche femministe, infatti, emerge l'idea secondo la quale il diritto è «sessuato e funzionale alle prospettive maschili»², per cui l'ideale liberale di universalità e neutralità del diritto è del tutto infondato. Sempre verso la fine del secolo scorso inizia a diffondersi anche l'idea che la scienza giuridica non solo ignori le differenze di genere e razza degli individui ma anche la «reale natura della mente umana»³. È proprio nel contesto post-liberale, infatti, che si sviluppano gli studi psicologici sui difetti del ragionamento e sulla razionalità limitata. Come emergerà da questo capitolo, la teoria del *nudge* di Sunstein e Thaler non può prescindere dagli studi sui *bias* e sulle euristiche del processo decisionale, prima di Simon poi di Kahneman e Tversky. Questi studi contribuiscono in maniera fondamentale a riformulare il modello di agente decisore: l'*homo juridicus* (o *oeconomicus*)⁴ diventa Umano⁵. E questa riformulazione, per Viale, è fondamentale per la scienza giuridica. Perché

se il diritto ambisce ad essere efficace nella sua attività di carattere normativo dovrebbe prendere in considerazione come il cittadino si rappresenta, mentalmente, la norma, l'effetto di ciò sulle sue credenze precedenti e come questo effetto determini il comportamento successivo. In altre parole come l'individuo reagisca psicologicamente alla norma, nel senso di allinearsi o distanziarsi dalle sue finalità, in base alla inter-

² C. FARALLI, *Le grandi correnti della filosofia del diritto. Dai Greci ad Hart*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2022³, p. 155. Sui CLS si veda anche: G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, il Mulino, Bologna, 2001; G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto, III. Ottocento e Novecento*, edizione aggiornata a cura di C. FARALLI, Laterza, Roma, 2020.

³ R. VIALE, *Oltre il nudge*, il Mulino, Bologna, 2018, p. 15.

⁴ Per un approfondimento sul concetto di *homo oeconomicus*, si veda in particolare: S. CARUSO, *Homo oeconomicus. Paradigma, critiche, revisioni*, Firenze University Press, Firenze, 2012.

⁵ Per Sunstein e Thaler gli Umani sono gli individui affetti da errori di ragionamento e *bias*. Gli Econi, invece, sono individui ideali caratterizzati dalle qualità tipiche dell'*homo oeconomicus*.

pretazione che ne dà e ai relativi effetti cognitivi ed emozionali sul suo comportamento⁶.

Il legislatore liberale dovrebbe, quindi, considerare la reale natura cognitiva del soggetto destinatario della norma ed abbandonare, almeno in parte, il modello di agente decisore idealizzato, e perfettamente razionale, della teoria del diritto tradizionale. Questo cambio di prospettiva porterebbe innumerevoli vantaggi in termini di efficienza ed efficacia delle politiche pubbliche⁷.

In ciò che seguirà, dunque, intendo analizzare nel dettaglio come le scienze comportamentali, in particolare gli studi di economia comportamentale, abbiano restituito un'immagine di agente decisore alquanto lontana da quella dell'individuo emancipato dallo 'stato di minorità'. Questa nuova immagine dell'Umano è stata fondamentale per la formulazione di uno strumento giuridico, o quasi giuridico⁸, come il *nudging*. Ma per comprendere le basi teoriche della teoria del *nudge* è necessario partire dalle sue origini: dal concetto di razionalità limitata.

1.2. *Alle origini dell'economia comportamentale: H.A. Simon*

Negli ultimi quarant'anni l'intero campo delle scienze umane e della filosofia ha subito una trasformazione radicale.

Questa trasformazione è stata avviata da sviluppi in ambito linguistico (l'ipotesi di Chomsky di una "grammatica universale") e in ambito psicologico (la nascita del cognitivismo in psicologia) e dall'elaborazione della nozione di razionalità limitata (H. Simon). Queste spinte ini-

⁶ R. VIALE, *Oltre il nudge*, cit., pp.15-16.

⁷ *Analisi comportamentale delle politiche pubbliche. Nudge e interventi basati sulle scienze cognitive*, a cura di L. MACCHI, R. VIALE, il Mulino, Bologna, 2021.

⁸ Sulla giuridicità del *nudging* tornerò approfonditamente nel corso del terzo capitolo.

ziali hanno prodotto un'ampissima letteratura ricoperta dall'etichetta generica di “scienze cognitive”⁹.

Questo vasto complesso di ipotesi e teorie ha prodotto un cambiamento epocale della scienza economica: la nascita dell'economia comportamentale.

Fino agli anni Sessanta del secolo scorso la scuola che dominava la ricerca psicologica occidentale, nel campo sperimentale e applicativo, era il comportamentismo¹⁰, nato nel 1913 con la pubblicazione dell'articolo¹¹ *Psychology as the Behaviorist Views it* dello psicologo John B. Watson. Si considera come attinente al comportamentismo, in senso lato, ogni riflessione sulla mente e sulla personalità di un individuo basata sull'osservazione e sull'analisi di caratteristiche e tratti esteriori: dal tono della voce ai gesti, dalle reazioni muscolari della faccia alla sudorazione, dall'arrossire davanti ad una determinata immagine al provare disgusto di fronte ad un'altra. In sostanza, il comportamentismo analizza il comportamento *manifesto* dell'individuo e non si interessa degli eventuali processi fisiologici e biologici che sono a fondamento di tale comportamento¹².

⁹ M. BRIGAGLIA, B. CELANO, *Rivoluzione cognitivistica e teoria del diritto: un programma di ricerca*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 17, 2017, pp. 532-535.

¹⁰ A partire dagli anni Dieci del secolo scorso, il comportamentismo si diffuse non solo nel mondo scientifico ma anche nell'opinione pubblica nord-americana come un modo di fare psicologia concreto, attento più agli effetti che alle cause e quindi molto più consono ad una società sempre più tecnologica, pragmatista ed efficiente. Anche lo sfondo filosofico rispetto a cui si sviluppò era ben diverso da quello che aveva alimentato la prospettiva fenomenologica o psicanalitica che aveva caratterizzato la ricerca psicologica dei decenni precedenti. La fonte filosofica più importante per il comportamentismo fu, infatti, il pragmatismo, rappresentato dai filosofi statunitensi William James (1842-1910), Charles Peirce (1839-1914) e John Dewey (1859-1952). Per approfondimenti: L. MECACCI, *Storia della psicologia del Novecento*, Laterza, Bari-Roma, 2018 (prima edizione 1992).

¹¹ J.B. WATSON, *Psychology as the Behaviorist Views it*, in *Psychological review*, 20, 1913, 2, pp. 158-177.

¹² Il comportamentismo non include il riferimento né ai processi organici (in particolare, quelli cerebrali), né ai processi interni della mente ed al suo funzionamento. La psiche è una ‘scatola nera’ (*black box*) soggetta alle influenze dell’ambiente esterno (i.c.d. stimoli) e produttrice di reazioni relative (le c.d. risposte). Al-

Il *focus* della ricerca comportamentista è, appunto, sulle risposte osservabili e registrabili dall'esterno (risposte motorie, vegetative, verbali) piuttosto che sulla coscienza, intesa nella prospettiva comportamentista come mera dimensione interna della mente non accessibile direttamente. In sintesi, gli psicologi comportamentisti della prima metà del secolo scorso, indicavano nel comportamento la nuova categoria della psicologia, ritenendo superfluo rincorrere entità non osservabili come la coscienza e decretando definitivamente l'inadeguatezza e la soggettività del metodo dell'introspezione.

Il comportamentismo cominciò a entrare in crisi alla fine degli anni Cinquanta a causa delle nuove acquisizioni delle neuroscienze e dello sviluppo della teoria dell'informazione. Il rigido formalismo dei modelli del comportamentismo risultò, infatti, obsoleto alla luce dei nuovi dati empirici delle neuroscienze. Al posto del comportamentismo si impose il cognitivismo, che costituì la principale corrente di ricerca degli anni Sessanta e Settanta. A differenza del comportamentismo, però, il cognitivismo non fu presentato in un manifesto altrettanto decisivo. Quando nel 1967 uscì *Cognitive Psychology*¹³ di Ulric Neisser, infatti, le indagini di orientamento cognitivistico erano già in corso da una decina di anni. Il libro di Neisser divenne, comunque, molto popolare tra le nuove generazioni di psicologi non tanto perché presentasse una prospettiva innovativa ed originale, ma perché esplicitava l'esistenza di un orientamento che di fatto era già seguito da molti ricercatori.

Il cognitivismo si diffuse nel campo della psicologia sperimentale gradualmente e non come un movimento di rottura. La prospettiva cognitivistica comprende una varietà di indirizzi di ricerca che possono essere accomunati da una serie di principi fondamentali. La psicologia cognitivistica studia essenzialmente le strutture e le funzioni del sistema nervoso, nella sua massima complessità, e i pro-

comportamentista interessa la relazione tra gli stimoli e le risposte, relazione che si manifesta, appunto, attraverso il comportamento (L. MECACCI, *Storia della psicologia del Novecento*, cit.).

¹³ U. NEISER, *Cognitive Psychology*, Prentice Hall, New Jersey, 1967.

cessi psichici che controllano l'adattamento dell'organismo all'ambiente e che si sviluppano in relazione al sistema nervoso. Si iniziò a parlare di mente, e non più di psiche, in riferimento all'organizzazione tipica dei processi psichici caratterizzati non tanto dalla produzione di risposte agli stimoli ma da modelli, i c.d. 'modelli mentali'. Questi modelli, che guidano il comportamento attraverso una rappresentazione interna del mondo esterno, sono spesso coscienti e si costruiscono attraverso l'elaborazione dell'informazione¹⁴ esterna e interna.

A partire dalla seconda metà degli anni Settanta ebbe inizio un'opera di revisione autocritica, teorica e metodologica, all'interno del cognitivismo. Neisser stesso riassunse nel 1976 gli aspetti problematici essenziali emersi nella letteratura psicologica cognitivistica¹⁵. In sintesi, egli affermava che il cognitivismo aveva apportato nuovi e importanti contributi alla comprensione dei processi cognitivi, ma allo stesso tempo era degenerato in una moltitudine di esperimenti, spesso privi di effettivo valore euristico, perché relativi a situazioni di laboratorio e, quindi, non riferibili al concreto comportamento umano nella vita quotidiana.

Proprio le critiche al comportamentismo e al cognitivismo contribuirono a dare vita ad un programma di ricerca etichettato genericamente 'scienze cognitive', cioè l'insieme delle discipline che hanno ad oggetto lo studio della cognizione di un sistema pensante, sia esso naturale o artificiale¹⁶. Il nuovo programma interdisci-

¹⁴ Una delle più importanti innovazioni in ambito cognitivistico è l'introduzione di esperimenti di elaborazione dell'informazione anche su macchine non organiche. Il 'principio della simulazione' postula, infatti, che la mente e il calcolatore operino fondandosi su processi e regole simili. Per approfondimenti, si vedano in particolare: D. MARCONI, *Filosofia e scienza cognitiva*, Laterza, Roma, 2001; P. LEGRENZI, *Prima lezione di scienze cognitive*, Laterza, Roma, 2002.

¹⁵ U. NEISSER, *Cognition and reality*, W.H. Freeman and Co., New York, 1976.

¹⁶ W. BECHTEL, P. MANDIK, J. MUNDALE, R.S. STUFFLEBEAM, *Philosophy and the Neurosciences: A Reader*, Blackwell, Malden, 2001; S. DEHAENE, *Consciousness and the Brain Deciphering How the Brain Codes Our Thoughts*, Viking, New York, 2014.

plinare delle scienze cognitive riuscì a fondere in maniera virtuosa le scoperte della psicologia cognitivista sul funzionamento della mente con l'analisi del comportamento e del rapporto stimolo-risposta tipica dell'era comportamentista. Di fondamentale importanza per lo sviluppo delle scienze cognitive fu il lavoro di Herbert Simon, che può essere considerato il ponte tra la psicologia cognitiva e la teoria economica e giuridica.

Herbert Simon, padre delle scienze cognitive e premio Nobel per l'economia nel 1978, aveva iniziato la sua carriera accademica da scienziato politico. Elaborò le sue tesi più rilevanti studiando, per il lavoro dottorale, il funzionamento del Comune di Milwaukee¹⁷. La teorizzazione del concetto di 'razionalità limitata'¹⁸, infatti, deriva dallo studio dell'organizzazione pubblica quale strumento per superare la limitazione cognitiva del singolo decisore umano. Simon aveva riscontrato, infatti, che i capi delle amministrazioni statali e i loro consulenti, quando devono prendere una decisione di politica pubblica, sono a soggetti a una serie di limitazioni: dalla raccolta di informazioni sul tema in oggetto alla rappresentazione e alla elaborazione delle stesse, dalla messa a fuoco delle opzioni disponibili relevanti alla previsione degli effetti di queste nel tempo. Una buona organizzazione, invece, permette di aggirare numerosi ostacoli. Se il decisore pubblico ha, nella sua organizzazione e nel suo *entourage*, tutte le competenze necessarie per calibrare la norma, prevedendo la verosimile reazione psicologica del cittadino a cui essa è rivolta, allora si riusciranno più probabilmente a raggiungere gli obiettivi prefissati. Uno dei limiti fondamentali della razionalità del decisore pubblico, più che le caratteristiche cognitive del soggetto destinatario della norma, è proprio la mancanza di informazioni critiche circa le modalità comportamentali dei consociati nell'ambiente di scelta. La razionalità limitata si può descrivere come un paio di forbici. Consta, infatti, di due parti:

¹⁷ R. VIALE, *Oltre il nudge*, cit., p. 17 ss.

¹⁸ H. SIMON, *A Behavioral Model of Rational Choice*, in *Quarterly Journal of Economics*, 69, 1955, pp. 99-188.

la componente soggettiva è costituita dalle caratteristiche cognitive della mente umana mentre la componente oggettiva è data dalla complessità e incertezza dell’ambiente decisionale¹⁹.

Conoscere le modalità comportamentali del soggetto destinatario della norma significa poter prevedere dei profili di comportamento sufficientemente stabili, che potrebbero essere innescati dal cambiamento dei contesti e degli ambienti di scelta dell’individuo. Partendo da queste informazioni, i *policymaker* sarebbero in grado di produrre norme calibrate e maggiormente comprensibili dai consociati.

In sintesi, la ‘razionalità limitata’ si configura come il concetto secondo cui, durante il processo decisionale, la razionalità di un individuo è, appunto, limitata da vari fattori, riassumibili in tre categorie fondamentali:

- a. le informazioni che possiede rispetto al contesto;
- b. i limiti cognitivi intrisici alla sua mente;
- c. la quantità finita di tempo di cui dispone per prendere una decisione.

La teoria della razionalità limitata postula, infatti, che «le persone possono comprendere solo una quantità limitata di informazioni in un lasso di tempo limitato, e per questo motivo non sempre prendono le decisioni migliori, soprattutto in situazioni complicate»²⁰. In altre parole, le preferenze degli esseri umani sono determinate da cambiamenti nei risultati, rispetto a un certo livello di riferimento.

¹⁹ R. VIALE, *Oltre il nudge*, cit., p. 18.

²⁰ «[...] the theory that people can understand only a limited amount of information within a limited amount of time, and for this reason they do not always make the best decisions, especially in complicated situations» (*Cambridge Dictionary*).

Un’altra puntuale definizione di razionalità limitata è data da Viale: «La razionalità limitata si configura come il concetto secondo cui, durante il processo decisionale, la razionalità di un individuo è limitata da vari fattori, come le informazioni che possiede rispetto al contesto, dai limiti cognitivi della sua mente, dalla quantità finita di tempo di cui dispone per prendere una decisione» (R. VIALE, *Oltre il nudge*, cit., p. 17).

Le variabili che maggiormente influiscono sulla scelta del singolo sono, innanzitutto, il grado di difficoltà del problema da risolvere, le personali capacità cognitive e il tempo disponibile per prendere la decisione. Gli esseri umani, quando si trovano di fronte ad una scelta, difficilmente intraprendono un'analisi costi-benefici prima di optare per una direzione piuttosto che per un'altra. Ciò comporta che non sempre si prenda la decisione 'ottimale'. La teoria della razionalità limitata, quindi, si propone di affrontare la discrepanza tra la presunta razionalità perfetta del comportamento umano, presupposta dalla teoria economica neoclassica, e la realtà effettiva della cognizione umana. In breve, la teoria di Simon rivede le nozioni di razionalità perfetta per tenere conto del fatto che decidere in maniera perfettamente razionale spesso, in pratica, è irrealizzabile, sia a causa di difetti decisionali naturali che a causa delle limitate risorse computazionali disponibili.

1.3. Euristiche e biases: Kahneman e Tversky

Furono proprio gli studi delle scienze cognitive ad aprire la strada al nuovo approccio comportamentale della teoria economica. Gli studi di Simon hanno dato, infatti, il via allo sviluppo del *Programma euristiches e biases*²¹ di Daniel Kahneman, premio Nobel per l'economia nel 2002, e di Amos Tversky. Kahneman e Tversky, fin dai primi anni Settanta, hanno indagato differenti aspetti della cognizione umana, concentrandosi soprattutto su quelli legati ai processi che interessano il giudizio e la decisione nel campo delle scelte. Prendendo come parametro di riferimento il modello classico di razionalità economica, iniziarono a confrontare empiricamente le diverse risposte e *performance* comportamentali di soggetti inseriti in vari contesti ed ambiti di scelta. Grazie a questi esperimenti, Kahneman e Tversky si accorsero dell'esistenza di numerosi errori cogniti-

²¹ *Heuristics and Biases Program*. I risultati di questo programma di ricerca sono illustrati nel libro: D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, Milano, 2012.

vo-sistematici, i c.d. *biases*, che rilevarono soprattutto nel momento del calcolo statistico e probabilistico. Ne scaturì il totale ribaltamento della teoria neoclassica.

I loro studi, infatti, restituivano un’immagine di agente decisore essenzialmente diversa da quella postulata dal modello economico neoclassico. L’individuo della teoria economica neoclassica, infatti, non è umano²²: è un essere idealizzato che nulla ha in comune con gli abitanti del pianeta Terra con tutte le loro contraddizioni, difetti, emozioni e mancanze. Alla luce di questa consapevolezza, negli individui sono stati osservati meccanismi naturali di decisione semplificata, chiamate in ambito accademico ‘euristiche’²³, che sono responsabili di regolari risposte da parte dell’individuo sottoposto a particolari stimoli cognitivi. L’idea centrale del programma di ricerca dei due psicologi israeliani è che, di fronte a domande difficili, le persone ricorrono a scorciatoie semplificatrici denominate, appunto, euristiche. In generale le euristiche (termine greco per ‘trovare, scoprire’) prodotte da un pensiero intuitivo, sono strategie per la soluzione di un problema che vengono adottate a causa dell’eccessiva complessità del problema stesso e guidano a trovare velocemente risposte adeguate. Allo stesso tempo, però, sono spesso influenzate *ab origine* da *bias*, errori di giudizio sistematici e prevedibili, e possono addirittura condurci a svilupparne di nuovi.

²² Sunstein e Thaler definiranno questo essere perfettamente razionale, capace di ragionamento statistico e non *biased*, un ‘Econe’. Il nostro mondo sublunare è però popolato da Umani, *biased* e affetti da errori cognitivi e decisionali, che ogni giorno commettono errori in termini individuali e aggregati.

²³ Si veda R. VIALE, *Oltre il nudge*, cit., p. 34 ss. Si noti per lo psicologo tedesco Gerd Gigerenzer non sempre le euristiche sono viziate da *bias* e portano a decisioni non ottimali. Per Gigerenzer esistono, infatti, anche euristiche ‘buone’: sono tutte quelle strategie ‘*fast and frugal*’ che ci permettono di giungere velocemente ad una conclusione. Secondo lo psicologo tedesco è proprio ignorando una parte di informazioni, piuttosto che considerando tutte le opzioni, che spesso riusciamo ad arrivare ad una scelta ottimale (si veda G. GIGERENZER, M. TODD, *Ecological Rationality: Intelligence in the World*, Oxford University Press, Oxford, 2012). Per approfondimenti circa questa concezione di ‘euristiche virtuose’ rinvio al terzo capitolo di questo libro.

Attraverso metodi di indagine mutuati dal comportamentismo, Nei primi anni dei loro studi Tversky e Kahneman si accorsero che a un dato stimolo corrispondevano certe risposte predefinite ed empiricamente ripetibili. Il programma di ricerca sulle euristiche e sui *bias* si è concentrato su ciò che accomuna le persone più che sulle loro divergenze, al fine di mostrare come i processi che producono errori di giudizio siano comuni ai più. Il *bias* psicologico, infatti sfocia spesso nel c.d. *bias* statistico.

Il *bias* è definito «come una deviazione sistematica del giudizio delle persone rispetto alle risposte corrette»²⁴. Nella quotidianità gli individui sono chiamati continuamente ad utilizzare le proprie facoltà cognitive per prendere delle decisioni. Il processo decisionale, però, è, come già Simon aveva osservato, influenzato da molteplici fattori. Questi fattori sono l'esperienza personale, il contesto culturale e sociale del soggetto, l'insieme delle sue credenze, il giudizio degli altri, le percezioni errate e il pregiudizio. Se, da un lato, questi elementi permettono di prendere delle decisioni in tempi molto brevi, dall'altro possono minarne la validità. Tra i *bias* cognitivi²⁵ più comuni troviamo:

- a. *bias* di conferma, rappresenta la tendenza a cercare conferme alle proprie convinzioni e a rifiutare le evidenze che le contraddicono;
- b. *bias* di gruppo, induce a sopravvalutare le capacità e il valore del proprio gruppo di appartenenza e a considerarne i successi come risultato delle qualità dei membri del gruppo stesso. Questo *bias* spinge ad attribuire i successi di un gruppo estraneo a fattori esterni, del tutto casuali, non insiti nelle qualità delle persone che lo compongono.

²⁴ C. HADJICHRISTIDS, *Euristiche ed errori sistematici nel giudizio*, in *Psicologia del giudizio e della decisione*, a cura di N. BONINI, F. DEL MISSIER, R. RUMIATI, il Mulino, Bologna, 2008, p. 35.

²⁵ C. HADJICHRISTIDS, *Euristiche ed errori sistematici nel giudizio*, cit., pp. 35-54.

- c. il *bias* del senno del poi è la tendenza delle persone, dopo che un evento è già accaduto, a ritenere che lo avrebbero potuto prevedere facilmente;
- d. il *bias* dello *status quo* è una distorsione valutativa dovuta alla resistenza al cambiamento;
- e. il *bias* di omissione è la tendenza sistematica a preferire scelte che comportano l'omissione piuttosto che l'azione;
- f. il *bias* di proiezione è la tendenza a ritenere che gli altri individui pensino come noi. Tale errore cognitivo si ricollega anche al *bias* del falso consenso, che ci induce a ritenere che le persone non solo pensino come noi, ma che siano anche d'accordo con le nostre idee;
- g. il *bias* della negatività comporta un'eccessiva azione nei confronti degli elementi negativi considerati come più importanti e salienti. A causa di questa distorsione cognitiva, tendiamo a dare maggiore peso agli errori, sottovalutando i successi e le competenze acquisite e attribuendo così una valutazione negativa alla nostra prestazione.
- h. il *bias* del pavone è la tendenza a condividere maggiormente i successi rispetto ai fallimenti.

Come già accennato, questi difetti comportamentali producono euristiche del giudizio rapide e intuitive che si esercitano a detrimento delle nostre capacità deliberative più razionali²⁶.

Le euristiche fondamentali²⁷ sono:

1. l'euristica della disponibilità, che consiste nel giudicare la frequenza in una classe o la probabilità di un evento in base alla

²⁶ M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica al paternalismo libertario*, IF Press, Roma, 2018, p. 24.

²⁷ Il termine 'euristica' era già stato sviluppato prima da George Polya e poi da Herbert Simon. Il matematico ungherese aveva introdotto il concetto per rappresentare le scorciatoie mentali utilizzate nella soluzione dei problemi, soprattutto matematici. Lo stesso Simon aveva applicato il concetto di euristica a quello di razionalità limitata nel *problem solving*.

Per una ricognizione esaustiva delle euristiche si veda in particolare: A. PLEBE, P. EMANUELE, *L'euristica. Come nasce una filosofia*, Laterza, Roma, 1991; C. HADJICHRISTIDS, *Euristiche ed errori sistematici nel giudizio*, cit., pp. 35-54.

facilità con la quale esemplari o casi possono venire in mente. Il termine disponibilità viene utilizzato in riferimento sia alla facilità con cui si recuperano i casi dalla memoria, sia alla facilità nella costruzione o immaginazione degli stessi. Nelle stime di frequenza dovute all'euristica della disponibilità sono emersi dei dati a sostegno dell'ipotesi secondo la quale la probabilità degli eventi più facili da immaginare è sovrastimata, mentre la probabilità degli eventi più difficili da visualizzare è sottostimata. Ad esempio, Nisbett e Ross²⁸ hanno dimostrato che se si chiede ad un gruppo di disoccupati di stimare la percentuale di persone senza lavoro, questi tendono a sovrastimare il dato, mentre se il quesito è posto a persone occupate la stima diminuisce drasticamente. La risposta differente è facilmente spiegabile: i disoccupati hanno in mente la propria situazione e, quindi, la ritengono più probabile. Ciò avviene anche nel caso degli occupati, che, pertanto, sono inclini a sovrastimare il numero delle persone che come loro hanno un lavoro²⁹. Questo tipo di euristica opera anche nei casi in cui le decisioni sono condizionate dalla ‘salienza’ degli eventi. Questo perché gli esempi più salienti sono meglio codificati nella memoria e, quindi, maggiormente disponibili nel momento della costruzione del giudizio.

2. L'euristica della rappresentatività, che «prevede che si giudichi la probabilità o la frequenza sulla base della similarità»³⁰. Questa euristica spiega, ad esempio, perché gli individui nel valutare la probabilità che un soggetto svolga una certa professione si fanno influenzare più dalla rispondenza allo stereotipo di quella professione che da un dato prettamente probabilistico. L'euristica della rappresentatività è una strategia di ragionamento naturale che alcune volte, però, impedisce

²⁸ C. HADJICHRISTIDS, *Euristiche ed errori sistematici nel giudizio*, cit., pp. 35-54.

²⁹ C. BONA, *Sentenze imperfette*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 176.

³⁰ C. HADJICHRISTIDS, *Euristiche ed errori sistematici nel giudizio*, cit., pp. 42-44.

sia di considerare tutte le informazioni davvero rilevanti, sia di ragionare correttamente. Tale deviazione dal giudizio razionale influenza anche i ragionamenti e le scelte dei principali attori in ambito giuridico. Ad esempio, nel caso in cui si deve valutare la probabilità che l'imputato di un processo sia colpevole, giudici e giurati potrebbero lasciarsi influenzare più dal suo comportamento, qualora si mostrasse nervoso, sudato, a disagio, che dalla probabilità concreta che sia davvero colpevole.

3. L'euristica dell'ancoraggio e dell'aggiustamento, che viene definita come un processo mediante il quale «le persone formulano delle stime partendo da un valore iniziale che viene successivamente aggiustato per produrre una risposta finale»³¹. Questa euristica è utilizzata nel momento in cui occorre emettere dei giudizi a partire da informazioni dubbie e ambigue, cercando, quindi, dei punti di riferimento a cui ancorarsi. Questi punti di riferimento verranno in un secondo momento corretti sulla base delle informazioni raccolte. Tale euristica si divide in due fasi. Nella prima fase, viene generato un giudizio preliminare, oppure viene recuperato un giudizio precedentemente formulato, a partire da un mero valore ipotetico, ossia l'ancora. Nella seconda fase, poi, viene aggiustata la stima effettuata nel primo stadio facendo ricorso ad informazioni suppletive. Il valore iniziale può essere suggerito dalla formulazione stessa del problema oppure le ancore possono essere ‘autogenerate’: come quando ci viene domandata la data di nascita di un personaggio storico e noi cerchiamo di indovinarla ancorandoci a qualche data che ricordiamo di episodi storici relativi al periodo in cui ha vissuto.

Dopo aver analizzato il momento di formazione del giudizio, i due psicologi israeliani si concentrarono su quello della decisione. Una serie di risultati empirici avrebbe portato Kahneman e Tversky

³¹ C. HADJICHRISTIDS, *Euristiche ed errori sistematici nel giudizio*, cit., p. 44.

a elaborare la più importante teoria economica alternativa alla teoria dell'utilità: la ‘teoria del prospetto’.

La ‘teoria del prospetto’³² si pone l’obiettivo di spiegare quali sono le modificazioni dei processi decisionali quando si viene a contatto con situazioni ritenute rischiose. In parole poche, la teoria del prospetto spiega in che modo decidiamo in situazioni di rischio nella vita quotidiana. Kahneman e Tversky osservarono che le persone tendono ad avere una diversa propensione al rischio rispetto alle condizioni di contesto. In condizioni di perdita, per esempio dopo una lunga serie di puntate negative alla *roulette*, tentano il tutto per tutto rischiando ovviamente moltissimo. Capita il contrario se si trovano in una situazione di guadagno. Tale maggiore o minore propensione al rischio può essere manipolata cambiando la cornice con cui si presentano i problemi: modificando il c.d. *framing*. I due psicologi capirono anche che è un grosso errore pensare all’utilità del denaro legata a un livello assoluto. Ciò che conta veramente, infatti, è il cambiamento di stato rispetto a un punto di riferimento che può variare nel tempo e a seconda delle condizioni specifiche. Per esempio, 1.000 euro non hanno un valore assoluto per chiunque di noi: è ovvio che se stiamo guadagnando 1.000 euro al mese quella cifra ha un valore diverso che se stessimo guadagnando 10.000 euro al mese o 100.000 euro al mese. E ancora, se troviamo 1.000 euro per strada questi denari hanno per noi un valore diverso che se li guadagniamo come premio aziendale. Un’altra importante evidenza riscontrata in quel periodo di studi fu la asimmetria tra perdite guadagni. Noi tutti abbiamo avversione alle perdite, cioè ci rammarichiamo molto di perdere e di prevedere perdite. Il dato empirico interessante, però, è che se perdiamo 100 euro non ci accontentiamo di riavere 100 euro: per compensare il disagio psicologico della perdita abbiamo bisogno di più, almeno il doppio.

³² D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, *Prospect Theory. An Analysis of Decision under Risk*, in *Econometrica*, 47, 1979, 2, pp. 263-291. Per una spiegazione sintetica della funzione di valore della teoria del prospetto, si veda R. VIALE, *Oltre il nudge*, cit., pp. 40-41.

Gli studi di Kahneman e Tversky su euristiche, *bias* e teoria del prospetto sono espressi all'interno della ‘cornice teorica del doppio processo’ (dual process theories)³³, che sostiene una duplicità del pensiero umana, una delle quali risponde all'intuito e una dedita al ragionamento. La tesi della duplicità della mente umana è introdotta da Daniel Kahneman nel suo *Thinking, Fast and Slow*³⁴, pubblicato nel 2011. Il saggio riassume decenni di studi sul funzionamento della mente, stimolata da differenti *input*.

Il premio Nobel utilizza la fotografia³⁵ di una donna la cui espressione facciale esprime rabbia e turbamento per illustrare la sua teoria: secondo Kahneman, ognuno di noi, di fronte a tale immagine reagisce in modo istintivo, istantaneo ed automatico. Chiunque, infatti, può affermare con certezza che la donna in questione è, probabilmente, arrabbiata o comunque in uno stato di turbamento. L'istinto, l'intuito e l'esperienza ci suggeriscono questa conclusione. Diversamente, di fronte a un calcolo come 17×24 , non è possibile rispondere d'istinto: serve tempo per ragionare e trovare il risultato, sostituendo la rapidità intuitiva con la lentezza del pensiero analitico: la velocità e l'immediatezza con le quali è stata data risposta all'immagine ora devono lasciare spazio alla certezza e alla lentezza di un calcolo matematico.

È con questi esempi, diventati iconici, che Kahneman introduce l'idea della coesistenza di due differenti sistemi di pensiero. Nella nostra mente, infatti, convivono due sistemi: il Sistema 1, emotivo e intuitivo, che funziona in modo automatico e non risponde ad alcun controllo volontario, e il Sistema 2, riflessivo e calcolatore, che si occupa di concentrare l'attenzione sulle attività mentali impegnative. È al Sistema 1 che dobbiamo la rapidità nella risposta all'immagine della donna arrabbiata: esso è «veloce, parallelo, automati-

³³ R. VIALE, *Oltre il nudge*, cit., p. 48.

³⁴ Traduzione italiana: D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, cit.

³⁵ Questa specifica immagine e l'esempio del calcolo sono utilizzati da Viale per spiegare il funzionamento del Sistema 1 e del Sistema 2 (R. VIALE, *Oltre il nudge*, cit., p. 81 ss.).

co, senza sforzo, associativo e con un lento apprendimento»³⁶. Il Sistema 2, al quale dobbiamo fare affidamento per risolvere il calcolo matematico, invece, è «lento, sequenziale, controllato, richiedente sforzo, governato da regole e flessibile»³⁷. I due sistemi sono presentati come due entità distinte che cercano di coesistere e collaborare, ciascuna con le proprie funzioni. Entrambi i sistemi hanno capacità peculiari ma anche limiti e difetti, che non sempre rendono possibile ed efficiente la loro collaborazione. In questa coesistenza ognuno dei due sistemi è specializzato in un determinato settore, nel quale l'altro non ha competenza, anche se esistono momenti di lavoro e interazione più o meno complessi.

Le capacità del Sistema 1 esprimono il nostro lato animale e comprendono abilità innate necessarie per restituirci la percezione del mondo che ci circonda, per farci evitare pericoli attirando la nostra attenzione su un particolare fenomeno, per riconoscere persone ed oggetti. Altre capacità di questo tipo, ma non definibili come innate, possono comunque essere acquisite e divenire rapide ed automatiche attraverso la pratica e lo studio, anche se tale procedimento richiede una grande quantità di tempo ed energia³⁸. Tali capacità sono, ad esempio, leggere e comprendere le sfumature sociali attorno a noi: attività che diamo per scontate, ma solo perché la nostra conoscenza è immagazzinata nella memoria, che è accessibile, proprio grazie al Sistema 1, senza sforzo e in maniera involontaria³⁹.

³⁶ R. VIALE, *Oltre il nudge*, cit., p. 82.

³⁷ R. VIALE, *Oltre il nudge*, cit., p. 82.

³⁸ C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, Yale University Press, New Haven, 2008, p. 21.

³⁹ Non si può, infatti, fare a meno di capire frasi semplici pronunciate nella propria lingua madre, né si può evitare di allarmarsi allo scatenarsi di un rumore improvviso, né si può ignorare di sapere che il risultato di $2+2 = 4$. Il ‘Sistema Automatico’ apprende queste associazioni di idee e le rende nostre, generando risposte immediate a schemi complessi, che solo il Sistema 2, però, è in grado di riordinare. Alcune di queste attività automatiche possono essere suscettibili di un controllo volontario, anche se di norma vengono eseguite involontariamente, come, ad esempio, la masticazione (D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, cit., p. 20 ss.).

Il Sistema 2 ha, poi, la capacità di modificare il modo in cui funziona il Sistema 1, riprogrammandone le funzioni relative alla memoria e all'attenzione. Il controllo dell'attenzione, infatti, è condiviso dai due sistemi e ciò spesso crea dei conflitti perché disponiamo di un budget limitato di attenzione⁴⁰. Proprio per questo motivo risulta difficile compiere più azioni o più attività complesse contemporaneamente. La nostra innata consapevolezza di tale limitata capacità di attenzione ci porta, ad esempio, a non disturbare il guidatore in un momento cruciale di manovre nel traffico, perché consci che gran parte delle risorse della sua attenzione saranno rivolte alla gestione del pericolo⁴¹. Serve concentrazione e allenamento per riuscire a utilizzare l'attenzione a nostra disposizione, dosandola in maniera equa, contemporaneamente in entrambi i Sistemi. Come può essere svantaggioso riservare al solo Sistema 1 la maggior parte della nostra attenzione, allo stesso tempo rischia di risultare pericoloso destinarla solamente al Sistema 2, perché ci porterebbe a non rispondere agli stimoli dell'ambiente esterno, esponendoci persino a pericoli concreti e attuali⁴².

Entrambi i Sistemi sono costantemente attivi mentre siamo svegli. Il Sistema 1 funziona automaticamente pronto a reagire a qualsiasi stimolo, mentre il Sistema 2 è in ‘modalità risparmio’, ma pur sempre pronto a correre in soccorso del Sistema 1. In questo rapporto simbiotico, il Sistema 1 genera in maniera continua e costante vari suggerimenti indirizzati al Sistema 2 sotto forma di impressioni, intuizioni, emozioni e sentimenti. Dopo il vaglio del sistema controllore, questo flusso di dati intuitivi ed emozionali viene tradotto in azioni volontarie. In situazioni di tranquillità e assenza di pericoli, il Sistema Riflessivo adotta questi suggerimenti senza necessità di modificarne il contenuto. In caso contrario, al sopravvenire di difficoltà, il Sistema Automatico chiede aiuto a quello

⁴⁰ D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, cit., p. 20 ss.

⁴¹ D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, cit., p. 20 ss.

⁴² Si pensi, banalmente, a quando si cammina per la strada leggendo un giornale o guardando lo *smartphone*, rischiando di urtare gli altri passanti perché troppo concentrati nella lettura (attività governata dal Sistema 2).

Riflessivo perché elabori un'analisi più dettagliata della situazione in modo da trovare una soluzione ragionata al problema.

In sintesi, la maggior parte dei pensieri che formuliamo è generato dal Sistema 1, ma il Sistema 2 prende il controllo nei momenti di difficoltà o che richiedono maggior ragionamento. In linea teorica, questa divisione dei lavori è altamente efficiente: riduce al minimo lo sforzo ed ottimizza le prestazioni. Tuttavia, il Sistema 1 presenta vari pregiudizi ed è incline a commettere errori sistematici, riscontrabili in quei *biases* di cui lo stesso Kahneman e Tversky parlano nel loro programma comune di studio e ricerca. Inoltre, il fatto che il Sistema 1, impulsivo, incontrollato e spontaneo, non può essere mai disattivato aggrava questa tendenza all'errore.

2. *Umani vs Econi: la teoria del nudge di Sunstein e Thaler*

2.1. *Una spinta 'gentile'*

La teoria della razionalità limitata di Simon e i lavori di Kahneman e Tversky creano i presupposti teorici della ‘spinta gentile’. Negli ultimi decenni il panorama accademico delle scienze giuridiche e socioeconomiche ha assistito all’affermazione di una sempre più pervasiva applicazione di alcune delle scoperte delle *behavioral economics*, basate su una teoria della cognizione umana che rivaluterebbe, sconvolgendola, la più celebre e consolidata teoria neoclassica della razionalità umana. Come è emerso dai paragrafi precedenti, l’economia comportamentale postula una teoria della razionalità limitata dell’uomo⁴³, che presuppone un modello di agente decisore non in grado di ottimizzare l’efficacia delle sue scelte al fine di raggiungere il massimo benessere per sé: un individuo vittima di una serie di *biases* ed errori cognitivo-sistematici che limitano la sua capacità di ragionamento e di scelta, inducendolo spesso a cadere in trappole cognitive. È proprio in questo *milieu* che trova terreno fer-

⁴³ H. SIMON, *A Behavioral Model of Rational Choice*, cit., pp. 99-188.

tile e si sviluppa la teoria del *nudge*⁴⁴, tecnica di governo non coercitiva, il cui obiettivo è guidare le scelte degli individui e migliorarne le condizioni di vita con l'ausilio di metodi di influenza del comportamento, che, però, non pregiudichino totalmente la libertà decisionale. Secondo Sunstein e Thaler, padri della teoria del *nudge*, fare *nudging* comporta realizzare una serie di atti che, attraverso i c.d. ‘pungoli’, mantengono la libertà di scelta nel momento stesso in cui guidano le decisioni delle persone nella giusta direzione (secondo l’apprezzamento di quelle stesse persone)⁴⁵. Con piccoli e mirati interventi, sostenuti da una base empirica presa in prestito dall’economia comportamentale, il *nudging* mira a raggiungere risultati di grande impatto, fungendo da strumento utile sia per gli operatori pubblici, quali *policy maker* e funzionari, che per quelli privati, in vari ambiti socioeconomici e giuridici.

La teoria dei *nudge* è fortemente legata al concetto di paternalismo «libertario»⁴⁶, una forma di paternalismo «relativamente tenue, indulgente e poco invadente, perché le scelte non vengono bloccate, impedisce o rese eccessivamente onerose»⁴⁷, che si propone, quindi, di rendere compatibili libertà individuale e, appunto, paternalismo. Nei prossimi paragrafi intendo affrontare una disamina rico-

⁴⁴ Il termine è stato coniato ed utilizzato da Sunstein e Thaler in molte delle loro pubblicazioni, tra le quali: C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, in *University of Chicago Law Review*, 70, 2003, 4, pp. 1159-1202; C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, cit. (tr. it. *Nudge. La spinta gentile*, Feltrinelli, Milano, 2009); C.R. SUNSTEIN, *Simpler. The Future of Government*, Simon & Schuster, New York, 2013 (tr. it. *Semplice. L’arte del governo nel terzo millennio*, Feltrinelli, Milano, 2014); C.R. SUNSTEIN, *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, Yale University Press, New Haven, 2014 (tr. it. *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*, Università Bocconi Editore, Milano, 2015).

⁴⁵ C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Nudge. La spinta gentile*, cit., p. 11.

⁴⁶ R.H. THALER e C.R. SUNSTEIN scrivono in *Nudge. La spinta gentile*, cit., p. 11: «L’aggettivo *libertario*, usato come attributo di *paternalismo*, vuol dire semplicemente “che preserva la libertà”». La traduzione non è del tutto corretta, in quanto nell’accezione statunitense ‘*libertarianism*’ assume un significato che nella cultura giuridica europea si può definire come ‘*liberalismo liberista*’.

⁴⁷ C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, cit., p. 5.

gnitiva della teoria dei *nudge* e dei suoi presupposti concettuali. Approfondirò, poi, nel terzo capitolo, il rapporto tra *nudge* e diritto, senza tralasciare le critiche più significative al concetto di paternalismo libertario, proponendomi, altresì, di sottolineare l'importanza dell'accettazione, da parte del legislatore liberale e degli operatori del diritto in genere, del cambiamento del modello del soggetto destinatario della norma. Presupporre il soggetto decisore affetto da *bias* e difetti di ragionamento, e, di conseguenza, abbandonare, almeno in parte, il modello liberale tradizionale, in cui il destinatario della norma è un individuo razionale e libero di scegliere il meglio per sé, porterebbe a innumerevoli vantaggi, per la collettività e per il singolo individuo. Secondo Sunstein e Thaler, infatti, gli umani hanno bisogno di essere ‘pungolati’ quando affrontano decisioni difficili e necessitano di un aiuto esterno, quando si trovano davanti a situazioni che non forniscono riscontri (*feedback*) adeguati e quando, a causa di carenza di informazioni, non hanno la capacità di analizzare correttamente gli stimoli provenienti dall’ambiente circostante. Questo aiuto può arrivare proprio dal *nudging* e dalla sua azione di spinta gentile. È fondamentale, però, che il *nudge* non sia coercitivo. L’individuo stimolato da questo genere di tecniche rimane libero di non lasciarsi influenzare nella sua scelta. Un *nudge*, infatti, per essere definito tale, deve poter essere, all’occorrenza, evitato facilmente dal soggetto, poiché non vuole essere un’imposizione, ma appunto un pungolo⁴⁸.

L’obiettivo a cui Sunstein e Thaler aspirano è quello di fornire, ad operatori pubblici e privati, validi strumenti che, da un lato, risolvano problematiche collettive che affliggono l’intera società, e che, dall’altro, migliorino la vita dei singoli individui, guidandoli attraverso l’intricato dedalo delle trappole cognitive. Lo strumento del *nudge* diventa un mezzo per dare nuova linfa alle politiche pubbliche, dopo i ripetuti fallimenti di mercato e delle riforme sociali degli ultimi decenni. Secondo Sunstein e Thaler, infatti, la pesan-

⁴⁸ C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, cit., p. 5.

tezza burocratica e la scarsa preparazione scientifica che affliggono le amministrazioni, in particolare la mancanza di conoscenza del funzionamento della mente umana, minano l'efficienza e l'efficacia dell'azione statale stessa⁴⁹.

Negli ultimi decenni, diverse amministrazioni hanno adottato il principio della semplificazione promosso da Sunstein. Negli Stati Uniti e nel Regno Unito, in particolare, sono state create *task force* specifiche, le cosiddette *Nudge Units*, per studiare e applicare il *nudging* alle politiche pubbliche. Tra le esperienze più significative spiccano l'OIRA (*Office of Information and Regulatory Affairs*), istituita dall'ex presidente statunitense Barack Obama e diretta dallo stesso Sunstein dal 2009 al 2012, e il *Behavioral Insights Team*⁵⁰ del primo ministro britannico David Cameron, programma nato per valutare proprio empiricamente l'efficacia delle spinte gentili sulla popolazione. Questi gruppi hanno applicato le teorie dell'economia comportamentale in molti ambiti: la lotta al fumo e all'abuso di alcol e droghe, la promozione del risparmio energetico, la protezione dei consumatori dai rischi del mercato, ad esempio. Sunstein, grazie alla sua esperienza diretta, descrive ampiamente nelle sue opere le iniziative realizzate sotto l'amministrazione Obama, soffermandosi sui provvedimenti e i processi decisionali a cui ha partecipato, in particolare nei settori previdenziale ed economico⁵¹. La strategia seguita si basava sull'analisi costi-benefici per ridurre i costi di regolazione, risolvere i fallimenti del mercato e soddisfare le esigenze dei cittadini.

Questa esperienza ha portato Sunstein a sostenere con ancor più convinzione un percorso di semplificazione per le istituzioni pubbliche che ha quasi l'aspetto di una vera e propria campagna di *dere-*

⁴⁹ C.R. SUNSTEIN, *Simpler. The future of Government*, cit.

⁵⁰ Si veda www.behaviouralinsights.co.uk/.

⁵¹ Sull'azione regolatrice durante la prima fase dell'amministrazione Obama si vedano C.R. SUNSTEIN, *Simpler: The Future of Government*, cit.; e C.R. SUNSTEIN, *Empirically Informed Regulation*, in *University of Chicago Law Review*, 78, 1349, 2011.

gulation. Sunstein, però, non sostiene il totale abbandono della regolazione, ma solo di certi tipi.

Questa è la tesi fondamentale: il governo perde troppo tempo a dire ai cittadini che cosa devono fare esattamente e come esattamente devono farlo. Emano regolamenti altamente prescrittivi e minuziosissimi per scuole, insegnanti, ospedali, datori di lavoro, invece di delineare il fine generale e di lasciare che i cittadini usino creatività e spirito di iniziativa per raggiungerlo. In sintesi: meno regole e più senso comune⁵².

Traendo fondamento dalla psicologia cognitiva e dall'economia comportamentale, Sunstein, infatti, evidenzia come gli individui, in molti aspetti della vita, «prendono cattive decisioni: decisioni che non avrebbero preso se avessero prestato piena attenzione e se avessero posseduto informazioni complete, capacità cognitive illimitate e totale autocontrollo»⁵³.

Secondo la teoria del *nudge*, il soggetto decisore è un soggetto impreparato e vulnerabile di fronte alle sfide quotidiane, un *Umano* incline a errori di valutazione, giudizio e volontà, influenzato da *bias* cognitivi che ne compromettono la razionalità. La teoria economica neoclassica, invece, ha sempre rifiutato ogni forma di paternalismo, affermando che l'individuo è il miglior giudice dei propri interessi. Questo approccio sostiene che lo Stato o altri soggetti terzi non debbano interferire nelle scelte personali con interventi invasivi, ma limitarsi a fornire un ampio ventaglio di opzioni, lasciando che ciascuno decida autonomamente ciò che è meglio per sé. Il soggetto decisore sarebbe, infatti, come un «fascio di preferenze ordinate»⁵⁴, che, qualunque sia il vincolo esterno, massimizzerà sempre l'utilità delle proprie scelte.

⁵² C.R. SUNSTEIN, *Simpler. The future of Government*, cit.

⁵³ C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, cit., p. 5.

⁵⁴ S. BRACALETI, *La teoria della scelta razionale. Applicazioni e problematiche*, in *Consecutio temporum*, 2017, 2.

Secondo Sunstein e Thaler, dunque, gli assunti della ‘teoria della scelta razionale’ poggerebbero su «un falso presupposto e due malintesi»⁵⁵ che ne minerebbero le fondamenta. Sunstein ritiene falso il presupposto che tutti gli individui possano compiere le scelte migliori nel loro miglior interesse: in realtà, si possono compiere buone scelte solo in contesti conosciuti, nei quali ci riesca ad orientare con sicurezza, dei quali si ha esperienza o, perlomeno, in quelli sui quali si possiedono informazioni chiare e *feedback*. In ambiti in cui si hanno *deficit* di conoscenza e di preparazione è sufficientemente prevedibile che non si possa raggiungere un risultato ottimale. Sunstein, poi, critica fortemente il presupposto fondamentale di qualsiasi teoria anti-paternalista, sostenendo che, anche volendo, è impossibile per le istituzioni, i *policymaker* o gli agenti privati evitare di influenzare le persone e le loro scelte individuali mantenendosi neutrali nella loro azione di governo o di regolazione. Questo perché tali agenti, pubblici o privati che siano, saranno costretti a propendere per una decisione di qualche tipo e pungoleranno verso una certa direzione o verso un’altra, che inevitabilmente influenzerà il comportamento dei consociati.

Il famoso esempio della *Cafeteria*⁵⁶ è particolarmente utile per illustrare la teoria di Sunstein e Thaler. Immaginiamo un direttore, o una direttrice, di mensa consapevole che l’ordine in cui vengono presentati i cibi agli studenti può influenzarne le scelte. Tra le strategie disponibili, quella ottimale, l’opzione 1, consiste nel disporre gli alimenti in modo tale da massimizzare il benessere degli alunni, evitando di lasciare spazio al caso o alla neutralità, poiché una mancanza di intervento potrebbe rivelarsi controproducente e aumentare le disuguaglianze tra gli studenti. Questa scelta, pur essendo paternalistica, è ritenuta preferibile: infatti, l’opzione 2, che si affida al caso, e l’opzione 3, che tenta di ricostruire un ordine di preferenze

⁵⁵ C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, cit.

⁵⁶ C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Libertarian Paternalism*, in *American Economic Review*, 93, 2003, 2, p. 175. Il termine ‘*Cafeteria*’ nella traduzione italiana è stato tradotto come ‘mensa scolastica’.

basato sui gusti della maggioranza, non fornirebbero garanzie di migliorare realmente le scelte. Se si può contribuire a incrementare il benessere degli alunni, perché non farlo? Per Sunstein, le alternative appaiono poco auspicabili, poiché ‘il giudizio del caso’ o ‘la preferenza della maggioranza’ non necessariamente producono decisioni migliori. Inoltre, Sunstein e Thaler vogliono sfatare l’idea che il paternalismo sia sempre legato alla coercizione. Sunstein critica la narrazione secondo la quale il paternalismo non possa fare a meno di imporre obblighi o divieti e propone invece un’alternativa: il paternalismo libertario, un concetto fondamentale nella teoria del *nudge*. Questo tipo di paternalismo, definito *soft*, si propone di correggere le scelte irrazionali dei cittadini, pur salvaguardandone la libertà di scelta. Attraverso interventi di *nudging*, il paternalismo libertario intende migliorare le condizioni di vita degli individui, ma sempre rispettando la loro autonomia. L’obiettivo è «alterare il comportamento degli individui in maniera prevedibile, senza proibire alcuna opzione o modificare in maniera significativa gli incentivi»⁵⁷. Questa forma di paternalismo si contrappone al paternalismo coercitivo tradizionale, detto *hard*, che invece limita le libertà individuali attraverso obblighi e divieti. Il paternalismo libertario, al contrario, guida i cittadini verso decisioni più razionali e vantaggiose senza ricorrere a imposizioni, ma intervenendo solo dove necessario per ridurre l’impatto dei *bias* cognitivi e delle scelte irrazionali.

Come mostra l’esempio della mensa scolastica, l’ordine con cui vengono presentati gli alimenti non obbliga nessuno a scegliere i cibi sani né impone costi significativi a chi voglia evitarli. Tuttavia, il ruolo del *nudger*, l’architetto delle scelte – in questo caso il direttore della mensa – consiste nel migliorare l’ambiente in cui gli individui si trovano a prendere decisioni. Per Sunstein e Thaler, il paternalismo è accettabile solo se mira a incrementare il benessere delle persone e rimane ‘libertario’, poiché «gli individui dovrebbero essere liberi di fare come credono, e, se lo desiderano, di non partecipi-

⁵⁷ C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, cit., p. 6.

pare a situazioni che considerano spiacevoli»⁵⁸. Inoltre, questo tipo di paternalismo «deve dare l'ultima parola al risultato dei processi deliberativi e consapevoli del cittadino, che può sempre opporsi alla "spinta"»⁵⁹.

Tuttavia, il concetto di 'paternalismo libertario' ha suscitato numerose critiche⁶⁰, proprio per l'apparente oxymoro che lo caratterizza. Come può il paternalismo essere, al contempo, libertario? I libertari sostengono un'assoluta libertà di scelta e rifuggono ogni forma di controllo paternalistico, mentre i paternalisti tendono a dubitare della totale capacità decisionale degli individui e a guardare con sospetto l'approccio libertario.

Sunstein, consapevole di queste divergenze, cerca di riscattare il termine paternalismo dall'accezione negativa con cui è comunemente inteso. Il suo obiettivo è ridefinirlo, attribuendogli un significato più sfumato e positivo. Secondo Sunstein, infatti, tra la coercizione pura e la totale inazione delle istituzioni pubbliche esiste un'ampia gamma di possibilità in cui il *nudging* può operare. L'elemento cruciale, a suo parere, è che gli effetti sulle scelte individuali sono spesso inevitabili. Egli sostiene che anche chi adotta un approccio rigidamente libertario non può ignorare la necessità di interventi paternalistici in determinati contesti. In alcune situazioni, come quelle in cui è necessario tutelare diritti fondamentali, può risultare indispensabile eliminare del tutto la possibilità di scelta. Tuttavia, Sunstein sottolinea che ogni intervento paternalistico dovrebbe essere *science-based*, ovvero basato su solide evidenze empiri-

⁵⁸ C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, cit., p. 5

⁵⁹ R. VIALE, *Oltre il nudge*, cit., p. 24.

⁶⁰ Si vedano, ad esempio, D.M. HAUSMAN, B. WELCHT, *To Nudge or Not to Nudge*, in *The Journal of Political Philosophy*, 18, 2010, 1, pp. 123-36; V.P. VEETIL, *Libertarian paternalism is an oxymoron: an essay in defence of liberty*, Springer Science+Business Media, LLC, 2010; A. DESAI, *Libertarian Paternalism, Externalities, and the Spirit of Liberty: How Thaler and Sunstein Are Nudging Us toward an Overlapping Consensus*, in *Law & Social Inquiry*, 36, 2011, 1, pp. 263-295; R. REBONATO, *A Critical Assessment of Libertarian Paternalism*, Oxford University, OCIAM, Edinburgh University, School of Social and Political Studies, 2014.

che. Attraverso studi sul comportamento umano, infatti, è possibile analizzare come le persone reagiscono a stimoli diversi – ad esempio una norma o una sanzione – e prevedere le loro risposte, così da elaborare soluzioni più efficaci e mirate. Per i sostenitori del *nudge*, la totale opposizione al paternalismo è impraticabile. In ogni processo decisionale, sia pubblico che privato, infatti, è impossibile evitare del tutto un impatto sulle scelte individuali. Le istituzioni o i soggetti responsabili delle decisioni influenzano inevitabilmente i comportamenti dei cittadini, anche solo stabilendo le regole del contesto in cui avvengono le scelte⁶¹. Pertanto, l'idea di neutralità totale nella pianificazione delle decisioni è un'illusione che non trova riscontro nella realtà.

Poiché gli individui commettono errori cognitivi ricorrenti che influenzano le loro decisioni, limitarsi a fornire informazioni non è sufficiente per garantire scelte autonome e ottimali. Il modo in cui i dati vengono presentati incide profondamente sulle risposte dei cittadini, rendendo impossibile una comunicazione realmente neutrale. Anche la semplice struttura del messaggio può condizionare in modo significativo le decisioni⁶². Per questo motivo, è essenziale un'attenta analisi preliminare e una comunicazione ben studiata, affinché le informazioni siano realmente efficaci e non finiscano per generare effetti indesiderati o controproducenti, come concludono Sunstein e Thaler:

E nella misura in cui coloro che progettano strategie informative tengono conto di come le persone pensano e stanno tentando di indirizzare le persone in direzioni desiderabili, i loro sforzi avranno inevitabilmente una dimensione paternalistica⁶³.

⁶¹ C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, cit., p. 1183.

⁶² S. BENARTZI, R.H. THALER, *Risk Aversion or Myopia? Choices in Repeated Gambles and Retirement Investments*, in *Management Science*, 45, 1999, pp. 364-375.

⁶³ C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, cit., p. 1184.

2.2. L'antropologia sottesa alla teoria del nudge

La teoria economica tradizionale postula l'esistenza di un *Homo oeconomicus*, un soggetto razionale e logico, dalla grande forza di volontà, che sa come ottenere ed elaborare efficacemente le informazioni derivanti dall'ambiente che lo circonda, ha preferenze ben definite e sa come riconoscerle, discernendo quali alternative possono massimizzare il suo benessere grazie ad innate capacità di ragionamento logico e razionale. Queste caratteristiche lo rendono infallibile nel compiere delle scelte. Come già accennato, soggetti con tali qualità vengono definiti da Sunstein *Econs*⁶⁴: creature ideali estranee al nostro mondo che nulla hanno a che vedere con noi, fallibili e impulsivi, Umani. Gli Econi provengono dal pianeta *Econworld*⁶⁵, un mondo ideale in cui gli individui utilizzano solo il Sistema 2, evitando così *biases* e trappole cognitive. A differenza degli Econi, gli Umani, invece, errano in modo prevedibile⁶⁶. I pungoli possono, quindi, incidere in maniera significativa solo sul comportamento degli Umani e vengono, invece, ignorati dagli Econi⁶⁷, proprio perché questi non sono soggetti ai limiti cognitivi che tipicamente affliggono l'uomo. In un mondo dominato dalla razionalità e dall'assenza di errori cognitivi, non ci sarebbe, dunque, spazio né per il *nudge* né per il paternalismo libertario.

Le evidenze delle *behavioral economics* degli ultimi decenni, ampiamente accolte dai teorici del *nudge* e fondamento della loro dottrina, mostrano, però, che non viviamo in un mondo popolato da individui perfettamente razionali. La nostra società è composta da esseri umani che commettono errori di previsione, di pianificazione e che spesso affrontano difficoltà di autocontrollo.

⁶⁴ Termine coniato da Sunstein ed utilizzato in gran parte delle sue opere.

⁶⁵ È il mondo immaginario in cui Sunstein colloca gli Econi.

⁶⁶ C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, cit., p. 7.

⁶⁷ C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, cit., p. 8.

Come più volte ricordato, Thaler e Sunstein si contrappongono apertamente alla concezione neoclassica del comportamento razionale. L'economia comportamentale ha dimostrato, infatti, che le decisioni e i comportamenti umani sono caratterizzati da una razionalità limitata (*bounded rationality*). Se il mercato, in condizioni ideali, può correggere autonomamente comportamenti scorretti grazie alla concorrenza, nella realtà gli incentivi spontanei non sempre sono sufficienti a contrastare pratiche dannose per i consumatori. Le aziende che evitano di sfruttare i *bias cognitivi* rischiano, infatti, di soccombere di fronte a concorrenti più spregiudicati, capaci di manipolare le decisioni dei clienti a proprio vantaggio. Divenuta, quindi, essenziale per gli attori economici comprendere le dinamiche dell'economia comportamentale, non solo per difendersi da strategie scorrette, ma anche per gestire in modo etico ed efficace i limiti della razionalità umana. Un utilizzo consapevole di questi strumenti può infatti prevenire distorsioni e riequilibrare il mercato, evitando che la competizione premi esclusivamente chi sfrutta le vulnerabilità cognitive dei consumatori⁶⁸.

Sunstein riassume le più interessanti intuizioni dell'economia comportamentale (nonché esempi di *behavioral market failures*)⁶⁹ in quattro concetti chiave⁷⁰: 1) inerzia e procrastinazione (*inertia and procrastination*); 2) sensibilità al modo in cui vengono presentate le informazioni (*framing and presentation*); 3) sensibilità alle influenze sociali⁷¹ (*social influences*); 4) difficoltà nella valutazione della probabilità (*probability neglect*).

⁶⁸ C.R. SUNSTEIN, *The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism*, in *The Yale Law Journal*, 122, 2013, 7, p. 1832.

⁶⁹ I *behavioral market failures* sono errori che possono portare a danni significativi al mercato e che sono parallelamente riscontrabili anche nella vita di tutti i giorni di ciascun individuo (C.R. SUNSTEIN, *The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism*, cit.)

⁷⁰ C.R. SUNSTEIN, *Empirically Informed Regulation*, in *University of Chicago Law Review*, 78, 2011, 4, pp. 3-15.

⁷¹ Particolarmente interessante sul tema del potere dell'influenza sociale sulle scelte degli individui è il lavoro di Berger: J. BERGER, *Influenza invisibile. Le forze nascoste che plasmano il nostro comportamento*, Egea, Milano, 2017.

Parallelamente alla sua concettualizzazione teorica, Sunstein fornisce esempi concreti di *nudging* mirati a contrastare disfunzioni comportamentali. Un aspetto centrale è l'inerzia, radicata nella tendenza umana a subire passivamente l'ambiente circostante, generando una ‘distorsione verso lo *status quo*’. Questo fenomeno si manifesta come una naturale preferenza per mantenere lo stato attuale, amplificata dall'avversione al cambiamento e alla possibilità di perdite. Per sfruttare questa predisposizione, sia attori pubblici che privati adottano l’opzione di *default*: una preferenza predefinita che si attiva automaticamente in assenza di una scelta volontaria. In altre parole, il tasso di partecipazione a un'iniziativa è significativamente più alto quando si utilizza un sistema *opt-out* (richiesta di rinuncia) rispetto a un sistema *opt-in* (richiesta di adesione)⁷². Le persone, infatti, tendono a non modificare lo *status quo* anche quando i costi del cambiamento sono minimi o i benefici evidenti, per abitudine o semplice disattenzione⁷³. L’adozione di registrazioni automatiche, che inseriscono automaticamente i soggetti in un programma senza richiedere un’azione attiva, genera aumenti significativi nella partecipazione. Questo approccio, basato sulla propensione all'inerzia e sulle opzioni di *default*, permette di guidare gli individui verso scelte più vantaggiose, riducendo costi statali e oneri burocratici. Un esempio emblematico è quello delle politiche sulla donazione di organi: nei sistemi in cui il consenso è implicito (*opt-out*), il numero di donatori è molto più alto rispetto ai contesti in cui il consenso deve essere espresso esplicitamente (*opt-in*)⁷⁴. Sunstein evidenzia che, sfruttando la forza dell'inerzia, i *policymaker* possono ottenere risultati significativi in termini di adesione pubblica e rispetto delle norme. Anche la procrastinazione ha un impatto negativo rilevan-

⁷² C.R. SUNSTEIN, *Empirically Informed Regulation*, cit., p. 4.

⁷³ Le regole di *default* corrispondono, infatti, al *nudge par excellence*, nonché quello più soggetto a critiche, proprio perché nel momento in cui un individuo non sceglie si trova in una condizione di scelta decisa *a priori* da altri (R. VIALE, *Oltre il nudge*, cit., p. 159 ss.).

⁷⁴ Ad esempio, in Germania, dove il consenso deve essere espresso esplicitamente, la percentuale di donatori si attesta intorno al 12%, mentre in Austria, dove l’opzione di *default* è la donazione, la percentuale di donatori è del 99%.

te. Molti evitano decisioni che offrono benefici futuri solo perché richiedono un piccolo costo immediato. Questa tendenza a focalizzarsi sul breve termine può portare a scelte dannose, come nel caso di comportamenti che generano vantaggi immediati ma costi significativi a lungo termine, ad esempio il consumo di sigarette⁷⁵.

La procrastinazione, l'inerzia, il *discounting iperbolico*⁷⁶ e il *present day bias*⁷⁷ sono errori cognitivi che rischiano di danneggiare, a lungo termine ma in maniera considerevole, il singolo individuo. Le persone vivono a *Laterland*: un paese in cui gli eventi negativi riguardano solo il lontano futuro e gli interessi a venire non sono un problema contingente. Un altro aspetto importante, sempre in merito all'inerzia, è il valore dell'informazione. Le informazioni devono, infatti, essere sostenute da un aiuto 'pratico' che ne esplichi l'utilizzo e le funzioni. In effetti, quando le persone vengono informate dei benefici o dei rischi che certe decisioni comportano, è molto più probabile che agiscano razionalmente e in conformità alle informazioni ricevute, se e solo se ricevono allo stesso tempo anche ulteriori delucidazioni chiare ed esplicite. La vaghezza delle informazioni può divenire causa di inazione. Per esempio, Sunstein sostiene che una campagna sul mangiare sano non potrà mai essere davvero efficace se essa non verrà accompagnata da esempi pratici e intuitivi su cosa significhi 'davvero' mangiare sano⁷⁸.

Un altro concetto chiave dell'economia comportamentale è 'l'effetto *framing*' e la sua correlazione con la sensibilità degli individui

⁷⁵ C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, cit.

⁷⁶ D. LAIBSON, G. EGGS, *Hyperbolic Discounting*, in *Quarterly Journal of Economics*, 112, 1997, 2, pp. 443-445.

⁷⁷ R. VIALE, *Oltre il nudge*, cit., p. 149.

⁷⁸ C. HEATH, D. HEATH, *Switch: How to Change Things When Change Is Hard*, Broadway Books, New York, 2010, pp. 15-17. Qui vengono descritti gli effetti della campagna *marketing* sanitaria che è stata effettuata in West Virginia per incoraggiare ad acquistare latte scremato all'1% più salutare, piuttosto che quello intero; con l'applicazione di una semplice informazione pratica è stato rilevato un cambiamento nel consumo del latte scremato dal 18% al 35% in soli sei mesi.

al modo in cui le informazioni vengono presentate⁷⁹. È molto differente dire ad un paziente che l'operazione alla quale sta per sottoporsi ha il 90% di successo piuttosto che comunicargli che il 10% delle persone che si sottopongono alla stessa operazione muoiono⁸⁰. Sentendo parlare della prima percentuale il paziente si sentirà più fiducioso e più propenso a proseguire, nonostante la percentuale di successo sia la stessa di quella della seconda modalità di comunicazione. L'informazione è la medesima, cambia l'“inquadramento”. Il contesto e l'inquadramento in cui i dati vengono presentati, infatti, influenzano la percezione del problema da parte dell'individuo. Inoltre, le informazioni vivide e salienti possono avere un impatto maggiore sul comportamento rispetto alle informazioni statistiche ed astratte⁸¹. Gli individui tendono a prestare scarsa attenzione ai dati forniti, ma informazioni più coinvolgenti, più ‘salienti’, appunto, possono risvegliare il loro interesse. È stato osservato che il semplice coinvolgimento di un soggetto attraverso un'intervista può influenzarne attivamente il comportamento futuro: l'essere intervistati, infatti, aumenta la rilevanza percepita dell'azione trattata perché ci si sente coinvolti in prima persona e in maniera diretta⁸².

Gli esseri umani, inoltre, sono profondamente avversi alle perdite, odiandole più di quanto apprezzino guadagni equivalenti. Tuttavia, il grado di avversione varia in base al punto di riferimento adottato. Se tale punto è lo *status quo*, l'avversione sarà più accentuata, rendendo il cambiamento difficile da accettare. In questi casi, il valore attribuito al proprio bene supera quello reale, un fenomeno noto come ‘effetto dotazione’⁸³. Questo rientra nelle di-

⁷⁹ D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, in *Science*, 211, 1981, 4481, pp. 453-458.

⁸⁰ D.A. REDELMER, P. ROZIN, D. KAHNEMAN, *Understanding Patients' Decisions: Cognitive and Emotional Perspectives*, in *JAMA*, 270, 1993, pp. 72-73.

⁸¹ C.R. SUNSTEIN, *Empirically Informed Regulation*, cit., p. 9.

⁸² A.P. ZWANE, *Being Surveyed Can Change Later Behavior and Related Parameter Estimates*, in *Proceedings National Academy Science*, 108, 2011, pp. 1821-1826.

⁸³ D. KAHNEMAN, R.H. THALER, J.L. KNETSCH, *Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem*, in *Quasi Rational Economics*, a cura di R.H. THALER, Russel Sage, New York, 1991, pp. 167-169.

storsioni cognitive, poiché altera la percezione e le valutazioni del soggetto.

Un altro elemento estremamente condizionante del comportamento individuale è l'influenza esercitata dal comportamento delle altre persone e, in generale, della società⁸⁴: il c.d. ‘effetto gregge’. Gli individui tendono positivamente ad imparare gli uni dagli altri, ma ciò vale anche negativamente per quanto riguarda le false convinzioni e le percezioni distorte. Tuttavia, la pressione esercitata dal gruppo, causata, appunto, dall’effetto gregge, non è l’unico fattore a determinare l’emulazione della massa. Questi fenomeni sono dovuti anche alla cosiddetta efficacia della ‘norma sociale’, che ci fornisce informazioni riguardo a ciò che è socialmente condivisibile o, al contrario, riprovevole. Queste presunte regole di comportamento sono causa di numerosi effetti secondari: fenomeni di conformismo⁸⁵, creazione delle cosiddette ‘cascate informative’⁸⁶, che altro non sono che convinzioni di massa, sviluppatesi per imitazione sociale. La conoscenza di questi fenomeni risulta di vitale importanza per le istituzioni pubbliche, che, con interventi mirati, possono conseguire determinati risultati facendo leva sulla riprovazione sociale, poiché le persone tendono alla cooperazione in vista del raggiungimento di obiettivi socialmente utili, additando come estranei al contesto sociale coloro che non sono attivamente partecipi⁸⁷.

Uno dei presupposti fondamentali dell’economia comportamentale, poi, è anche che gli Umani hanno difficoltà nella valutazione delle probabilità⁸⁸. Spesso affetti da un ‘ottimismo irrealisti-

⁸⁴ C.R. SUNSTEIN, *Empirically Informed Regulation*, cit., p. 11.

⁸⁵ S. ASCH, *Opinions and Social Pressure*, in *Readings About the Social Animal*, a cura di E. ARONSON, W.H. Freeman and. Co., New York, 1995. Asch riporta diversi esperimenti nel campo del conformismo sociale.

⁸⁶ D. HIRSHLEIFER, *The Blind Leading the Blind: Social Influence, Fads, and Informational Cascades*, in *The New Economics of Human Behavior*, a cura di M. TOMMASI, K. IERULLI, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, pp. 188-189.

⁸⁷ C.R. SUNSTEIN, *Empirically Informed Regulation*, cit., p. 12.

⁸⁸ T. SHAROT, *The Optimism Bias: A Tour of the Irrationally Positive Brain*, Pantheon Books, New York, 2011.

co', tendono a credere di essere meno esposti a eventi negativi rispetto alla media (*above average effect*)⁸⁹. Questo errore, pericoloso, comporta una sottovalutazione dei rischi e l'assenza di misure preventive⁹⁰, come dimostra l'esempio dei fumatori citato da Sunstein: pur consapevoli dei rischi del fumo, essi ritengono irrealisticamente di ammalarsi meno degli altri. Kahneman, come già ricordato, ha evidenziato come le persone ricorrono ad euristiche, scorciatoie mentali, per stimare probabilità e rischi. La salienza di un evento – quanto è vivido o recente – può influenzare queste stime. Eventi traumatici o emozionalmente intensi, infatti, vengono sovrastimati – trattasi dell'«euristica della disponibilità» – mentre quelli meno memorabili sono sottovalutati. Le emozioni dirompenti peggiorano ulteriormente il giudizio, portando a percezioni distorte delle probabilità: ad esempio, le morti per omicidio, rese più salienti dai media, vengono spesso considerate più frequenti delle morti per diabete. Queste dinamiche mostrano chiaramente che «gli individui non si comportano come gli attori razionali dei manuali di economia»⁹¹.

2.3. *L'architettura delle scelte*

Alla luce di quanto sinora esposto, risulta abbastanza intuitivo associare il Sistema 1 al comportamento degli Umani, mentre gli Econi, con la loro logica, agiscono utilizzando solo Sistema 2. Non per nulla, per Sunstein gli Umani vengono identificati con l'iconica figura di Homer Simpson, la caricaturale raffigurazione di uomo medio. Gli *Econs*, invece, assomigliano di più all'irreprendibile e razionale comandante Spock di Star Trek⁹².

⁸⁹ C.R. SUNSTEIN, *Empirically Informed Regulation*, cit., p. 12.

⁹⁰ Bias che viene in considerazione, in particolare, in epoca pandemica. Le persone sottovalutano il rischio di contrarre il COVID o credono di contrarlo in forma lieve.

⁹¹ C.R. SUNSTEIN, *Semplice. L'arte del governo nel terzo millennio*, cit.

⁹² C.R. SUNSTEIN, *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, cit., p. 27; ID., *The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism*, cit., p. 1838;

Se il Sistema 1 è responsabile dei *biases* e il Sistema 2 è capace di correggerli o comunque tenta di farlo, allora è vero che i *nudge*, insistendo in modo reversibile e non coercitivo sul Sistema Automatico, possono dare sostegno al Sistema Riflessivo nell'evitare gli errori cognitivi. La teoria del *nudge*, infatti, ha come pilastro centrale proprio il dualismo mentale. Anche per Sunstein e Thaler i nostri cervelli sono composti da due Sistemi: l'uno automatico, l'altro riflesivo. Il primo è responsabile dei *bias*, l'altro è capace di correggerli.

Per questa ragione la reversibilità dei *nudge*, basati su *bias* automatici, da parte del Sistema 1 permette di attribuire al paternalismo di Thaler e Sunstein l'attributo di libertario⁹³.

Sulla base della dualità dei sistemi viene applicata ed agisce la c.d. ‘architettura delle scelte’, attraverso la quale il *nudger*^{94, ‘l’architetto delle scelte’, può creare un ambiente nel quale inserire *nudge* efficaci e utili per l’individuo che si muove all’interno di esso. L’architetto, quindi, è colui che ha la responsabilità di organizzare e pianificare il contesto nel quale gli individui prendono decisioni, facendo sì che essi siano spinti a optare per la migliore scelta possibile per loro e per la società. È un *nudger* il *policymaker*, ma anche il medico, che descrive un particolare percorso clinico al paziente. Lo è il venditore, che escogita la strategia di vendita più efficace, come il genitore, che propone un preciso schema educativo al proprio figlio adolescente. Secondo Sunstein, infatti, nel momento in cui sappiamo di influenzare, con le nostre azioni, le decisioni altrui, siamo tutti *choice architects*⁹⁵.}

Id., R.H. THALER, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, cit., p. 22.

⁹³ R. VIALE, *Oltre il nudge*, cit., p. 82.

⁹⁴ Entrambi sono termini coniati da Sunstein e utilizzati costantemente nelle sue opere.

⁹⁵ C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, cit., p. 83.

Thaler illustra il concetto di ‘architettura delle scelte’ con un esempio concreto. Quando era professore in una *business school*, era solito tenere le lezioni in un’aula universitaria con portoni d’ingresso dotati di grandi maniglioni di legno. Osservando i suoi studenti alle prese con le grandi maniglie dell’aula, notò come questi venissero guidati da due impulsi contrastanti: da un lato, l’idea che per uscire da una stanza si debba spingere e, dall’altro, il segnale visivo delle maniglie, che suggerisce invece di tirare. Questo contrasto riflette la dinamica tra i due Sistemi cognitivi, tra i quali il Sistema Automatico tende a prevalere, condizionato da segnali ambientali forti e immediati⁹⁶. Le maniglie stesse rappresentano un difetto progettuale, «perché violavano un principio psicologico molto semplice ma dal nome elaborato: compatibilità stimolo-risposta»⁹⁷, generando confusione nell’utente. Un buon architetto delle scelte, dunque, deve progettare ambienti che guidino le persone in modo intuitivo, evitando conflitti cognitivi e facilitando comportamenti funzionali. Poiché gli esseri umani non sono Econi, ma individui soggetti a *bias* e influenze contestuali, la progettazione, anche architettonica in senso stretto, dell’ambiente sociale assume un ruolo cruciale. Ogni dettaglio, anche il più piccolo, può avere un impatto significativo sulle decisioni quotidiane, rendendo il *nudging* uno strumento potente per indirizzare le persone verso scelte più vantaggiose senza imposizioni.

Per i suoi teorizzatori, l’architettura delle scelte è inevitabile⁹⁸: ogni contesto sociale è permeato da strutture progettate da altri, rendendo impossibile un ambiente completamente neutro. I sostenitori del *nudge* non mirano quindi a eliminare le influenze, come suggerirebbero gli anti-paternalisti, ma a orientarle in modo virtuoso per promuovere obiettivi economici e sociali rilevanti. Per co-

⁹⁶ C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, cit., p. 81.

⁹⁷ C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, cit., pp. 81-82.

⁹⁸ C.R. SUNSTEIN, *The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism*, cit., p. 1879

struire un'architettura efficace, Sunstein propone un *toolbox*⁹⁹ per il *nudger*, che prevede due approcci principali. Il primo consiste in un'analisi costi-benefici approfondita, utile per prevedere l'impatto di un *nudge* sul benessere individuale e collettivo. Se questa indagine risulta impraticabile, si può ricorrere a regole pratiche generali, applicabili a diverse situazioni. Per garantire l'efficacia del *nudging*, gli architetti delle scelte devono basarsi su evidenze scientifiche e analisi rigorose. Questi studi permettono di creare opzioni di *default* solide e ben calibrate, valutando le possibili conseguenze di ogni decisione. Poiché le persone non hanno preferenze stabili e le loro scelte sono fortemente influenzate dai *default*, gli architetti assumono una responsabilità significativa: attraverso regole predefinite, possono modificare equilibri sociali e incidere profondamente sul comportamento collettivo.

Molti programmi di *welfare* falliscono perché l'*opt-in* richiede sforzi e costi eccessivi per l'Umano, condizionato dai propri limiti cognitivi. L'architetto delle scelte ha quindi il compito di rendere l'accesso a tali programmi il più semplice e immediato possibile, eliminando ostacoli e aumentando l'attrattività delle opzioni vantaggiose¹⁰⁰. I sostenitori del *nudging* auspicano una collaborazione tra settore privato e istituzioni pubbliche per sviluppare continuamente nuovi stimoli, estendendo la rete del *nudge* a ogni ambito della scelta sociale. L'obiettivo è ridurre il peso della regolamentazione e della burocrazia, rendendo il processo decisionale più fluido ed efficace. Sunstein sostiene che una semplificazione normativa e burocratica produrrebbe rapidamente risultati tangibili¹⁰¹. Il principio è chiaro:

⁹⁹ C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, cit., pp. 1190-1196.

¹⁰⁰ È ormai dimostrato, attraverso gli studi già citati dell'economia comportamentale e più in particolare grazie all'analisi delle euristiche e dei *biases*, che una registrazione automatica avrà sicuramente maggiore successo in una campagna di adesione ad un dato programma, in quanto, per inerzia o distorsione verso lo *status quo*, difficilmente verrà esercitato l'*opt-out*, nonostante i suoi costi siano minimi (C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, cit., p. 1196).

¹⁰¹ C.R. SUNSTEIN, *Effetto nudge*, cit.

se l'adesione a una scelta desiderabile richiede uno sforzo minimo – come accade con le opzioni di *default* – essa diventerà la scelta dominante, dimostrando l'efficacia dei *nudge* a costi irrisoni.

Quando un architetto delle scelte si trova privo di dati sufficienti per elaborare risposte efficaci o condurre analisi costi-benefici, può affidarsi a regole pratiche. Un anti-paternalista suggerirebbe di lasciare la massima libertà, ma Sunstein e Thaler propongono tre approcci alternativi. Il primo approccio, tipico del paternalismo libertario, consiste nello scegliere l'opzione che la maggioranza sceglierrebbe in una domanda di scelta attiva. Tuttavia, questa strategia presenta rischi: le preferenze della maggioranza potrebbero essere distorte da informazioni incomplete, mancanza di autocontrollo o razionalità limitata, non promuovendo così il vero benessere collettivo¹⁰². In questi casi, il *nudger* dovrebbe fidarsi del proprio giudizio e progettare spinte che si discostino dalle preferenze di massa. Il secondo approccio è quello della ‘richiesta di una scelta attiva’, in cui agli individui è richiesto di esprimere esplicitamente la propria preferenza¹⁰³. Questo metodo aumenta la probabilità di ottenere risultati graditi, ma comporta costi significativi, come il tempo necessario per informarsi e il rischio di errori dovuti alla mancanza di *feedback*. Per questi motivi, regole di *opt-in* o *opt-out* possono essere preferibili, soprattutto quando esistono valide ragioni per ritenerre che una scelta predefinita soddisfi meglio le preferenze informate del gruppo. Un esempio pratico è proprio la donazione di organi. Oltre all'adesione automatica, i sostenitori del *nudge* propongono di richiedere agli individui di esprimere la propria scelta al momento del rilascio o del rinnovo della patente. Questo approccio è utile quando mancano dati sulle preferenze della maggioranza o quando queste risultano inadeguate. Tuttavia, in tali casi, l'iscrizione automatica potrebbe essere una soluzione più efficace per promuovere

¹⁰² C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, cit., pp. 1194-1196.

¹⁰³ Ad esempio, nel diritto contrattuale statunitense questo è l'approccio più seguito nella scelta delle regole di *default* in caso di assenza di decisioni espresse tra le parti nel dare vita e nello svolgimento di un contratto.

programmi di *welfare*. Come terzo ed ultimo approccio l'architetto delle scelte potrebbe tentare di ridurre al minimo le possibilità di *opt-out*, a favore di opzioni specifiche scelte dallo stesso *nudger*, sulla base di presunzioni fondate su dati empirici. Questo *modus operandi*, a differenza degli altri due che si appoggiano su analisi *ex ante* delle preferenze degli individui, è basato su un'analisi *ex post*. Assume i dati solo dopo che l'adesione è già in vigore, quando una regola di *default* è già stata definita. Il fatto che la maggioranza delle persone non abbandoni il programma per i donatori di organi, come accade in Austria, è probabilmente il sintomo che l'architettura delle scelte rispecchia l'indirizzo della maggioranza¹⁰⁴. Più una decisione è complessa, meno è vantaggioso lasciarla al totale arbitrio dell'individuo. La tutela maggiore si ottiene offrendo la possibilità di non scegliere o di aderire a un'opzione di *default* pianificata da esperti. Come osserva Sunstein, promuovere la libertà di scelta è fondamentale, ma questo non implica che avere molte opzioni – incluse quelle irragionevoli – sia sempre meglio di averne poche: quantità non equivale a qualità.

¹⁰⁴ C.R. SUNSTEIN, *Semplice. L'arte del governo nel terzo millennio*, cit.

CAP. II

LA SOCIETÀ DELL'INFLUENZA COMPORTAMENTALE

SOMMARIO: 1. Le *behavioral sciences* al servizio degli attori privati: il capitalismo della sorveglianza. – 1.1 Il mercato dell’attenzione: estrazione dei dati, profilazione dell’utente, influenza comportamentale. – 1.2. Il potere di influenza e il *business* della realtà. – 1.2.1. L’ideale skinneriano. – 1.2.2. Sorveglianza continua. – 2. Gli effetti del potere di influenza. – 2.1. Profilazione e *filter bubble*. – 2.2. Danni sociali. Proliferazione di *fake news* e manipolazione di massa. – 2.2.1. Cambridge Analytica. – 2.3. Danni ambientali. – 2.4. Danni individuali agli utenti.

1. *Le behavioral sciences al servizio degli attori privati: il capitalismo della sorveglianza*

1.1. *Il mercato dell’attenzione: estrazione dei dati, profilazione dell’utente, influenza comportamentale*

Anche se *Internet* è ormai parte integrante della nostra quotidianità, non sempre riflettiamo sul tipo di transazione economica in cui siamo coinvolti tutte le volte che lo utilizziamo. Quando andiamo al ristorante o in biblioteca abbiamo tutti abbastanza chiaro chi paga per il servizio che ci viene reso: questo non ci è altrettanto chiaro quando siamo su Google, WhatsApp, Instagram, Twitter, Facebook, Tinder, Snapchat, LinkedIn, o YouTube. Noi paghiamo il ristorante; il comune, attraverso i nostri tributi, paga la biblioteca, ma chi paga i colossi del *Web* con cui ci interfacciamo tutti i giorni? Anche se usiamo *Internet* molto più spesso¹ di quanto non andia-

¹ Nel 2018, Pew Research ha constatato che circa il 40% dei giovani tra i 18 e i 29 anni afferma di essere ‘costantemente’ *online*, così come il 36% di chi è tra i 36 e i 49 anni (A. PERRIN, J. JIANG, *About a Quarter of U.S. Adults Say They Are ‘Almost Constantly’ Online*, Pew Research Center, 2018; M. ANDERSON, J. JIANG, *Gen Z-Tech Disruption: 2016 National Study on Technology and the Generation After Millennials*, Center for Generational Kinetics, 2016). Sul tema si veda anche:

mo al ristorante o in biblioteca, solo una minoranza di noi sa dare una risposta esaustiva a questa domanda, apparentemente, banale.

La risposta, sinteticamente, è la seguente. L'agente economico che opera nel settore digitale raccoglie dati su di noi: alcuni di questi dati vengono utilizzati per migliorare prodotti e servizi, mentre gli altri sono elaborati per ottenere algoritmi predittivi, ossia algoritmi capaci di prevedere il comportamento delle persone². Attraverso l'estrazione dei dati comportamentali e la profilazione³ degli individui è possibile rivolgere nel momento giusto lo stimolo giusto al consumatore, inducendolo a tenere proprio la condotta dalla quale scaturisce il profitto della piattaforma e dell'inserzionista⁴.

Un fattore determinante per il funzionamento di quest'industria è lo sfruttamento di tecniche mutuate dalle *behavioral sciences* per indurre gli utenti a 1) dedicare più tempo e attenzione possibili ai contenuti proposti dalle piattaforme⁵; 2) fornire dati su loro stes-

A. MATEI, *Shock! Horror! Do you know how much time you spend on your phone?*, in *The Guardian*, 21 agosto 2019.

² Sul tema della modifica del comportamento come obiettivo finale del ciclo economico alla base del mercato del Web, si veda in particolare: T. HARRIS, *How a handful of tech companies control billions of minds everyday*, in *TED Talk*, 26 luglio 2017, (www.ted.com/talks/tristan_harris_how_a_handful_of_tech_companies_control_billions_of_minds_every_day); J. LANIER, *Dieci ragioni per cancellare subito i tuoi account social*, il Saggiatore, Milano, 2018; S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, Luiss University Press, Milano, 2019.

³ Lagioia e Sartor descrivono la profilazione in questi termini: «[i] dati personali possono essere usati per la profilazione degli individui, cioè per classificarli, valutarli e prevederne i comportamenti. Il termine “profilazione” deriva da “profilare”, che in origine significava tracciare una linea, e più in particolare i contorni di un oggetto. Questa è precisamente l’idea alla base della profilazione mediante l’elaborazione di dati: espandere le informazioni e i dati disponibili di individui e gruppi, in modo da disegnarne – descriverne o anticiparne – i tratti e le propensioni. Un sistema di profilazione stabilisce (prevede) che gli individui con determinate caratteristiche C1, hanno anche una certa probabilità di possedere alcune caratteristiche aggiuntive C2» (F. LAGIOIA, G. SARTOR, *Profilazione e decisione algoritmica: dal mercato alla sfera pubblica*, in *Federalismi.it*, 2020, 11, p. 90).

⁴ L’inserzionista è l’agente economico che paga le piattaforme perché vengano inserite all’interno delle stesse pubblicità dei propri prodotti e servizi.

⁵ J. LANIER, *Dieci ragioni per cancellare subito i tuoi account social*, cit.; T. HARRIS, *How a handful of tech companies control billions of minds everyday*, cit.; A. COO-

si; 3) acquistare i beni o servizi proposti dagli inserzionisti; 4) tenere comportamenti *online* e *offline*, commissivi o omissivi, conformi a quelli desiderati dagli inserzionisti o dalla piattaforma⁶.

Con un tollerabile grado di approssimazione, si può affermare che il mercato digitale si fonda essenzialmente sulla produzione e compravendita di questo tipo di ‘potere di influenza’. Infatti, proprio nel momento in cui l’agente economico che opera in questo particolare settore inizia a utilizzare i dati per influenzare i comportamenti degli utenti, i suoi profitti aumentano in maniera esponenziale. Senza le previsioni sul comportamento, infatti, un’azienda come Google non avrebbe alcun prodotto da vendere. I prodotti predittivi sono la merce che Google vende ai suoi reali clienti, e cioè quelle aziende che hanno bisogno dei profili individuali predittivi per massimizzare l’efficacia dei propri metodi pubblicitari. Questo particolare mercato funziona, infatti, grazie alle tracce che l’utente lascia quando naviga in *Internet*. Queste tracce sono, poi, conservate sotto forma di dati. I dati costituiscono l’archivio delle azioni di ciascun individuo: quali ricerche fa, cosa legge, che prodotti acquista, dove si reca nel corso della giornata e così via. Come ha affermato Bruce Schneier, esperto di crittografia e sicurezza informatica:

I dati illustrano il modo in cui un utente trascorre il tempo in modo forse migliore rispetto a quanto farebbe l’utente stesso, perché non si basano sulla memoria umana⁷.

I dati comportamentali sono alla base di questo nuovo *business model*: masse enorme di informazioni personali vengono processate da sistemi di AI, allo scopo di essere elaborate in modo che gli inserzionisti ne traggano profitto.

PER, *What is “brain hacking”? Tech insiders on why you should care*, in *CBS News*, 9 aprile 2017; T. WU, *The Attention Merchants*, Knopf, New York, 2016.

⁶ M. TARONI, M. UBERTONE, *Il diritto nella società della manipolazione*, 2021, [manoscritto].

⁷ B. SCHNEIER, *Data and Goliath*, W.W. Norton, New York, 2015, p. 2.

Senza rendersene conto, l'utente si trova coinvolto in un tipo di transazione economica dai contorni peculiari ogni qualvolta si serva di *Internet*. I servizi che le piattaforme offrono gratuitamente sono di fatto alimentati dagli investimenti degli inserzionisti che pagano perché vengano inserite pubblicità dei propri prodotti all'interno delle piattaforme stesse. È chiaro che, perché il profitto dell'inserzionista sia massimizzato, l'utente-consumatore dovrebbe tenere proprio la condotta suggerita dalla piattaforma. Per raggiungere questo risultato, sono state messe a punto tecniche algoritmiche di estrazione dei dati e previsione dei comportamenti degli utenti. I dati raccolti, infatti, vengono utilizzati per ottenere algoritmi predittivi, ossia algoritmi idonei ad anticipare il comportamento degli utenti e guiderli proprio nella direzione più redditizia per l'operatore economico. Questo sistema si è sviluppato grazie all'implementazione delle attuali tecnologie algoritmiche, appunto, le quali rendono possibili forme particolarmente efficaci di monitoraggio, di controllo e di sfruttamento dei dati personali. I colossi del *Web* mirano a creare ritratti il più possibile completi di ciascuno di noi.⁸ È imprescindibile, quindi, la nostra collaborazione a rilasciare fiumi di dati utili agli algoritmi per conoscerci meglio, prevedere le nostre azioni e, se necessario, influenzarle, indirizzarle, plasmarle. Gli algoritmi operano calcoli estremamente precisi a partire da gigantesche masse di *big data* che organizzano gerarchicamente per poter meglio prevedere i nostri interessi e le nostre intenzioni di acquisto⁹.

⁸ F. FOER, *I nuovi poteri forti. Come Google Apple Facebook e Amazon pensano per noi*, Longanesi, Milano, 2018, p. 216. Eric Schmidt, amministratore delegato di Google dal 2001 al 2011, ha affermato: «Sappiamo dove ti trovi, sappiamo dove sei stato e siamo più o meno in grado di sapere a cosa stai pensando» (B. SCHNEIER, *Data and Goliath*, cit., p. 22).

⁹ Per uno studio approfondito sugli algoritmi, si veda E. FINN, *Che cosa vogliono gli algoritmi*, Giulio Einaudi Editore, Torino, 2018; D. CARDON, *Che cosa sognano gli algoritmi*, Mondadori, Milano, 2018. «Gli algoritmi sono i processi e le formule informatiche che prendono le vostre domande e le trasformano in risposte» (E. FINN, *Che cosa vogliono gli algoritmi*, cit., p. 25).

Il particolare *business model*, che ho sinteticamente descritto in queste poche pagine, è stato definito da Shoshana Zuboff «capitalismo della sorveglianza»¹⁰:

un nuovo ordine economico che sfrutta l'esperienza umana come materia prima per pratiche commerciali di estrazione, previsione e vendita¹¹.

Questo nuovo capitalismo deve il suo successo a vari fattori: 1) la rapida diffusione di *Internet* nelle nostre vite; 2) la scoperta di *Internet* come luogo di raccolta di un nuovo materiale prezioso, costituito dalle azioni degli utenti; 3) la trasformazione di quelle azioni in dati comportamentali; 4) l'utilizzo di quei dati per fini (manipolativi) commerciali.

In questo particolare sistema economico, la produzione di beni e servizi «è subordinata a una nuova architettura globale per il cambiamento dei comportamenti»¹². Il capitalista della sorveglianza¹³ trasforma l'esperienza umana in dati sul comportamento: alcuni di questi dati vengono utilizzati per migliorare prodotti e servizi, ma «il resto diviene un *surplus comportamentale* privato»¹⁴, grazie al quale, attraverso «un processo di lavorazione avanzato noto come “intelligenza artificiale”»¹⁵, il capitalista ottiene dei ‘prodotti predittivi’, in grado, cioè, di prevedere cosa faremo, cosa ci piacerà, cosa compreremo. Questi prodotti predittivi, poi, vengono scambiati in un nuovo mercato delle previsioni comportamentali, che Zuboff chiama ‘mercato dei comportamenti futuri’. In questa nuova struttura economica, il mercato dei comportamenti futuri garanti-

¹⁰ S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, Luiss University Press, Roma, 2019.

¹¹ S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 9.

¹² S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 9.

¹³ In poche righe mi propongo (senza pretesa di esaustività) di ripercorrere lo schema di *business model*, già analizzato nelle pagine precedenti, utilizzando, però, il lessico specifico di Zuboff.

¹⁴ S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 18.

¹⁵ S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 18.

sce ai capitalisti profitti straordinari. Questo tipo di mercato non riguarda solamente il mondo virtuale ma «è dotato di tentacoli che si estendono ovunque». L'estrazione dei dati sul comportamento, che avviene *online*, ha conseguenze pratiche nella vita *offline*. Il ‘potere strumentalizzante’, che scaturisce da questo tipo di sistema economico, conosce e indirizza i comportamenti umani verso specifici fini e si insinua capillarmente in ogni tipo di attività quotidiana:

l’indottrinamento degli innocenti giocatori di Pokémon Go; l’atto di mangiare, bere e fare acquisti in ristoranti, bar, fast food e negozi che pagano per avere una parte nel mercato dei comportamenti futuri; la spietata espropriazione del surplus dai profili Facebook per delineare i profili individuali che si tratti dell’acquisto di una crema per brufoli alle 17.45 di un qualunque venerdì o di un paio di nuove scarpe da ginnastica mentre si è presi da una scarica di endorfine dopo una lunga corsa di sabato mattina fino alle elezioni della settimana prossima¹⁶.

Perché il capitalismo della sorveglianza continui a prosperare, i suoi operatori sono costretti ad accrescere sempre più il potere strumentalizzante e i mezzi per la modifica dei comportamenti, esattamente come i capitalisti industriali dovevano costantemente potenziare i mezzi di produzione. La connessione digitale non è il ‘fine’ di questo nuovo capitalismo, bensì il ‘mezzo’ per il funzionamento di un ciclo che parte dall’estrazione dell’esperienza umana e finisce con la modifica del comportamento¹⁷.

Il pioniere del capitalismo della sorveglianza è, senza dubbio, Google, che per primo ha capito che i dati personali sono «la materia prima necessaria per il nuovo processo di fabbricazione del capitalismo della sorveglianza»¹⁸. Attraverso l’estrazione dei dati comportamentali e la creazione di profili individuali, infatti, è possibi-

¹⁶ S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 19.

¹⁷ Lanier sostiene, appunto, che bisognerebbe iniziare a parlare più che di *engagement* proprio di ‘dipendenza’ e di ‘modificazione del comportamento’ (J. LANIER, *Dieci ragioni per cancellare subito i tuoi account social*, cit., p. 33; si veda anche ID., *Should Facebook Manipulate Users?*, in *The New York Times*, 30 giugno 2014).

¹⁸ S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 75.

le rivolgere al consumatore lo stimolo giusto nel momento giusto, influenzandolo a tenere proprio quella condotta, voluta dal capitalista della sorveglianza, dalla quale scaturisce il profitto. I dispositivi della sorveglianza e della modifica del comportamento arrivano dove la pubblicità, nelle sue forme tradizionali, non ha mai potuto avventurarsi: nel regno della (apparente) personalizzazione del messaggio pubblicitario, un mondo in cui si può parlare al singolo, proponendogli, nel momento migliore, proprio l'oggetto del suo desiderio, che è stato opportunamente indotto dallo stesso dispositivo di indirizzamento.

È proprio grazie allo sfruttamento del *surplus* comportamentale che il capitalista digitale si assicura profitti stellari:

nel 2001, Google mise alla prova i suoi nuovi sistemi per sfruttare il surplus comportamentale, i suoi introiti arrivano d'un balzo a 86 milioni di dollari (con un incremento di più del 400 per cento rispetto al 2000) e l'azienda per la prima volta cominciò a guadagnare¹⁹.

I prodotti previsionali sono la merce che Google vende ai suoi reali clienti, cioè le aziende che hanno bisogno dei profili individuali predittivi per massimizzare l'utilità dei propri innovativi metodi pubblicitari. Noi utenti non siamo i clienti di Google: siamo il mezzo per la realizzazione dei suoi prodotti. Secondo Zuboff sbaglia chi sostiene banalmente che nell'attuale sistema del capitalismo della sorveglianza il prodotto 'siamo noi'. Noi, utenti e consumatori, siamo piuttosto il mezzo tramite il quale ottenere quei prodotti, grazie ai quali veniamo, poi, influenzati per finalità commerciali.

In una prospettiva fortemente critica, Zuboff scrive:

L'invenzione di Google rivelava una nuova capacità di inferire e dedurre i pensieri, le emozioni, le intenzioni e gli interessi di individui e gruppi con un'architettura automatizzata in grado di operare come uno specchio a senso unico, senza riguardo per la consapevolezza, la

¹⁹ S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 97.

conoscenza e il consenso dell'utente, garantendosi un accesso privilegiato e segreto ai dati comportamentali²⁰.

È interessante notare come proprio la storia di Google esemplifichi lo sviluppo del capitalismo della sorveglianza stesso²¹. Nata nel 1988 ad opera di Larry Page e Sergey Brin, Google inizialmente fondava la propria *policy* su due motti: «Organizzare tutta l'informazione del mondo e renderla universalmente accessibile e utile»²² e «Don't be evil»²³. All'inizio i due fondatori erano dichiaratamente diffidenti nei confronti dell'*advertising online*²⁴. Page e Brin, infatti, inizialmente operarono in modo trasparente, utilizzando i dati comportamentali degli utenti esclusivamente per migliorare l'esperienza d'uso. L'algoritmo PageRank classificava i siti in base alla loro autorità sul *Web*, misurata attraverso i *link* ipertestuali ricevuti: più citazioni un sito aveva, maggiore era la sua affidabilità²⁵. Nel

²⁰ S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 91.

²¹ Sulle origini di questo particolare mercato e sul suo funzionamento si vedano J. BATTELLE, *Google e gli altri. Come hanno trasformato la nostra cultura e riscritto le regole del business*, Raffaello Cortina, Milano, 2006; K. AULETTA, *Effetto Google. La fine del mondo come lo conosciamo*, Garzanti, Milano, 2011; F. FOER, *I nuovi poteri forti. Come Google Apple Facebook e Amazon pensano per noi*, cit.; S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit.

²² S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 80.

²³ F. FOER, *I nuovi poteri forti. Come Google Apple Facebook e Amazon pensano per noi*, cit., p. 66.

²⁴ «I motori di ricerca finanziati dalla pubblicità non possono che essere parziali nei confronti dei loro inserzionisti e lontani dalle esigenze dei consumatori. [...] Migliore è un motore di ricerca e meno ci sarà bisogno di pubblicità perché l'utente trovi quello che vuole. [...] Pensiamo che la pubblicità confonda gli obiettivi e quindi è fondamentale che un motore di ricerca competitivo sia trasparente e rimanga nell'ambito accademico» (S. BRIN, L. PAGE, *The Anatomy of a Large-Scale Hypertextual Web Search Engine*, in *Computer Networks and ISDN Systems*, 30, 1998, pp. 107-117).

²⁵ Sul tema si vedano E. PARISER, *Il filtro. Quello che internet ci nasconde*, il Saggiatore, Milano, 2012; D. CARDON, *Che cosa sognano gli algoritmi*, cit.; F. FOER, *I nuovi poteri forti*, cit.; S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit.

2000, tuttavia, di fronte alle critiche degli investitori preoccupati²⁶ per il futuro dell'azienda, Google cambiò strategia, introducendo il *targeted advertising*. Questo nuovo modello di pubblicità personalizzata richiedeva l'impiego dei dati degli utenti per creare annunci su misura. Le informazioni, fino ad allora usate solo per migliorare i servizi, vennero sfruttate per conoscere a fondo gli utenti e perfezionare la pubblicità. Oggi, quando visitiamo un sito, il nostro profilo viene messo all'asta da un sistema algoritmico in meno di 100 millesimi. Inserzionisti automatizzati competono per inserire il loro annuncio, stimando la probabilità che l'utente clicchi in base ai dati raccolti. Questo modello garantisce un tasso di successo superiore del 30% rispetto alle strategie di un *media planner* umano²⁷.

Secondo Zuboff, dietro alla retorica degli «scarti digitali» o «brisiole digitali»²⁸, Google ha nascosto il suo reale intento di sorveglianza e manipolazione degli utenti, inaugurando una nuova forma di mercato, la cui avanzata è stata favorita da due condizioni: l'assenza totale di vincoli²⁹ e le particolari contingenze storiche di emergenza derivanti dagli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001³⁰. In quel momento agli azionisti di Google fu chiaro che, perché le entrate salissero, la società avrebbe dovuto investire sull'estrazione dei dati comportamentali degli utenti. Dopo Search – il motore di ricerca che ha segnato la corsa della *corporation* verso l'approvvi-

²⁶ Altri motori di ricerca rivali (Overture, usato dal portale AOL, o Inktomi, il motore di ricerca di Microsoft) adottavano, al contrario di Google, un modello favorevole all'*advertising online* dal quale ottenevano ingenti ricavi (S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 82).

²⁷ D. CARDON, *Che cosa sognano gli algoritmi*, cit., p. 44.

²⁸ S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 101.

²⁹ «Un elemento chiave della ricerca della libertà di Google è stata la sua capacità di trovare, costruire e reclamare territori sociali inesplorati e ancora non soggetti a nessuna legge» (S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 114); «Il mondo *online* non è ancorato alle leggi terrestri, [...] è lo spazio senza governo più grande del mondo» (E. SCHMIDT, J. COHEN, *The new digital age: Transforming Nations, Businesses and Our Lives*, Vintage, New York 2013).

³⁰ Sul tema si veda D. LYON, *Surveillance After September 11*, Polity Press, Cambridge, 2003, p. 7; Z. BAUMAN, D. LYON, *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, Laterza, Roma, 2015.

gionamento di *surplus* comportamentale da trasformare in profitto – Google ha progressivamente espanso il proprio potere anche altrove. Oggi gli archivi dell’azienda sono depositati ogni tipo di dati personali degli utenti: messaggi, *e-mail*, ricerche, note, contenuti multimediali, acquisti, informazioni sulla loro salute e spostamenti.

Ovviamente, la scoperta di Google ha influenzato la concorrenza. Il primo concorrente di Google è stato Facebook. Fondato nel 2004 da Mark Zuckerberg, il *social network* persegue un’approfondita conoscenza dei suoi utenti invitandoli e spingendoli direttamente a condividere con la piattaforma gusti e interessi. Aggiornamento dopo aggiornamento, Zuckerberg è riuscito a procurarsi miliardi di dati personali di miliardi di persone in tutto il globo³¹. Dopo Facebook anche Microsoft, Apple, Amazon, Netflix e molte altre grandi *corporation* hanno seguito il ‘modello Google’.

Riassumendo, la fortuna di questo tipo di mercato proviene dalla connessione digitale. Questo modello di *business*, infatti, si basa su di un preciso *iter* che parte dall’estrazione dell’esperienza umana e termina con la manipolazione del comportamento dell’utente. Ciò comporta, appunto, che l’utente stesso divenga il mezzo attraverso il quale le aziende realizzano i propri fini. Quando usufruiamo di un servizio *online*, infatti, generiamo automaticamente dati (informazioni su interessi, aspirazioni, orientamenti e abitudini di consumo). Inoltre, l’utilizzo stesso di un qualsiasi servizio *online* costituisce per la piattaforma l’occasione per richiedere espressamente informazioni personali agli utenti. I dati così raccolti vengono in parte utilizzati per l’erogazione del servizio richiesto, in parte per finalità di *marketing*³². La capacità di predizione e, quindi, di indirizzamento verso gli obiettivi prescelti dalla piattaforma e dall’inser-

³¹ Entrambe le aziende si fondano sulla raccolta del ‘*surplus* comportamentale’ e traggono, quindi, i propri guadagni dalle inserzioni pubblicitarie mirate e personalizzate. Sulla base del *surplus* raccolto, gli algoritmi di Google classificano i risultati delle ricerche, mentre gli algoritmi di Facebook ordinano le notizie del NewFeed. Cfr. S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 199.

³² S. TOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell’interessato e tutela dell’utente*, in *Medialus. Rivista di Diritto dei Media*, 2019, 3.

zionista sono tanto più precisi quanti più sono i dati disponibili sul comportamento e sulla personalità di chi si vuole influenzare. Per questo motivo, ogni attività *online* dell'utente è monitorata: la piattaforma sa che immagine abbiamo guardato e per quanto tempo, sa quando siamo soli, quando siamo depressi, quando stiamo cercando le foto dei nostri ex partner, sa quando siamo nervosi e se abbiamo dei disturbi dell'umore, sa se preferiamo il mare alla montagna, conosce il genere di film che amiamo e la musica che ascoltiamo, sa se le nostre idee politiche sono reazionarie o progressiste, sa se preferiamo vestirci nei grandi magazzini del *fast fashion* o nelle *boutique*. Tutti questi dati, che rilasciamo in continuazione, vengono inseriti in sistemi che non hanno alcuna supervisione umana, al fine di produrre modelli previsionali sui nostri comportamenti futuri.

La sorveglianza è il meccanismo sul quale si fonda questo nuovo tipo di sistema. Più dati sugli utenti si posseggono, maggiore sarà la possibilità di prevedere e orientare i loro comportamenti, con conseguente beneficio della piattaforma e dell'inserzionista.

1.2. *Il potere di influenza e il business della realtà*

Questo potere che ho definito di ‘influenza’ è, dunque, alla base dell’economia di *Internet*. Si tratta di un potere certamente non normativo, non violento e non coercitivo³³. Non è, però, neanche un potere di semplice ‘persuasione’. Secondo il dizionario Treccani ‘persuadere’ significa «convincere, indurre una persona a riconoscere la realtà di un fatto, la giustezza, la fondatezza di un dato stato di cose»; secondo il *Cambridge English Dictionary* l’equivalente inglese ‘to persuade’ significa «to make someone do or believe something by

³³ Numerose intuizioni contenute nelle prossime pagine sul potere di influenza alla base dell’economia di *Internet* derivano da momenti di confronto e discussione con Michele Ubertone con il quale ho condiviso negli ultimi anni questi interessi di ricerca. Tali momenti di riflessione hanno portato alla stesura a quattro mani del già citato manoscritto: M. TARONI, M. UBERTONE, *Il diritto nella società della manipolazione*, cit.

giving them a good reason to do it or by talking to that person and making them believe it». In base a entrambe queste definizioni, può esserci persuasione solo ove si induca una particolare credenza, ossia un particolare atteggiamento proposizionale. La seconda definizione precisa che per essere persuasi non occorre solo credere che una certa proposizione sia vera ma anche farlo sulla base di ragioni che il soggetto persuaso considera buone ragioni. La persuasione opera attraverso il linguaggio, verbale o non verbale, e consiste nel fornire ragioni epistemiche per credere nella verità di certe proposizioni o ragioni prudenziali o morali per tenere determinati comportamenti. Essa cioè è possibile tendenzialmente solo in virtù della consapevolezza da parte del soggetto di essere persuaso. Il potere condizionante alla base del mercato di *Internet*, invece, è possibile tendenzialmente solo in quanto ignoto al soggetto condizionato: l'influenza opera per il tramite di processi causali che prescindono dalla comunicazione esplicita di ragioni per credere o agire e anzi sono incompatibili con essa. L'influenza *online* ha conseguenze, a nostra insaputa, anche sulla nostra vita *offline*.

Un buon esempio dell'intromissione condizionante di questo *business model* nella realtà di tutti giorni è il videogioco Pokémon Go, sviluppato da Niantic Labs, di proprietà di Google. Pokémon Go è un videogioco di tipo *free-to-play*, sviluppato per i sistemi operativi iOS e Android e basato su realtà aumentata geolocalizzata con GPS³⁴. I giocatori, per portare avanti il gioco, devono muoversi nello spazio fisico³⁵, utilizzando il proprio *smartphone*, con l'obiettivo di catturare i Pokémon che spesso sono localizzati nei lu-

³⁴ Sivedala voce 'Pokémon Go' in https://it.wikipedia.org/wiki/Pok%C3%A9mon_Go.

³⁵ Non appena il gioco è stato introdotto sul mercato è diventato subito virale, tanto che in diversi Paesi molte persone, distratte dalla ricerca del Pokémon da catturare, hanno provocato incidenti stradali. Alcuni stati hanno dovuto imporre restrizioni al gioco per evitare problemi di ordine pubblico (R. MIDDLETON, *Pokemon Go: Dutch rail operator tells Nintendo to change game after players wander onto tracks*, in *International Business Times UK*, 12 luglio 2016; R. REVESZ, *Pokémon Go: Gamers warned to pay attention to the law when searching for Pokéstops'*, in *Independent*, 12 luglio 2016).

ghi stabiliti dagli inserzionisti, per esempio nei ristoranti di McDonald³⁶ e nelle caffetterie di Starbucks³⁷. L'obiettivo reale del gioco, quindi, non è distribuire un prodotto di intrattenimento fine a sé stesso, ma spingere i giocatori a consumare in quel negozio o in quel ristorante: l'applicazione ludica, infatti, è gratuita per i giocatori e chiaramente gli introiti di Niantic Labs su Pokémon Go derivano dagli inserzionisti, che pagano perché i Pokéstopping e i Pokémons vengano posizionati nel luogo da loro desiderato. È evidente che l'efficacia del *business model* sotteso a questo videogioco è strettamente correlata al suo carattere occulto³⁸.

Se agli albori dell'era del capitalismo della sorveglianza, quindi, l'estrazione dei dati si limitava solamente alla condotta dell'individuo nel mondo virtuale, negli ultimi anni l'interesse dei colossi del *Web* si è spostato verso il cosiddetto «business della realtà»³⁹. Ci sono molti termini per definire questo fenomeno: «computazione ambientale», «computazione onnipresente», «internet delle cose». In sintesi, il *business* della realtà è l'espansione dell'attività di estrazione dell'esperienza umana al mondo materiale, attività

che si svolge nel mondo quotidiano costantemente ricavata da telefoni, automobili, strade, case, negozi, corpi, alberi, edifici, porti e città, e restituita al mondo virtuale, dove trova nuova vita fornendo dati pronti a essere trasformati in previsioni [...]⁴⁰.

Previsioni sempre più realistiche e quindi strumenti sempre più raffinati per ottenere pubblicità personalizzate⁴¹ sempre più effica-

³⁶ *Pokémon Go arriva in Giappone in partnership con McDonald's*, in *Il secolo XIX*, 19 luglio 2016.

³⁷ C. BALENA, *Starbucks lancia il frappuccino al sapore di Pokémons e trasforma i ristoranti in Pokéstopping*, in *StartupItalia*, 12 dicembre 2016.

³⁸ M. TARONI, M. UBERTONE, *Il diritto nella società della manipolazione*, cit.

³⁹ S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 213 ss.

⁴⁰ S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 213 ss.

⁴¹ «La personalizzazione è un mezzo per 'individualizzare' le operazioni di rifornimento [dell'esperienza umana] e assicurarsi un flusso continuo di *surplus* proveniente dal profondo. È un processo che può riuscire solo grazie alla nostra fame

ci. I dispositivi *smart* che agiscono come sensori del e nel mondo materiale, dispositivi come Echo di Amazon o Google Home, per esempio, analizzano ore e ore di dialoghi informali dai quali «riescono a produrre previsioni avanzate in grado di “anticipare” i nostri bisogni»⁴².

Infatti, una volta compreso che i dati avrebbero costituito il carburante di questo nuovo mercato, le Big Tech hanno messo a punto strumenti idonei a conoscere a fondo l’utente. Grazie alla cattura della nostra attenzione e ad un controllo invasivo e costante, i colossi del *Web* posseggono attualmente modelli predittivi, straordinariamente precisi, del nostro comportamento. La sorveglianza e la manipolazione dei comportamenti avvengono non solo per il tramite di *computer*, *tablet* e *smartphone*, ma anche attraverso altri prodotti ‘*smart*’: tecnologie indossabili e assistenti vocali dotati di sensori in grado di assistere e analizzare i comportamenti dell’individuo al fine di produrre previsioni avanzate.

Senza indirizzamento dei comportamenti, quindi, il capitalismo della sorveglianza non potrebbe generare profitto. I metodi utilizzati per influenzare gli utenti a consumare prodotti e servizi, però, sono altrettanto efficaci a guidarli nella formazione di altri tipi di decisioni, come dimostrano le campagne elettorali del Ventunesimo secolo, a cominciare dalla corsa presidenziale di Obama del 2008, in cui lo stesso fondatore di Google, Eric Schmidt, ebbe un ruolo fondamentale.

1.2.1. *L’ideale skinneriano*

Il potere strumentalizzante, o di influenza, è la capacità di modificare i comportamenti in tempo reale nel mondo reale⁴³, attra-

interminabile di riconoscimento, apprezzamento e soprattutto supporto» (S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 270).

⁴² S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 275.

⁴³ Affermazioni che Zuboff ricava da una dichiarazione di un *senior software engineer* intervistato dalla studiosa ma che ha scelto di rimanere anonimo (S. Zu-

verso molteplici metodi, in gran parte tratti dagli studi di psicologia di matrice comportamentista: il ‘condizionamento’⁴⁴; lo sfruttamento di meccanismi come la gratificazione immediata o della cosiddetta FOMO (*Fear Of Missing Out*); la creazione di apposite architetture della scelta⁴⁵, elaborate in modo da incanalare l’attenzione sull’azione che si vuole ottenere; l’influenza sociale⁴⁶; l’utilizzo di messaggi subliminali empatici che inducono determinati stati emotivi; e ancora, l’impiego di sistemi di *gamification* che garantiscono assuefazione.

Il funzionamento stesso del capitalismo della sorveglianza sembra realizzare il desiderio del celebre comportamentista B.F. Skinner, che nel suo *Oltre la libertà e la dignità* del 1971, auspicava un futuro basato sul controllo del comportamento e rifiutava le idee di autodeterminazione e di libertà individuale, considerandole principi narcisistici e irrealistici della società liberale. I colossi del *Web* competono e gareggiano fra di loro per la conquista dell’attenzione dell’utente: questo modello di *business*, infatti, funziona solamente nel momento in cui viene creata nel consumatore una vera e propria dipendenza, che lo porta a rimanere incollato allo schermo del *device* per diverse ore al giorno. Per perseguire tale obiettivo, le piattaforme digitali si avvalgono di precise tecniche, mutuate dalle *behavioral sciences*, che si fondano sulla stimolazione della prospettiva di una ricompensa che consegue alla stimolazione intermittente di dopamina dovuta all’uso dell’apparecchio elettronico⁴⁷. Grazie all’impiego di questi metodi, si garantisce la continuità del ciclo economi-

BOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 309).

⁴⁴ Il condizionamento è un metodo molto noto per attuare cambiamenti nei comportamenti, associato prevalentemente al celebre comportamentista Skinner (S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 312).

⁴⁵ Termine mutuato dalla teoria dei *nudge*.

⁴⁶ J. BERGER, *Influenza invisibile*, cit.

⁴⁷ A confermarlo Sean Parker, cofondatore di Napster (programma di *file sharing*) ed ex presidente di Facebook. Nel 2017 egli ha ammesso che Facebook era stata creata per rubare agli utenti quanto più tempo e consapevolezza possibili attraverso il rilascio intermittente di scariche di dopamina (S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 467).

co descritto: il rilascio, da parte dell’utente, dei propri dati personali e l’attuazione di comportamenti, *online* e *offline*, conformi a quelli suggeriti dalla piattaforma.

Il sistema di ricompensa, quindi, è attivato soprattutto da tecniche di *gamification* che garantiscono assuefazione, trasformando le piattaforme in spazi ludici⁴⁸. L’utente-giocatore, in cambio di premi, classifiche, punti o tag, fornisce informazioni personali utili agli algoritmi per monitorarlo e proporgli servizi e prodotti mirati⁴⁹. La *gamification* incentiva specifici comportamenti, orientando l’attenzione dell’utente verso azioni che realizzano obiettivi commerciali, in modo analogo al *nudging*, che usa spinte gentili per influenzare decisioni socialmente utili⁵⁰. Essa si basa su dinamiche psicologiche, come la gratificazione immediata derivante dal raggiungimento di traguardi e il desiderio di riconoscimento. *Social network* come Facebook e Instagram sfruttano questi meccanismi: i *like* ricevuti incentivano l’utente a cercarne altri, mentre la loro scarsità lo induce a cambiare strategia. In entrambi i casi, l’effetto è un aumento delle ore trascorse sulle piattaforme.

Come già accennato, per catturare l’attenzione degli utenti, inoltre, le piattaforme sfruttano la c.d. FOMO (*Fear Of Missing*

⁴⁸ Sul tema, si veda M. TARONI, *Puerilismo digitale*, in *Il diritto debole. Mutazione del diritto e nuove forme di normatività*, a cura di EAD., M. UBERTONE, G. Giappichelli Editore, Torino, 2020. *Gamification* esprime «l’idea di sfruttare i meccanismi di causa ed effetto ispirati al gioco per incoraggiare specifici comportamenti» (E. FINN, *Che cosa vogliono gli algoritmi*, cit., p. 133).

⁴⁹ In materia si possono portare numerosi esempi: dalle applicazioni che stimolano l’utente a svolgere attività fisica dietro promessa di ricompense varie alla costruzione stessa dei *social network* (Facebook e Instagram, ad esempio): l’azione di taggere qualcuno rappresenta l’esempio emblematico di stimolo ludico.

⁵⁰ Si veda R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, cit.

A titolo esemplificativo, il principale *data scientist* di una catena di supermercati ha ammesso che la sua azienda progetta tali ‘spinte gentili’ digitali automatiche al fine di indirizzare il consumatore verso determinati comportamenti: «con questa tecnologia puoi far fare determinate cose alle persone. Anche se si tratta solo del 5% per cento delle persone, avrai portato il 5% delle persone a compiere un’azione che altrimenti non avrebbero fatto, perciò da un certo punto di vista l’utente perde parte del suo autocontrollo» (S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 311).

Out), la ‘paura di perdersi qualcosa’: si tratta di una forma di ansia sociale derivante dal timore che solo altri possano vivere esperienze piacevoli e gratificanti e si traduce nella paura dell’utente di essere disconnesso conducendolo ad un controllo ossessivo dei social network per una verifica costante sulle attività e i contenuti pubblicati dai propri amici in modo da rimanere aggiornato e al passo con gli altri⁵¹.

Infine, utilizzare messaggi subliminali empatici che inducono a determinati stati emotivi influenza in maniera incisiva il comportamento degli utenti⁵².

Tutte queste tecniche di persuasione sono oggetto di un preciso insegnamento del Professore B.J. Fogg alla Stanford University: stando a quanto dichiarato da Tristan Harris⁵³, ex *designer* etico di Google, hanno frequentato il corso in questione, denominato «Persuasive Tech», tutti i più importanti *designer* che lavorano o hanno lavorato per i colossi della Silicon Valley. Obiettivo del corso, infatti, è proprio l’insegnamento di tecniche finalizzate al cambiamento comportamentale di chi naviga sui *social network*⁵⁴. Ad esempio, la ‘Sezione Notizie’ dei più famosi *social network* è costruita per creare dipendenza e assuefazione nell’utente, instillandogli un’abitudine inconscia, ossia quella di aggiornare di continuo il *feed*. Si tratta di metodi derivati dal funzionamento delle *slot machine* dei casinò: ‘scrollare’ per aggiornare il *feed* dei *social* comporta un *rinforzo positivo intermittente*. Ne deriva che, come il giocatore davanti ad una *slot machine* ha sempre la tentazione di una nuova giocata nella speranza di vedere sul *monitor* i simboli della vittoria, così l’utente è portato a sbloccare il dispositivo e aggiornare la ‘Sezione Notizie’

⁵¹ Questa condizione crea ripercussioni negative sulla salute e sul benessere psicologico di chi ne è affetto, portando talvolta a fenomeni depressivi.

⁵² A.D.I. KRAMER, J.E. GUILLORY, J.T. HANCOCK, *Experimental evidence of massive-scale emotional contagion through social networks*, Princeton University, Princeton, 2014.

⁵³ T. HARRIS, *How Technology is Hijacking Your Mind – from a Magician and Google Design Ethicist*, in *Medium*, 2016.

⁵⁴ B.J. FOGG, *Persuasive Technology. Using Computers to Change What We Think and Do*, Morgan Kaufmann, San Francisco, 2003.

dei *social*, in attesa della scarica di dopamina che segue alla visualizzazione di contenuti di suo interesse e gradimento.⁵⁵ Gli algoritmi, dunque, vengono addestrati per mantenere alta l'attenzione dell'utente e poi condurlo verso le scelte programmate dalla piattaforma e dall'operatore economico⁵⁶.

1.2.2. *Sorveglianza continua*

Quando l'attenzione di noi utenti è stata catturata inizia il processo di memorizzazione e catalogazione delle nostre attività per poterne ricavare dati comportamentali. Questa particolare fase del ciclo economico è funzionale al perseguitamento di un obiettivo specifico: la piattaforma vuole sapere tutto di noi. E ci riesce benissimo, forse anche meglio di noi stessi. La piattaforma sa quali siti *Web* consultiamo, quali prodotti acquistiamo, quali immagini guardiamo e per quanto tempo. Sa se preferiamo un buon libro ad una serata al cinema, sa su quale frase di un *e-book* ci siamo soffermati, sa se siamo sportivi o sedentari, sa se siamo conservatori o progressisti, sa quando siamo tristi, sa quando siamo felici. La piattaforma vuole sapere chi siamo e come ci mostriamo agli altri. Ma soprattutto vuole conoscere i nostri segreti più reconditi: ciò che celiamo persino a noi stessi. Oggi le tecniche di tracciamento dell'utente, infatti, sono molteplici: ai *cookies* e altri *tracker* simili si aggiungono le informazioni e i dati derivanti dalla diffusione di prodotti *smart* come assistenti digitali e tecnologie indossabili⁵⁷, che possono controllare e registrare il comportamento *offline* dell'individuo. E nessuna *app*

⁵⁵ Si veda N.D. SCHULL, *Your Undivided Attention Podcast Episode 1: What Happened in Vegas*, in Center for Humane Technology (CHT).

⁵⁶ Centrale, in proposito, il concetto di apprendimento automatico (*“machine learning”*): si dà al *computer* il compito di raggiungere un obiettivo, come spingere l'utente a trascorrere più tempo sul *social network*, ed esso, da sé, mette a punto tecniche per perseguirolo nel modo più efficace. Ciò si traduce, per fare un esempio, nella scelta strategica di contenuti da far visualizzare agli utenti sui *social network*.

⁵⁷ Si ricordi come negli ultimi anni l'interesse delle piattaforme si è esteso altresì ai comportamenti *offline* dell'individuo con conseguente ideazione di stru-

sfugge alla logica della sorveglianza. Nel 2017, la no-profit francese Exodus Privacy e lo Yale Privacy Lab hanno analizzato oltre 300 *app* Android (alcune disponibili anche su iOS), rivelando due criticità fondamentali. Da un lato, anche le *app* apparentemente innocue possono contenere *tracker* ancora sconosciuti, sfuggendo a una prima analisi superficiale. Dall'altro, qualsiasi applicazione – dalle previsioni meteo ai servizi di *dating* – integra numerosi strumenti di *tracking* progettati per raccogliere e sfruttare il *surplus* comportamentale degli utenti⁵⁸. La maggior parte delle *app*, inoltre, richiede all'utente l'accesso al suo posizionamento, anche quando non è necessario per il miglioramento del servizio offerto. Questo perché conoscere la localizzazione dell'utente è estremamente remunerativo per la piattaforma.

Le problematiche relative alla sorveglianza dell'utente e alla protezione dei dati personali che egli rilascia navigando in rete sorgono con particolare riferimento al meccanismo dei *third party cookies*. Un *first party cookie* è generato dallo stesso *web server* della pagina *web* che l'utente sta visitando. Si attiva la prima volta che l'utente naviga in quella determinata pagina ed è deputato a memorizzare i dati relativi a quell'utente per poterlo riconoscere quando torna sul sito così da facilitargli la navigazione (ad esempio, registrando le credenziali del *log in*). I *third party cookies*, invece, non appartengono a chi gestisce il sito, ma a una terza parte, un *ad-network*, come DoubleClick o Right Media.

Accade così che il *cookie*, da cimice locale, diviene una spia dotata del dono dell'ubiquità, che riesce a pedinare l'utente per tutto il *Web*. La strategia del *behavioral retargeting* opera, infatti, così: se un utente visita un sito di articoli sportivi, guarda una tuta ma non la acquista, un *third party cookie* registra questa attività. Successivamente, l'utente vedrà pubblicità di quella tuta su altre pagine *Web*. Se l'acquisto avviene, l'informazione sarà venduta a società come

menti atti a monitorarli. In particolare, ‘*Internet of things*’ è un neologismo che indica l'estensione di *Internet* agli oggetti e nei luoghi fisici ed esistenti nel mondo.

⁵⁸ S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 147.

Axiom o BlueKai, che la rivenderanno, ad esempio, a negozi *online* simili. Da quel momento, *banner* pubblicitari di tute e scarpe sportive appariranno ovunque, poiché l'acquisto ha rivelato il suo interesse per lo sport. Tutto ciò è reso possibile dalla memorizzazione delle ricerche tramite i *third party cookies*⁵⁹.

Oggi il mercato degli annunci pubblicitari sul *Web* si fonda prevalentemente proprio sulla tecnica del *retargeting* mediante i *third party cookies*: procedendo alla memorizzazione di ogni singolo aspetto dei comportamenti *online* del singolo – come, ad esempio, il tempo di visualizzazione di un determinato prodotto dal quale si può desumere lo stato di incertezza in merito al suo acquisto – gli *ad-server* dispongono di tutte le informazioni necessarie per persuadere e convincere l'utente. Anche i *social network* partecipano attivamente a questo sistema di tracciamento, estremamente pervasivo se si considera l'alto coinvolgimento degli utilizzatori del servizio: la piattaforma conosce i propri utenti e raccoglie tutti i loro dati in un unico luogo. Gli utenti di Facebook non navigano sul sito per comprare ma gli inserzionisti possono sfruttare la conoscenza che Facebook ha di loro per trasformarli in consumatori. Infatti, oltre a fungere da luogo di raccolta ed esibizione dei *banner* pubblicitari dei prodotti e servizi dei siti e delle pagine consultate, i *social network* dispongono di uno strumento estremamente efficace per monitorare gli iscritti e inferirne interessi e abitudini: il pulsante ‘*like*’. Il *like* fu progettato nel 2007 e lanciato nel 2009. Nel 2010, poi, visto il suo successo esponenziale, Facebook ha esteso questa funzionalità anche al di fuori della piattaforma. Tramite l'inserzione di una minuscola riga di codice, qualunque sito *Web* può aggiungere il tasto

⁵⁹ Un esempio emblematico di questo meccanismo è Trivago, che monetizza i dati degli utenti attraverso due strategie principali. Da un lato, ottiene una commissione ogni volta che un utente acquista un biglietto aereo tramite un suo *link*. Dall'altro, traccia le ricerche effettuate sul sito, generando *cookies* che registrano l'intenzione di viaggio dell'utente. Questi dati vengono poi venduti a società specializzate come Axiom o BlueKai, che li rivendono al miglior offerente, come Ryanair. Il risultato? L'utente inizierà a vedere offerte per la destinazione cercata non solo su Trivago, ma ovunque nel *Web*, in un circuito di *retargeting* pubblicitario che lo seguirà incessantemente.

‘Mi piace’ del *social network* alle sue pagine. I vantaggi sono evidenti: da un lato, le aziende registrano le informazioni sugli utenti Facebook che visitano le loro pagine; dall’altro, Facebook memorizza l’attività degli utenti al di fuori di esso. Grazie alla sorveglianza costante delle azioni *online* dell’individuo e alla registrazione dei suoi dati comportamentali, è possibile creare un mondo virtuale altamente personalizzato in cui contenuti culturali o politici sono in linea con i suoi interessi e con il suo orientamento politico.

Anche l’attività *offline* dell’utente può essere oggetto di continuo monitoraggio. Gli *smart assistant*, gli *smartwatch*, le *smart TV*, gli elettrodomestici intelligenti, sono in grado, grazie a particolari sensori, di captare quasi ogni movimento e informazione rilasciata nell’ambiente circostante. Questi dispositivi rendono impossibile la totale disconnessione del soggetto: anche quando l’utente non è connesso, infatti, la sua attività *offline* continua ad arricchire i *server* di *surplus* comportamentale. Esempi di questo tipo sono innumerosi e l’incremento degli investimenti delle piattaforme in questo genere di invenzioni testimonia il successo di queste tecnologie in termini di tracciamento e profilazione degli individui. Secondo un rapporto dell’IBM:

Grazie all’internet delle cose, i beni fisici stanno prendendo parte al mercato digitale globale in tempo reale. Attorno a noi ci sono un’infinità di beni che verranno facilmente indicizzati, ricercati e commerciali come qualunque altro bene *online*. [...] La chiamiamo “liquefazione del mondo fisico”⁶⁰.

Gli *smart assistant*, basati su apprendimento automatico, riconoscono il linguaggio naturale per interagire con gli utenti, offrendo servizi come previsioni meteo, gestione di elettrodomestici e controllo della casa. Queste funzionalità, però, raccolgono continuamente dati personali. La loro connessione con altri dispositivi, co-

⁶⁰ IBM INSTITUTE FOR BUSINESS VALUE, *The Economy of Things: Extracting New Value from the Internet of Things*, 2014.

me *smart TV* o *smartwatch*, amplifica la diffusione e l'incrocio delle informazioni. Gli assistenti monitorano costantemente l'ambiente, anche quando non utilizzati, estendendo la sorveglianza oltre l'utente diretto a chiunque si trovi nelle vicinanze.

La pervasività di questi strumenti, dunque, è notevole soprattutto con riferimento agli *home speaker*, che si trovano nelle abitazioni. Gli *home speaker* si presentano come ‘maggior domi’⁶¹ dei proprietari, pronti collaboratori che soddisfano ogni esigenza del richiedente, ascoltano e registrano tutte le conversazioni che avvengono nei loro pressi, anche quando ne prendono parte persone terze che potrebbero essere ignare della loro presenza o del loro funzionamento. Non è un caso che ogni gigante del *Web* abbia creato un proprio *smart assistant*: Siri è di Apple, Alexa di Amazon, Cortana di Microsoft e Google Assistant di Google. Nel settore dei prodotti *smart* rientrano anche le tecnologie indossabili che si plasmano sull'individuo captandone ogni movimento per poi trasmetterlo ai *server* dei dispositivi connessi⁶²: occhiali da sole, *smartwatch* e giubbini con sensori⁶³. L'azienda di *marketing* digitale Ovum ha spiegato che gli inserzionisti vedono i dispositivi indossabili come

⁶¹ F. PIZZETTI, *L'intelligenza artificiale che ci spia a casa: quali rischi e soluzioni per la privacy*, in *agendadigitale.eu*, 4 aprile 2018. Secondo l'autore gli assistenti digitali sono paragonabili a «moderni maggiordomi dell'era digitale, ma, esattamente come i maggiordomi vittoriani, sanno tutto di ciò che accade nella casa e tutto registrano e ritrasmettono».

⁶² Sul tema della continua auto-valutazione e l'auto-monitoraggio tramite dispositivi elettronici si veda: A. ARTOSI, M. TARONI, *Tecno-potere, panoptismo e terrore*, in *Fermenti*, 2021, n. 254, pp. 38-50.

⁶³ Fra i tanti, si consideri l'esempio degli ‘occhiali *smart*’, dispositivi indossabili come occhiali da sole lanciati per la prima volta da Google nel 2013, seguiti successivamente da altre *big tech* come Snapchat e Facebook. I rischi connessi alla *privacy* di chi li indossa sono numerosi: questi occhiali, infatti, nel momento in cui scattano una foto e poi la pubblicano sui *social*, condividono i dati personali dei soggetti presenti in essa, in primo luogo i lineamenti del volto. Si considerino anche tutti gli *smartwatch* dotati di sensori per rilevare frequenza cardiaca, ossigenazione del sangue, qualità del sonno (S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 260).

una fonte di conoscenza dei dati estremamente granulare, che consente di accedere anche a dati comportamentali e d'uso del tutto nuovi. I dispositivi indossabili del futuro sapranno catturare una vasta gamma di informazioni connesse all'attività contestuale dell'utente, alla sua salute e al suo stato emotivo, che potranno essere usate per migliorare e confezionare prodotti e messaggi di marketing di altissimo livello⁶⁴.

I prodotti *smart* offrono agli utenti un'apparente scelta sulla condivisione dei dati personali, ma il rifiuto comporta una riduzione delle funzionalità. L'accesso del dispositivo all'intimità dell'utente diventa quindi una *conditio sine qua non*. Ad esempio, il letto *SleepNumber*, lanciato sul mercato nel 2017, con «tecnologia *smart bed* e tracciamento del sonno»⁶⁵, utilizza sensori per personalizzare il letto e monitorare battito cardiaco, respiro e movimenti. Tuttavia, le dodici pagine di *policy* sulla *privacy* avvertono che, senza consenso, l'azienda potrebbe non garantire il pieno funzionamento del prodotto.

Attraverso l'osservazione e la profilazione dell'utente, viene, dunque, raggiunto il vero e ultimo obiettivo di questo particolare ciclo economico: il condizionamento della condotta, *online* e *offline*, del consumatore. Gli inserzionisti, infatti, pagano le piattaforme digitali perché, sulla base dei dati raccolti attraverso gli innumerevoli strumenti di profilazione, queste riescano a ottenere progressive e costanti modifiche nel comportamento degli utenti. In sintesi, ciò significa influenzare l'individuo fino a stimolare in esso il comportamento dal quale deriva il successo economico delle aziende inserzioniste⁶⁶.

Per perseguire questo obiettivo gli utenti sono continuamente oggetto di esperimenti che consistono nel provocare leggeri e im-

⁶⁴ *Ovum Report: The future of E-commerce-the Road to 2026*, Criteo, 2015.

⁶⁵ S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 250.

⁶⁶ Sul tema della modifica del comportamento, ultima fase del ciclo economico alla base del mercato sul *Web*, si veda in particolare: J. LANIER, *Dieci ragioni per cancellare subito i tuoi account social*, cit.; T. HARRIS, *How a handful of tech companies control billions of minds everyday*, cit.; S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit.

percettibili cambiamenti nella loro personalità e nelle loro condotte, al fine di poter verificare come questi rispondano a determinati stimoli. Il profitto economico dei capitalisti della sorveglianza, scaturisce, quindi, non solo dalla sorveglianza costante degli individui, ma anche dallo sfruttamento dei loro meccanismi psicologici. La categorizzazione degli utenti e la costruzione di un profilo psicologico per ognuno di essi sono operazioni funzionali a identificare il momento giusto per l'invio di un determinato stimolo (pubblicitario). L'essere donna o uomo, avere o meno dei figli, l'essere al momento una persona soddisfatta o frustrata, statica o dinamica, avere un *partner* o essere single sono indizi importantissimi per la costruzione di un profilo psicologico.

Il fatto che un certo contenuto pubblicitario abbia funzionato con persone che presentano caratteristiche e circostanze emotive simili aiuta a individuare il momento in cui un utente, con quelle stesse caratteristiche e in quella stessa situazione, è più predisposto a rispondere positivamente a un certo tipo di stimolo pubblicitario. Ad esempio, nel 2010 un gruppo di ricercatori dell'Università del Minnesota ha rilevato che durante il periodo dell'ovulazione le donne rispondono meglio alla pubblicità di abiti aderenti e ha quindi suggerito agli addetti al *marketing* di «calcolare strategicamente i tempi» delle loro sollecitazioni *online*⁶⁷.

I nuovi metodi di *sentiment analysis* possono, dunque, aiutare a conoscere l'umore dell'utente: informazione potenzialmente determinante in una prospettiva di massimizzazione del profitto. Sapere, ad esempio, che un determinato utente quando è depresso procede ad acquisti compulsivi e insensati, soprattutto nel cuore della notte, è fondamentale per scegliere i momenti più strategici in cui bombardarlo di offerte pubblicitarie. Nel 2011 Dixon⁶⁸ ha scoperto che PK List Management, una società per la raccolta dei dati, stila e offre una lista di potenziali consumatori intitolata ‘Acquirenti com-

⁶⁷ *Ovulation Hormones Make Women “Choose Clingy Clothes”*, in BBC news, 5 agosto 2010.

⁶⁸ Pam Dixon è la fondatrice e direttrice esecutiva del World Privacy Forum (gruppo di ricerca di interesse pubblico e ONG). Si veda: <https://oe.cd.ai/en/community/pam-dixon>.

pulsivi': chi vi figura viene descritta come una persona sensibile alle pubblicità formulate come lotterie⁶⁹.

È soprattutto grazie ai *social network* che la personalità dell'utente può essere maggiormente osservata, scandagliata, sezionata e categorizzata per scopi commerciali. In particolare, con riferimento a Facebook, diversi studi hanno messo in evidenza che dal tracciamento delle attività dell'utente deriva la costruzione di un profilo psicologico utile alla sua manipolazione. Per la creazione di un profilo il più realistico possibile sono decisivi gli apprezzamenti sotto forma di *like*, la condivisione di particolari contenuti, le rivelazioni personali⁷⁰. Facebook dispone, infatti, di un *team* il cui compito è proprio quello di effettuare sperimentazioni usando gli utenti come vere e proprie cavie⁷¹. Non sempre Facebook nasconde i risultati di questi esperimenti emotivi, perché dimostrare di poter «manipolare emotivamente» milioni di persone è in effetti un'ottima pubblicità per procurarsi nuovi clienti inserzionisti⁷². Nel 2012 Facebook iniziò un esperimento per scoprire se le emozioni fossero contagiose⁷³. Si divise l'utenza in due gruppi: l'uno veniva esposto a contenuti prevalentemente positivi nel proprio *news feed* e l'altro a messaggi prevalentemente negativi. I risultati non lasciarono dubbi: gli utenti scrivevano post che riecheggiavano e riflettevano l'u-

⁶⁹ E. PARISER, *Il filtro. Quello che Internet ci nasconde*, cit., p. 99.

⁷⁰ Nel 2012, uno studio di Kosinki e Stilwell metteva in rilievo come «la personalità dell'utente può essere prevista in modo semplice ed efficace con i dati pubblici», suggerendo quanto le loro scoperte fossero importanti per marketing, progettazione dell'interfaccia utente e suggerimenti automatici (Y. BACHRACH, M. KOSINKI, T. GRAEPEL, P. KOHLI, D. STILWELL, *Personality and Patterns of Facebook Usage*, in *WebSci '12: Proceedings of the 4th Annual ACM Web Science Conference*, Association for Computing Machinery, New York, 2012, pp. 24-32).

⁷¹ A tal proposito, si considerino le parole dell'ex direttore del *team* di scienza dei dati di Facebook, Cameron Marlow: «Per la prima volta abbiamo a disposizione un microscopio che non ci consente solo di esaminare i comportamenti sociali a un livello di dettaglio mai visto prima, ma anche di fare esperimenti a cui sono esposti milioni di utenti» (T. SIMONITE, *What Facebook Knows*, in *Technology Review*, 13 giugno 2012).

⁷² J. LANIER, *Dieci ragioni per cancellare subito i tuoi account social*, cit., p. 111.

⁷³ A.D.I. KRAMER, J.E. GUILLORY, J.T. HANCOCK, *Experimental evidence of massive-scale emotional contagion through social networks*, cit.

more degli appartenenti al medesimo gruppo. I ricercatori di Facebook commentarono:

Gli stati emotivi possono essere trasferiti agli altri tramite un contagio emozionale, portando le persone a condividere le medesime emozioni senza che ne siano consapevoli. [...]. I messaggi *online* influenzano il modo in cui proviamo emozioni, con possibili effetti su una serie di comportamenti *offline*⁷⁴.

Alcuni anni dopo questo esperimento, nel maggio del 2017, l'*Australian* diede notizia di un rapporto scritto da due dirigenti di Facebook per gli inserzionisti di Australia e Nuova Zelanda. Il rapporto descriveva come l'azienda aveva raccolto dati psicologici di 6,4 milioni di giovani lavoratori australiani e neozelandesi per utilizzarli per finalità commerciali. In particolare, grazie ai dati raccolti, Facebook aveva potuto individuare il momento esatto in cui gli utenti necessitavano di una «iniezione di sicurezza» sotto forma di annuncio pubblicitario, perché «stressati», «vinti», «schiacciati», «ansiosi», «nervosi», «stupidi», «sciocchi», «inutili» e «falliti»⁷⁵. Facebook smentì pubblicamente di eseguire le pratiche descritte nel rapporto menzionato, anche se numerosi ex dipendenti dell'azienda hanno sostenuto il contrario⁷⁶.

I risultati dello studio sul ‘contagio emotivo’ condotto e pubblicato da Facebook dimostrano che, attraverso i *social network*, è possibile manipolare le emozioni degli utenti e sfruttarne le vulnerabilità per finalità commerciali. La sorveglianza comportamentale degli utenti, inoltre, permette di conoscere non solo il momento preciso in cui un individuo ha bisogno di una scarica di dopamina ma an-

⁷⁴ A.D.I. KRAMER, J.E. GUILLORY, J.T. HANCOCK, *Experimental evidence of massive-scale emotional contagion through social networks*, cit., pp. 8788-8790.

⁷⁵ S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 321.

⁷⁶ Ad esempio, Antonio Garcia Martinez, un ex *product manager* dell'azienda e autore di un libro intitolato *Chaos Monkeys*, confermò e descrisse al *Guardian* l'applicazione generale di tali pratiche, accusando Facebook di «dire menzogne belle e buone» (A.G. MARTINEZ, *I'm an ex Facebook Exec: Don't Believe What They Tell You About Ads*, in *The Guardian*, 2 maggio 2017).

che come stimolargli la stessa mancanza di dopamina. Se un utente in un particolare stato d'animo risulta incline a rispondere positivamente ad un'offerta pubblicitaria, perché non innescargli artificialmente quel preciso stato emozionale⁷⁷?

Se risulta che determinati post hanno come effetto quello di infastidire un soggetto ed è dimostrato empiricamente che quella emozione lo stimola a fare acquisti più facilmente, gli algoritmi verranno di conseguenza addestrati a proporgli contenuti dello stesso tipo allo scopo di arrecargli malessere. Dunque, posto che le emozioni negative risultano più ‘ingaggiante’ rispetto a quelle positive, si spiega in parte la sensazione di inquietudine, insoddisfazione e turbamento che insorge nell’utente che abbia ‘scrollato’ più e più volte le pagine principali dei suoi *social network*.

La manipolazione dell’utente si insinua anche nel mondo fisico, il consumatore è influenzato anche nei suoi spostamenti. Con la diffusione del cosiddetto ‘*business* della realtà’, il potere di influenza dei colossi del *Web* vuole controllare anche i movimenti dell’utente fuori dalla rete, per potere garantire il maggior successo economico degli inserzionisti. L’intromissione condizionante di questo *business model* nella realtà di tutti i giorni è testimoniata dalla creazione di *app* che impiegano i meccanismi di *gamification*. Queste particolari *app* sono costruite come giochi e l’accesso a particolari informazioni personali dell’utente (chi è, cosa fa, dove va, come e con chi) è requisito imprescindibile per partecipare alla competizione stessa, che si svolge nel mondo reale. Per potere salire di livello nel gioco bisogna comportarsi come vuole la piattaforma. Il superamento delle varie ‘sfide’ conduce i giocatori ad agire secondo quanto progettato dai programmati, assicurando così guadagni sicuri agli investitori.

⁷⁷ «Emozioni negative come la paura e la rabbia scavano più a fondo e si sedimentano più a lungo dentro di noi rispetto a quelle positive. Occorre maggior tempo per creare fiducia che per perderla. Bastano pochi secondi per scatenare una reazione combatti o fuggi mentre per rilassarsi possono servire delle ore» (J. LANIER, *Dieci ragioni per cancellare subito i tuoi account social*, cit., p. 31).

2. *Gli effetti del potere di influenza*

2.1. *Profilazione e filter bubble*

L'esercizio sulle persone di un potere di influenza come quello descritto nei paragrafi precedenti può avere delle conseguenze negative di tipo molto diverso, sia a livello individuale sia a livello sociale. In alcuni casi, tali conseguenze negative sono parte stessa del *business model*, nel senso che senza di esse non sarebbe possibile l'estrazione del profitto. Senza pretesa di esaustività, farò riferimento a due categorie di danni: danni individuali, in particolare, alla salute fisica e mentale degli utenti; danni sociali, in particolare compromissione delle istituzioni democratiche.

Come già accennato, la manipolazione comportamentale parte dalla profilazione: le informazioni relative ai comportamenti *online* degli utenti, catturate mediante il meccanismo dei *cookies* e di *tracker* simili, cui si aggiungono quelle raccolte dai dispositivi *smart*, sono funzionali alla profilazione degli individui, momento essenziale del ciclo economico del capitalismo della sorveglianza, finalizzato alla previsione e all'influenza del comportamento degli utenti stessi. Dunque, qualsiasi traccia riferibile alle azioni in e fuori rete di un determinato soggetto può essere utilizzata per addestrare un sistema di AI a desumere informazioni su vari aspetti di quel soggetto e della sua persona, quali sesso, età, luogo di residenza, lavoro, interessi, orientamento politico e sessuale, fino a eventuali preoccupazioni, desideri, stati emotivi.

Più precisamente, la profilazione comporta dapprima la suddivisione dell'utenza in gruppi di comportamento, poi la successiva creazione di un profilo personale dell'utente e, infine, l'inclusione di esso in un determinato gruppo o categoria. Questa operazione costituisce pertanto uno strumento di *marketing* mirato di cui si possono avvalere gli inserzionisti che acquistano spazi all'interno delle piattaforme *social* per sorvegliare e analizzare gusti, preferenze e caratteristiche degli utenti e orientarne in questo modo le decisioni, selezionando per loro le alternative da prendere in considerazio-

ne. Il *data mining*⁷⁸ non solo manipola l'utente per favorire azioni economicamente vantaggiose, ma utilizza il 'filtraggio collaborativo' per raffinare le sue previsioni. Questo sistema confronta il profilo dell'utente con quello di altri simili, ipotizzando, tramite un ragionamento probabilistico, che chi possiede determinate caratteristiche ne abbia anche altre, comuni a quel gruppo comportamentale. In questo modo, l'algoritmo non solo analizza i dati personali dell'utente ma lo indirizza verso scelte già compiute da persone con profili analoghi, aumentando l'efficacia della profilazione e della persuasione.

Oltre a quella di Lagioia e Sartor si possono richiamare due definizioni specifiche di profilazione. La prima introduce il concetto generale usato in ambito informatico e sociologico:

La profilazione è una tecnica di trattamento (parzialmente) automatizzato di dati personali e/o non personali finalizzata alla creazione di conoscenza predittiva mediante la scoperta di correlazioni fra i dati e la costruzione di profili, che possono essere poi utilizzati per assumere decisioni. Un profilo è un insieme di dati correlati che rappresentano un soggetto (individuale o collettivo). La costruzione di profili è il processo di scoperta di schemi ricorrenti e sconosciuti fra i dati, all'interno di grandi insieme di dati, che possono essere utilizzati per creare profili. L'applicazione di profili consiste nell'identificazione e rappresentazione di uno specifico individuo o gruppo come corrispondente ad un determinato profilo, e nel processo decisionale basato su tale identificazione e rappresentazione⁷⁹.

La seconda definizione è contenuta nell'articolo 4 del Regolamento per la Protezione dei dati (GDPR), ai sensi del quale per profilazione si intende

⁷⁸ Cioè l'ispezione dei dati raccolti su un determinato soggetto e la successiva operazione di profilazione riconducendo questi a una determinata categoria.

⁷⁹ F. BOSCO, N. CREEMERS, V. FERRARIS, D. GUAGNIN, B.J. KOOPS, *Profiling technologies and fundamental rights and values: regulatory challenges and perspectives from European Data Protection Authorities*, in *Reforming European data protection law*, Springer, Dordrecht, 2015, p. 8.

qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati per valutare determinati aspetti relativi ad una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica.

La profilazione alimenta la tecnica di personalizzazione dei dati, introdotta da Google nel 2009, che segna l'inizio di un'era in cui i risultati di ricerca e i suggerimenti sono calibrati su indicatori personali come età, luogo di residenza e preferenze dedotte da comportamenti passati. Questa logica guida gli strumenti di raccomandazione: Amazon per gli acquisti, Netflix per i film e Spotify per la musica. Quando un utente mostra interesse per un prodotto, un film o una canzone, il sistema gli propone opzioni basate su profili comportamentali simili. Anche Facebook utilizza la personalizzazione per filtrare le notizie nella *Home*. Inizialmente, l'algoritmo favoriva i post degli amici più interattivi; successivamente, ha dato priorità ai contenuti su cui l'utente clicca più spesso, ottimizzando il feed in base alle sue interazioni e rafforzando la logica della personalizzazione⁸⁰.

La profilazione dell'utente e la conseguente personalizzazione dei contenuti che gli vengono proposti hanno l'obiettivo di monopolizzare la sua attenzione e determinare in questo modo un incremento del tempo che egli trascorre sul *Web*. Così facendo, si creano da un lato le condizioni per il rilascio continuo da parte del soggetto di informazioni personali utili a profilarlo sempre meglio, dall'altro le occasioni per condizionarlo e manipolarlo, condizioni entrambe essenziali per realizzare ingenti profitti.

Dunque, l'opera di personalizzazione dei contenuti visibili all'utente è necessaria a rendere il *Web* un luogo di intrattenimento per lui familiare in quanto, da un lato, specchio dei suoi propositi, che siano d'acquisto o più semplicemente di lettura o approfondimen-

⁸⁰ Si veda E. PARISER, *Il filtro: quello che Internet ci nasconde*, cit.

to, dall'altro lato, spazio ove ottenere conferme delle proprie idee. È proprio a causa di questo processo di personalizzazione dei contenuti che la ricerca su Google di notizie relative al 'cambiamento climatico' darà risultati discordanti a seconda del luogo dal quale essa avviene e di altri indicatori, come ad esempio il profilo professionale di colui che la effettua⁸¹.

Questa logica di personalizzazione si riscontra nelle pagine *Home* di tutti i principali *social network*. A differenza di Wikipedia, la quale si presenta a ciascun utente identica a sé stessa, Facebook, Instagram, Twitter e simili mostrano una realtà che varia da individuo a individuo. Il termine coniato per indicare questo particolare fenomeno è '*Filter bubble*'⁸²: la profilazione degli utenti e della personalizzazione dei dati isola l'individuo in una 'bolla di filtraggio', una realtà costruita a sua immagine in cui le sue credenze vengono confermate e le sue propensioni estremizzate. Vivere in una *filter bubble* comporta importanti conseguenze sia a livello personale che a livello sociale: polarizza le opinioni, facilita la diffusione di *fake news* e teorie complottiste, mina il dialogo democratico. In ciascuno di noi è insita questa tendenza: credere solo alle notizie che confermano le nostre idee di partenza. Tale propensione è definita dalle *behavioral sciences* come *confirmation bias*, 'errore di conferma'. La *filter bubble*, eliminando dalla visuale di ciascun utente le informazioni che contraddicono le sue credenze, fa leva proprio sul *confirmation bias* con l'esito di annullare il dialogo e il confronto fra coloro che la pensano diversamente, distorcendo in questo modo la percezione che ognuno ha del mondo⁸³. Le ripercussioni della personalizzazione colpiscono sia l'utente come consumatore sia come cittadino. La *filter bubble* crea una pericolosa polarizzazione delle opinio-

⁸¹ Sottolinea Pariser che scrivendo «prove del cambiamento climatico», un ambientalista e il dirigente di una compagnia petrolifera troveranno risposte contrarie (E. PARISER, *Il filtro. Quello che Internet di nasconde*, cit., p. 10).

⁸² Questa particolare condizione è stata oggetto di un'analisi critica nel volume del 2011 di Pariser (E. PARISER, *Il filtro. Quello che Internet ci nasconde*, cit.). Sul fenomeno della 'Bolla di filtraggio' si veda anche M. BIANCA, *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, in *MediaLaws, Rivista di diritto dei media*, 2019, 2.

⁸³ E. PARISER, *Il filtro. Quello che Internet ci nasconde*, cit., p. 18.

ni, aggravata dal fenomeno della *echo-chamber*, dove informazioni e idee vengono amplificate dal loro costante ripetersi, isolando l'individuo in una realtà che riflette solo i suoi pensieri. In sintesi, la personalizzazione, sia di messaggi pubblicitari che propagandistici, relega l'utente in una *filter bubble* e lo indirizza verso comportamenti desiderati da piattaforme e inserzionisti. Pur credendo di navigare in un ambiente neutro, l'utente si muove in uno spazio costruito *ad hoc* per manipolarlo.

2.2. *Danni sociali. Proliferazione di fake news e manipolazione di massa*

Gli stessi metodi utilizzati per indurre gli utenti a consumare prodotti e servizi possono essere utilizzati per guidare i cittadini nelle votazioni, come dimostrano le campagne elettorali del Ventesimo secolo, a cominciare dalla corsa presidenziale di Obama del 2008⁸⁴. Grazie alla raccolta di dati significativi su circa 250 milioni di americani, parafrasando le parole di uno dei consulenti politici di Obama⁸⁵ nella campagna del 2008, lo *staff* elettorale sapeva per chi le persone avrebbero votato prima che le persone stesse lo decidessero. I dati personali degli utenti vennero nuovamente sfruttati a fini elettorali anche nella campagna di Obama per il secondo mandato presidenziale, nel 2012. I consulenti del candidato democratico acquisirono nome, indirizzo, razza, sesso, reddito di ogni singolo elettore indeciso⁸⁶, in modo da poter far arrivare loro *spot* elettorali persuasivi mirati. Un elemento innovativo proprio di questa cam-

⁸⁴ A. SMITH, *The Internet's Role in Campaign 2008*, in *Pew Research Center*, 15 aprile 2009; D. KREISS, P.N. HOWARD, *New Challenges to Political Privacy: Lessons from the First U.S. Presidential Race in the Web 2.0 Era*, in *International Journal of Communication*, 2010, 4, pp. 1032-1050.

⁸⁵ Si è occupato approfonditamente di questo tema il giornalista americano Sasha Issenberg. I suoi contributi sul tema si possono reperire al link www.technologyreview.com/author/sasha-issenberg/.

⁸⁶ J. RUTENBERG, *Data You Can Believe In: The Obama's Campaign's Digital Masterminds Cash In*, in *The New York Times*, 20 giugno 2013.

pagna elettorale è il *persuasion score* che permetteva di identificare con quanta più facilità un indeciso potesse essere convinto a votare per Obama. La focalizzazione delle campagne di propaganda di Cambridge Analytica⁸⁷ sui cosiddetti «influenzabili»⁸⁸ trovò ispirazione proprio nel *persuasion score* che determinò la vittoria di Obama. Cambridge Analytica, tramite un procedimento più o meno lecito, carpì milioni e milioni di dati di milioni di americani⁸⁹, prevalentemente da Facebook, per potere creare modelli previsionali sul comportamento di questi utenti e poterli al meglio influenzare, tramite articoli, *blog*, notizie tendenziose, meme satirici⁹⁰, a votare per il candidato, Donald Trump, per cui la società lavorava.

⁸⁷ Lo stesso CEO della società di consulenza Cambridge Analytica si è vantato di come l'applicazione di una microtargettizzazione basata sul comportamento, ricavata dallo studio delle personalità degli utenti di Facebook a cui erano stati sottratti i dati, avesse influenzato le campagne per la Brexit e le presidenziali americane del 2016 (M. RUSSON, *Political Revolution: How Big Data Won the US Presidency for Donald Trump*, in *International Business Times* UK, 20 gennaio 2017; C. CADWALLADR, *Revealed: How US Billionaire Helped to Back Brexit*, in *The Guardian*, 25 febbraio 2017). Per una ricostruzione sintetica del procedimento utilizzato da Cambridge Analytica per manipolare gli elettori, si veda anche: F. LAGIOIA, G. SARTOR, *Profilazione e decisione algoritmica: dal mercato alla sfera pubblica*, cit., pp. 102-104.

⁸⁸ Termino utilizzato da Brittany Kaiser, ex direttrice del *business development* di Cambridge Analytica, nel film documentario sulla vicenda: *The Great Hack-Privacy violata* del 2019. Inoltre, è interessante notare che studi sperimentali mostrano che quando gli elettori indecisi cercano informazioni sui candidati politici, più del 20% cambierà la propria opinione in base all'ordine dei risultati della ricerca. Chiaramente pochi sono consapevoli della presenza di *bias* nei risultati dei motori di ricerca e di come la loro scelta del candidato politico sia cambiata di conseguenza: R. EPSTEIN, R. E. ROBERTSON, *The search engine manipulation effect (SEME) and its possible impact on the outcomes of elections*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences Aug 2015*, 112 [33], E4512-E4521).

⁸⁹ Dalle dichiarazioni di Kaiser, che ora collabora con la giustizia per fare luce sul caso, la strategia adottata sugli elettorali americani è frutto di numerosi precedenti esperimenti in altri Paesi: Malesia, Lituania, Kenya, Gana, Nigeria, Romania, Trinidad. Non è chiaro del tutto, ancora, il coinvolgimento di Cambridge Analytica nella campagna *Leave.UK* a favore della Brexit, coinvolgimento che è stato smentito da Nix ma confermato da Kaiser (*The Great Hack – Privacy violata*, 2019).

⁹⁰ Il termine che riassume questo tipo di azioni *online* è *shitposting*: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/shitpost>.

In effetti, è abbastanza curioso lo scalpore che lo scandalo di Cambridge Analytica destò nell'opinione pubblica, visto che la strategia di questa società di consulenza per indirizzare il comportamento delle masse è di fatto la medesima utilizzata quotidianamente in questo particolare sistema economico⁹¹. Secondo Harris⁹², infatti, è la struttura stessa di queste piattaforme a polarizzare le ideologie degli utenti, che non sono solo consumatori, ma anche cittadini e, quindi, elettori. La personalizzazione del messaggio pubblicitario (o propagandistico), di qualsiasi natura esso sia, relega l'utente in una *filter bubble*⁹³ in cui è escluso da ciò che è in contrasto con la sua ideologia e con la sua visione del mondo, con la conseguenza che le sue opinioni si radicalizzano sempre di più. Un *feed* di un *social* come Facebook è, come già detto, il contrario di Wikipedia, che si presenta a qualsiasi utente identica a sé stessa: sul *social network*, invece, ognuno vede un proprio mondo, una propria realtà. Non sorprende, quindi, che grazie a simili strumenti negli ultimi cinque anni, in particolare, si siano diffuse a macchia d'olio, sui *social*, bizzarre teorie complottiste che alle volte hanno conseguenze⁹⁴ anche *offline*.

⁹¹ S. BIDDLE, *Facebook Uses Artificial Intelligence to Predict Your Future Actions*, in *The Intercept*, 13 aprile 2018.

⁹² T. HARRIS, *How a handful of tech companies control billions of minds everyday*, cit.

⁹³ E. PARISER, *Il filtro. Quello che internet ci nasconde*, cit.

⁹⁴ Solo alcuni esempi più noti. I fatti di Capitol Hill dello scorso gennaio: pare, tra l'altro, che Facebook abbinasse *adv* di armi, vicino a post che inneggiano all'insurrezione (R. MAC, C. SILVERMAN, *Facebook Has Been Showing Military Gear Ads Next To Insurrection Posts*, in *BuzzFeed.News*, 14 gennaio 2021). Il dramma della popolazione Rohingya in Myanmar: Facebook è mezzo fondamentale per incitare alla violenza contro la minoranza etnica musulmana (S. STEKLOW, *Why Facebook is losing the war on hate speech in Myanmar*, in *Reuters Investigates*, 15 agosto 2018; *The country where Facebook posts whipped up hate*, in *BBC*, 12 settembre 2018). Storie virali di rapimenti di minori, diffuse soprattutto su WhatsApp, hanno destabilizzato regioni dell'India (V. DOSHI, *India's millions of new Internet users are falling for fake news – sometimes with deadly consequences*, in *Washington Post*, 1° ottobre 2017). Sparatorie a seguito della diffusione della teoria complotista denominata 'Pizzagate' (E. BURNETT, *How did 'pizzagate' inspire violence?*, in *CNN US*, 5 dicembre 2016).

Per Zuboff, infatti, l'evoluzione del capitalismo della sorveglianza conduce necessariamente a un «colpo di stato epistemico»⁹⁵. Il colpo di stato epistemico si realizza attraverso quattro «fasi (*stage*)». La prima fase consiste nell'appropriazione da parte del capitalista della sorveglianza di quelli che Zuboff definisce «diritti epistemici (*epistemic rights*)». L'oggetto dei diritti epistemici sono, di fatto, i dati sul comportamento e sull'esperienza umana che vengono estratti, illecitamente, nella prima fase del ciclo e attraverso i quali il capitalista della sorveglianza ottiene il profitto. Il secondo passo verso il colpo di stato epistemico è la creazione di una «disegualanza epistemica (*epistemic inequality*)»: la differenza tra quello che io utente (o consumatore o elettore) posso sapere e quello che 'loro' sanno di me. La terza fase, che per Zuboff stiamo vivendo adesso, è il «caos epistemico (*epistemic chaos*)». Il caos informativo, causato dalla diffusione e dal *microtargeting* di informazioni tendenziose o totalmente *fake* per fini politici o di profitto, riversa i suoi effetti sul mondo *offline*, paralizzando il discorso politico e talvolta istigando persino alla violenza, come dimostrano i fatti di Capitol Hill di gennaio 2021. La disinformazione per il Covid, per esempio, ha provocato diversi problemi e addirittura morti, che si potevano evitare⁹⁶. La fase che ci aspetta, poi, è quella del «dominio epistemico (*epistemic dominance*)» istituzionalizzato, in cui la *governance* computazionale del capitale (di sorveglianza) privato prevarrà sulla *governance* democratica. Il colpo di stato epistemico è possibile solo grazie al funzionamento stesso del sistema del capitalismo della sorveglianza e del suo peculiare ciclo che parte dall'esproprio dei dati personali e

⁹⁵ Traduzione dell'espressione utilizzata Zuboff nei suoi ultimi lavori: «epistemocoup». Una sintetica trattazione di questo argomento è stata svolta da Zuboff nell'articolo per il *New York Times* dal titolo *The coup we are not talking about* (www.nytimes.com/2021/01/29/opinion/sunday/facebook-surveillance-society-technology.html).

⁹⁶ Zuboff cita diversi studi americani degli ultimi mesi del 2020 che dimostrano che molte morti per Covid si sarebbero potute evitare se le persone fossero state adeguatamente informate sulle modalità efficaci di prevenzione del virus, mentre invece milioni di americani sono stati costantemente bombardati da *fake news*, anche letali, circa l'epidemia di Covid.

giunge all’indirizzamento del comportamento, attraverso una rigorosa e capillare procedura algoritmica. Zuboff nei suoi ultimi scritti sottolinea come l’influenza sul comportamento umano esercitata dai capitalisti della sorveglianza non riguardi solo quali scarpe da ginnastica comprare o quale cibo pronto ordinare su di una *app* di *delivery*, bensì la sopravvivenza della stessa democrazia.

Le conseguenze della manipolazione di massa *online* sono rilevanti e tangibili sia sul piano sociale che su quello individuale del singolo utente. Questi effetti collaterali sono in parte funzionali allo stesso modello di *business* e derivano direttamente dall’attività di profilazione degli utenti e dalla conseguente personalizzazione dei contenuti con cui essi si interfacciano *online*. L’obiettivo delle piattaforme è catturare l’attenzione degli utenti e trattenerli al loro interno quanto più tempo possibile per sotoporli a martellanti proposte pubblicitarie così da assicurare profitti agli inserzionisti. Il raggiungimento di questo scopo viene facilitato dalla proposizione di contenuti altamente personalizzati, in linea con la visione del mondo di ogni singolo utente. Così come gli algoritmi selezionano per gli utenti prodotti e servizi conformi alle loro abitudini di consumo, inferite da precedenti acquisti e ricerche, allo stesso modo rendono loro visibili le informazioni che risultano compatibili con le loro opinioni e ideologie. Ciò ha una rilevanza fondamentale nella fase di costruzione delle opinioni, anche politiche, soprattutto alla luce del fatto che oggi le fonti di informazione tradizionali sono state dalla maggior parte delle persone sostituite da quelle *online*, ricercate su motori come Google, o rinvenute sui *social network* come Facebook, Instagram e TikTok⁹⁷. In questo secondo caso, in particolare, è interessante notare che l’utente si imbatte nella lettura di

⁹⁷ Sulla crisi delle fonti di informazione tradizionali, si veda M. FASAN, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, in *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, a cura di A. D’ALOIA, Franco Angeli, Milano, 2020, pp. 345-366; F. FOER, *I nuovi poteri forti. Come Google Apple Facebook Amazon pensano per noi*, cit.

Il fenomeno colpisce anche l’Italia, in cui un numero sempre maggiore di persone utilizzano il *Web* per informarsi, soprattutto i *social network*, fra i quali spicca Facebook. Si veda E. ASSANTE, *Cosa ci può insegnare il caso Cambridge Analytica*, in

una notizia in maniera accidentale, mentre sta scrollando il *feed* del *social*. Si può parlare, al riguardo, di «consumo preterintenzionale» della notizia stessa, condizione che rende labile il confine fra informazione e non informazione⁹⁸.

La manipolazione informativa *online* si basa su due distorsioni cognitive proprie del processo di assimilazione delle informazioni. La prima è il, già più volte citato, *confirmation bias*, ovvero la tendenza a cercare conferme alle proprie convinzioni evitando opinioni contrastanti. La seconda riguarda l'illusione di competenza: chi non possiede conoscenze adeguate in una materia tende a costruirsi un'opinione errata senza esserne consapevole, autovalutandosi invece esperto⁹⁹. Questo fenomeno compromette la formazione di un'opinione consapevole, poiché la *filter bubble* isola gli utenti in un universo autoreferenziale, popolato da persone con idee simili, escludendo qualsiasi confronto con visioni opposte. Il risultato è una frammentazione ideologica, in cui gli utenti si chiudono in gruppi omogenei, rafforzando reciprocamente le proprie convinzioni senza alcuno scambio dialettico¹⁰⁰. Le implicazioni per la de-

Federalismi.it, 2018, 6; G. GIACOMINI, *Potere digitale. Come Internet sta cambiando la sfera pubblica e la democrazia*, Meltemi, Milano, 2018.

⁹⁸ Riflessione di G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, in *Medialaws, Rivista di diritto dei media*, 2018, 1.

⁹⁹ In proposito, si parla di effetto Dunning-Kruger, esaminato dagli psicologi J. Kruger e D. Dunning: J. KRUGER, D. DUNNING, *Unskilled and unaware of it: how difficulties in recognizing one's own incompetence lead to inflated self-assessments*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 6, 1999, p. 1121 ss.

Tali problematiche insorgono a prescindere dall'utilizzo di *Internet* ma vengono indubbiamente accentuate dai meccanismi di formazione e divulgazione delle notizie *online*, in particolare tramite i *social network*. Infatti, per effetto della profilazione e della personalizzazione del *Web*, gli utenti visualizzano notizie che vanno a confermare i loro ideali. In più, essi si imbattono nell'informazione casualmente e ciò contribuisce a produrre l'effetto Dunning-Kruger che porta i lettori a credere di essere sufficientemente informati e ferrati sull'argomento oggetto di quella notizia e poter portare a sostegno delle proprie tesi quelle fonti reperite sul *social*. R. MONTALDO, *La tutela del pluralismo informativo nelle piattaforme online*, in *Medialaws, Rivista di Diritto dei Media*, 2020, 1.

¹⁰⁰ Eli Pariser, al riguardo, utilizza una formula particolarmente evocativa, sottolineando cioè come nella 'bolla dei filtri' l'utente si trovi vittima inconsapevole

mocrazia sono profonde: la *filter bubble* erode il dibattito pubblico, ostacolando la costruzione di una coscienza politica collettiva e influenzando la percezione individuale della realtà. Questo scenario porta alla cosiddetta alla «*Bubble democracy*»¹⁰¹, un sistema in cui il confronto critico viene sostituito dalla polarizzazione e dall'isolamento ideologico.

La profilazione politica permette operazioni di influenza comportamentale di massa, in particolare, tramite il *microtargeting politico*, ossia l'invio di messaggi personalizzati verso individui più suscettibili ed adatti a riceverli, specialmente in periodi cruciali come le elezioni. Queste tecniche hanno maggiormente successo se utilizzate su gruppi con uniformità di vedute, nei quali il *microtargeting* e la disinformazione trovano terreno fertile. Sebbene le *false news* non siano nate con *Internet*¹⁰², la rete ne amplifica la portata grazie all'enorme volume di informazioni prodotte e alla difficoltà di verificarne l'autorevolezza. Sul *Web*, contenuti falsi e teorie complottiste si diffondono facilmente¹⁰³, spesso indirizzati dagli algoritmi a gruppi predisposti ad accettarli. Il *confirmation bias* aggrava la situazione, portando gli utenti a condividere acriticamente notizie false, innescando un circolo vizioso di diffusione accelerata tramite *likes*, *shares* e altre interazioni¹⁰⁴.

di una «sindrome del mondo amico». E. PARISER, *The filter bubble. What Internet is hiding from you*, cit., p. 120.

¹⁰¹ In particolare, Palano ricostruisce i caratteri della trasformazione in atto dovuta all'avvento di *Internet* come principale canale di informazione dei cittadini, sottolineando che negli ultimi cento anni si sarebbero succeduti tre tipi di democrazie: la democrazia dei partiti, la democrazia del pubblico e la *bubble democracy*, quest'ultima caratterizzata dalla polarizzazione della politica a causa della chiusura di ciascun cittadino nella sua bolla informativa. D. PALANO, *Bubble democracy. La fine del pubblico e la nuova polarizzazione*, Scholè, Brescia, 2020.

¹⁰² Nasce infatti con famoso saggio di Marc Bloch sulla diffusione di false notizie durante la Prima guerra mondiale: si veda M. BLOCH, *La guerra e le false notizie*, Donzelli, Roma, 2004.

¹⁰³ Si veda G. SUFFIA, G. ZICCIARDI, *Fake news, guerra dell'informazione ed equilibri democratici*, in *Federalismi.it*, 2020, 11.

¹⁰⁴ Al riguardo è utile evidenziare che diversi studi psicologi degli ultimi decenni hanno richiamato alcuni elementi che implementano la diffusione di notizie false, come la ripetizione, l'ambiguità, la popolarità di un argomento, la fidu-

Gli incentivi della pubblicità *online* hanno, poi, favorito la proliferazione di siti dedicati alla produzione di *fake news*, includendo sia notizie false che fatti reali distorti o sensazionalistici, mirati a suscitare odio e disgusto¹⁰⁵. Le piattaforme digitali, in qualità di *gatekeeper* delle informazioni, traggono profitti dalla diffusione di queste notizie, riducendo i controlli sulla loro autenticità. Un esempio evidente è il fenomeno del *clickbait*, molto diffuso su Facebook, che rende virali contenuti falsi per attrarre click e generare guadagni¹⁰⁶. Infatti, chi è interessato alla diffusione di disinformazione:

- 1) pubblica *fake news* su siti *Web* creati *ad hoc* per ospitarle e sui quali compaiono diversi *banner* pubblicitari. Il titolare del sito è lo stesso produttore delle notizie o un terzo;
- 2) successivamente acquista uno spazio pubblicitario su un *social network*, che rende visibili nei *feed* di utenti, selezionati sulla base di criteri predeterminati, i *link* alle pagine *Web* dove si trovano le *fake news*.

Sulla base del numero dei ‘*click*’ effettuati dagli utenti sui *link* dei siti *Web* indicizzati, il *social network* percepisce introiti pubblicitari.

Un altro procedimento per diffondere *fake news* è il seguente: i creatori di *fake news*, invece di pubblicarle sulle pagine *Web* di siti creati *ad hoc*, possono creare un *account social* dove postarle e sponsorizzarlo in modo da ottenere *follower*. Le *fake news* così pubblicate verranno visualizzate, nel *news feed*, dai seguaci che potranno condividerle ulteriormente ai loro contatti. È intuibile che questa operazione può facilmente condurre a condivisioni a catena di notizie false, controverse o non verificate.

cia nella fonte e la coincidenza con le opinioni personali. È indubbio che alcuni di questi elementi vengono portati all'estremo dai meccanismi di diffusione delle informazioni in rete, soprattutto sui *social network*. Si veda: G. RUFFO, M. TAMBURSCIO, *Capire la diffusione della disinformazione e come contrastarla*, in *Federalismi.it*, 2020, 11.

¹⁰⁵ Si veda G. RIVA, *Fake news*, il Mulino, Bologna, 2018.

¹⁰⁶ K. HAENSCHEN, P. ELLENBOGEN, *Disrupting The Business Model of the Fake News Industry*, in *Freedom to thinker: research and expert commentary on digital technologies in public life*, 14 dicembre 2016.

Il corretto funzionamento del dibattito pubblico, la formazione di un’opinione realmente consapevole e fondata su evidenze scientifiche da parte dell’utente cittadino e la fiducia di quest’ultimo nelle istituzioni cedono di fronte a operazioni di disinformazione volte a ottenere profitti pubblicitari e, talvolta, anche consensi politici. Per Sunstein, le *fake news* sono maggiormente credibili e virali proprio nei periodi di crisi sociale ed economica, quando gli individui sono alla ricerca di un capro espiatorio.

Ogni volta che incombe una minaccia o si è verificato un evento dannoso o spaventoso, è inevitabile che si diffondano voci incontrollate [...]. Nel periodo che segue una crisi vengono fatte molte congetturate. Alcuni le riterranno plausibili, forse perché danno modo al risentimento e al desiderio di trovare un colpevole. Gli eventi tragici generano risentimento, e in un simile stato d’animo le persone accettano molto più facilmente le dicerie che giustificano le loro condizioni emotive, e sono inoltre più propense ad attribuire gli eventi ad azioni intenzionali¹⁰⁷.

Non deve sorprendere, quindi, la viralità con cui certe *fake news* hanno circolato durante la pandemia. La disinformazione si è propagata a macchia d’olio grazie allo sfruttamento delle emozioni e delle vulnerabilità di quegli utenti-cittadini particolarmente spaventati e arrabbiati che sono stati bombardati di *fake news* attraverso il sapiente utilizzo del *microtargeting*.

La pandemia è stata terreno particolarmente fertile per la proliferazione di numerose teorie del complotto e *fake news*, spesso prive di qualsiasi fondamento scientifico. Tra le più diffuse, vi erano ipotesi che riconducevano l’origine del virus a manipolazioni genetiche in laboratorio¹⁰⁸, all’uso come arma batteriologica da parte della

¹⁰⁷ C.R. SUNSTEIN, *On rumors: How falsehoods spread, why we believe them, and what can be done*, Farrar Straus Giroux, New York, 2009, pp. 24-25.

¹⁰⁸ Ipotesi avanzata da Paolo Barnard, giornalista italiano, in diversi *tweet* e nel suo libro *L’origine del virus*, pubblicato nel 2021 da Chiarelettere (P. BARNARD, *L’origine del virus*, Chiarelettere, Milano, 2021).

Cina¹⁰⁹ o persino a un piano orchestrato dagli Stati Uniti e da Bill Gates. Anche la religione è stata coinvolta nel tentativo di dare una spiegazione alternativa alla pandemia, con canali YouTube che collegavano il Covid all'inizio dell'apocalisse.

Le false narrazioni si sono spinte fino ad attribuire la diffusione del virus alle abitudini alimentari cinesi, come il consumo di pipistrelli. A supporto di questa teoria è circolato un video, divenuto virale, che mostrava una ragazza cinese mentre mangiava uno di questi animali. Tuttavia, il filmato era stato decontestualizzato: era stato girato in un arcipelago del Pacifico nel 2016, ben prima dell'emergenza sanitaria¹¹⁰.

È bene ricordare che alcune *fake news* hanno avuto conseguenze concrete e pericolose. La falsa credenza secondo cui bere candeggina o alcol avrebbe curato il virus ha portato a un aumento del 15% delle intossicazioni registrate dal Centro antiveleni del Belgio. Un'altra teoria infondata, che attribuiva agli impianti 5G la diffusione del Covid, ha scatenato attacchi vandalici contro le infrastrutture di tele comunicazione in diverse parti del mondo. L'impatto, inoltre, delle *fake news* sui vaccini anti-Covid è stato particolarmente significativo, contribuendo a una diffusa esitazione vaccinale. In risposta, l'Istituto Superiore di Sanità ha dovuto pubblicare un *vademecum online* per contrastare le principali disinformazioni, confutandole con dati scientifici¹¹¹. La gravità del fenomeno ha spinto la Commissione europea a lanciare una campagna informativa in collaborazione con le piattaforme *social*, nel tentativo di arginare la viralità delle *fake news* durante l'emergenza pandemica¹¹².

¹⁰⁹ Come profetizzato nel libro *The eyes of darkness* di Dean Koontz.

¹¹⁰ B. CALDERINI, *Tutte le fakenews sul Coronavirus: come si diffondono e si combattono*, in *Agenda Digitale*, 2020.

¹¹¹ ISTITUTO SUPERIORE DI SANITÀ, *dall'ISS un vademecum contro le fake news sui vaccini* (www.iss.it/primo-piano/-/asset_publisher/3f4alMwzN1Z7/content/covid-dall-iss-un-vademecum-contro-le-fake-news-sui-vaccini).

¹¹² I risultati di tale collaborazione sono reperibili sul suo sito istituzionale: COMMISSIONE EUROPEA, *Lotta alla disinformazione sul coronavirus*, 2021 (www.consilium.europa.eu/it/policies/coronavirus/finding-disinformation/).

In sintesi: è lo stesso meccanismo di funzionamento delle piattaforme, fondato sullo sfruttamento psicologico dell'utenza, a favorire fenomeni di polarizzazione e, di conseguenza, di divulgazione di contenuti d'odio, di notizie false e di teorie complottiste. In determinate occasioni, questi messaggi si sono rivelati talmente persuasivi da spingere gli utenti a realizzare specifici comportamenti (*offline*), a volte anche estremamente gravi¹¹³. Ad esempio, Facebook ha giocato un ruolo cruciale in eventi di odio e violenza, come il genocidio dei Rohingya in Myanmar, perseguitati dal governo dal 2012 e vittime di attacchi efferati dal 2017. Gli algoritmi della piattaforma hanno, infatti, amplificato contenuti che incitavano alla violenza etnica, portando diversi richiedenti asilo Rohingya a presentare una *class action* contro l'azienda, depositata il 6 dicembre 2021 presso il tribunale distrettuale di San Francisco. Un altro caso significativo è certamente l'assalto a Capitol Hill del 6 gennaio 2021 da parte dei sostenitori di Trump, durante la certificazione delle elezioni di Biden. Un'indagine ha rivelato che, nei giorni precedenti, i *social network* di Meta bombardavano i seguaci di Trump con post incitanti all'insurrezione e pubblicità di armi, usando *hashtag* come «#StoptheSteal» e «#FightForTrump»¹¹⁴. Infine, la teoria complottista

¹¹³ La diffusione virale degli articoli con notizie false e fuorvianti sulla piattaforma Facebook, in occasione delle campagne presidenziali americane del 2016, spinse gli stessi dipendenti della *corporation*, preoccupati di conseguenze sull'ordine pubblico, a sollevare più volte il problema in occasione dei 'Domande e risposte' settimanali dell'azienda. In risposta, il 18 giugno 2016 Andrew Bosworth, programmatore di Facebook, postò un promemoria interno: «È così mettiamo in comunicazione sempre più persone. Può essere una cosa brutta, se la rendono negativa. Magari costerà la vita a qualcuno che sarà esposto al bullismo. Magari qualcuno morirà in un attacco terroristico coordinato con i nostri tool. In ogni caso, mettiamo in comunicazione le persone. L'orribile verità è che crediamo così profondamente nella missione di mettere in comunicazione le persone che qualunque cosa ci permetta di farlo meglio e più spesso è de facto buona». R. MAC, C. WARZEL, A. KANTROWITZK, *Growth at Any Cost: Top Facebook Executive Defended Data Collection in 2016 Memo – and Warned that Facebook Could Get People Killed*, in *Buzzfeed News*, 29 marzo 2018.

¹¹⁴ E. DWOSKIN, *Facebook's Sandberg deflected blame for Capitol Riot, but new evidence shows how platform played role*, in *Washington Post*, 13 gennaio 2021.

del «*Pizzagate*»¹¹⁵, virale sul *Web*, accusava personalità democratiche di traffico di esseri umani e abusi sessuali su minori. Nel 2016, questa disinformazione ha spinto un ventottenne di Salisbury a sparare davanti a un ristorante, credendo che ospitasse, appunto, vittime minorenni, come aveva letto su alcuni blog.

Per tentare di arginare questo fenomeno, il Parlamento dell'Unione Europea ha proposto di imporre alle piattaforme più stringenti obblighi di trasparenza, sottolineando come la diffusione istantanea di notizie false sia legata proprio al *business model* stesso di alcune piattaforme che mostrano contenuti «sensazionalistici» e «acchiappa-clic» allo scopo di accrescere i profitti¹¹⁶. La compromissione del processo democratico, infatti, è un effetto collaterale collegato necessariamente al modello di *business* fondato sulla personalizzazione dei contenuti e sulla polarizzazione delle opinioni, che si tratti di campagne di *marketing* o di propaganda politica. In entrambi i casi, l'obiettivo della piattaforma e degli inserzionisti è quello di influenzare l'utente verso una specifica direzione, attraverso lo sfruttamento dei suoi processi cognitivi. Lo scandalo di Cambridge Analytica ha dimostrato che il potere di influenza dei capitalisti della sorveglianza non si limita a dinamiche commerciali ma investe anche la dimensione pubblica e politica, compromettendo principi cardine del processo democratico come il libero convincimento degli elettori e il diritto di questi ultimi ad esprimere una volontà frutto di una scelta libera da interferenze e condizionamenti esterni.

Queste nuove tecnologie di influenza comportamentale permettono di orientare il voto del cittadino sfruttandone le emozioni e le debolezze, grazie agli stessi metodi di *sentiment analysis* uti-

Pare, inoltre, che Facebook abbinasse *adv* di armi vicino ai post che inneggiano alla protesta. R. MAC, C. SILVERMAN, *Facebook has been showing military gear ads next to insurrection posts*, in *BuzzFeed News*, 14 gennaio 2021.

¹¹⁵ B. STELTER, *Fake news, real violence: 'Pizzagate' and the consequences of an Internet echo chamber*, in *CNN Business*, 5 dicembre 2016.

¹¹⁶ Si veda www.europarl.europa.eu/news/it/headlines/eu-affairs/20170331STO69330/come-contrastare-il-potere-della-disinformazione.

lizzati per indirizzare l'utente-consumatore verso l'acquisto di determinati prodotti. La profilazione degli elettori è, infatti, un efficace strumento per determinare con ragionevole certezza «la disponibilità degli stessi ad attivarsi nelle attività di campagna», per «prevedere le preferenze politiche ed elettorali dei cittadini» e infine per «individuare quali individui rispondono a quali sollecitazioni persuasive»¹¹⁷. Concretamente, l'attività di *microtargeting* politico consiste nell'invio di messaggi mirati a quegli elettori individuati come idonei ad adottare, in risposta ad un preciso stimolo, una determinata condotta. Lo stimolo è rappresentato dalla proposizione dei contenuti tendenziosi inoltrati, la condotta si sostanzia nel convincimento del destinatario a votare per il candidato pubblicizzato nel messaggio persuasivo. La capacità di tarare un messaggio sulla personalità del destinatario permette la conduzione di campagne personalizzate nelle quali l'immagine del candidato risulta plasmata in funzione delle aspettative dell'elettorato di riferimento.¹¹⁸ Attraverso questo sistema, infatti, non solo si può personalizzare un programma politico, isolando l'elettore dai temi della campagna elettorale avversaria, ma si può anche screditare *ad personam* l'avversario diffondendo notizie non vere sul suo conto e sui suoi propositi governativi (il che è effettivamente accaduto nella campagna elettorale di Trump per le presidenziali del 2016). La discussione politica sulle piattaforme è compromessa dalla crescente diffusione dei *bot* politici, *software* progettati per creare contenuti, condividere informazioni e interagire automaticamente con gli utenti. Nella comunicazione politica, i *bot* sono utilizzati per accrescere la popolarità di candidati aumentando i loro seguaci, diffondere notizie false e polarizzare le opinioni. Questi strumenti possono generare discussioni virali in pochi minuti, raggiungendo milioni di persone senza impiegare risorse umane significative. Un esempio rilevante è l'azione di Twitter nel novembre 2018, quando ha eliminato 10.000

¹¹⁷ R. DE ROSA, *L'uso dei big data nella comunicazione politico-elettorale*, in *Comunicazione politica*, 2018, 2, p. 201.

¹¹⁸ Si veda M. BETSU, G. DEMURO, *I big data e i rischi per la democrazia rappresentativa*, in *Medialaws, Rivista di diritto dei media*, 2020, 1.

account falsi riconducibili al Partito Democratico. Questi *account*, creati in vista delle elezioni di medio termine negli Stati Uniti, avevano l'obiettivo di dissuadere gli elettori dal votare tramite la diffusione di notizie false¹¹⁹.

Le società tecnologiche hanno dimostrato di avere un'influenza decisiva sulle scelte elettorali sin dalla campagna presidenziale di Obama nel 2008¹²⁰. Nel 2012, i dati personali degli elettori indecisi furono nuovamente utilizzati per campagne di *micro-targeting*, con *spot* mirati basati su informazioni dettagliate come nome, indirizzo, razza, sesso e reddito¹²¹. Questo episodio ha reso evidente il ruolo strategico di Google nella rielezione di Obama, segnando un punto di svolta nell'uso dei dati digitali a fini elettorali.

Nel *case study* pubblicato nel 2013, intitolato *Obama for America uses Google Analytics to democratize rapid, data-driven decision making*, gli analisti di Google illustrano come i dati comportamentali siano stati utilizzati per personalizzare le informazioni mostrate agli elettori indecisi. Durante le ricerche per verificare affermazioni dei dibattiti o chiarire dubbi nei giorni precedenti le elezioni, le schermate degli utenti venivano ottimizzate per orientare il loro giudizio, dimostrando l'efficacia dell'approccio basato sui dati nel contesto elettorale¹²². Un esperimento pubblicato nel 2015 sulla ri-

¹¹⁹ A partire da quel momento, i rischi legati al fenomeno degli *account* falsi, sempre più diffusi sulla piattaforma Twitter e collegati, direttamente o indirettamente, a politici o a campagne elettorali in corso, sono diventati un problema politico di ordine internazionale. Sul punto, si veda: C. BARANIUK, *How twitter bots help fuel political feuds*, in *Scientific American*, 27 marzo 2018.

¹²⁰ S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 133.

¹²¹ J. RUTENBERG, *Data You Can Believe In: The Obama Campaign's Digital Masterminds Cash In*, in *The New York Times*, 20 giugno 2013.

¹²² *Obama for America uses Google Analytics to democratize rapid, data-driven decision making*, Studio di Google Analytics, 2013. Di seguito, alcune delle affermazioni contenute nel documento citato: «Qualche tempo fa, [il comitato elettorale di Obama] ha chiesto a Google Analytics di aiutare i team dedicati a Web, e-mail e inserzioni a capire che cosa spingesse i nuovi simpatizzanti a diventare sostenitori e poi, con il passare del tempo, donatori costanti». E ancora: «I resoconti in tempo reale di Google Analytics hanno fornito agli organizzatori della campagna un quadro delle domande e delle preoccupazioni degli elettori, consentendo loro di rispondere in maniera diretta tramite gli annunci a pagamento sui motori di ricerca».

vista *Proceedings of the National Academy of Sciences* ha dimostrato l'influenza del posizionamento nei motori di ricerca sulle decisioni elettorali. I ricercatori hanno creato un finto motore di ricerca, *Kadoodle*, simile a Google, e simulato un'elezione fittizia con candidati immaginari. Cambiando l'ordine dei risultati relativi ai candidati e ai loro programmi, hanno poi chiesto ai partecipanti di esprimere un'opinione. I risultati hanno evidenziato che il candidato posizionato in cima alle ricerche era significativamente il più votato, sottolineando il ruolo cruciale del *ranking* nel guidare le preferenze degli utenti¹²³.

Un altro esperimento significativo sul potere di influenza politica delle piattaforme è stato condotto da Facebook nel 2010, con i risultati pubblicati nel 2012 su *Nature*¹²⁴ nell'articolo «Un esperimento d'influenza sociale e mobilitazione politica su 61 milioni di persone». Questo studio sul «contagio sociale», precursore del successivo esperimento sul «contagio emotivo», mirava a verificare come determinati messaggi potessero influenzare il comportamento elettorale degli utenti. Durante le elezioni di medio termine del 2010 per il Congresso degli Stati Uniti, circa 61 milioni di utenti furono divisi in tre gruppi. Al primo gruppo venne mostrato in cima al *news feed* un messaggio che incoraggiava al voto, con un *link* per trovare i seggi, un pulsante 'HO VOTATO', un contatore con il numero di persone che avevano già dichiarato di aver votato e fino a sei foto di amici che avevano cliccato sul pulsante. Il secondo gruppo ricevette un messaggio simile ma privo delle immagini degli amici, mentre il terzo gruppo di controllo non ricevette alcun messaggio particolare. I risultati mostrarono che la percentuale di votanti del primo gruppo era significativamente più alta rispetto agli altri. Questo dimostrò il potere persuasivo di messaggi che sfrutta-

¹²³ V.R. EPSTEIN, *How Google Could Rig the 2016 Election*, in *Politico*, 19 agosto 2015; R. EPSTEIN, R.E. ROBERTSON, *The Search Engine Manipulation Effect (SEME) and Its Possible Impact On The Outcomes Of Elections*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 112, 2015, 33, E4512-4521.

¹²⁴ R.M. BOND ET AL., *A 61-Million-Person Experiment in Social Influence and Political Mobilization*, in *Nature*, 489, 2012, 7415, pp. 295-298.

vano vulnerabilità umane, come il desiderio di «essere come i propri amici»¹²⁵. La pubblicazione di questo studio generò un acceso dibattito sull'influenza manipolativa delle piattaforme tecnologiche¹²⁶. Tuttavia, l'uso di messaggi mirati e manipolativi per influenzare elettori indecisi riemerse nella campagna pro-Trump del 2016, culminando nello scandalo Cambridge Analytica, che rivelò l'ampia portata di queste strategie.

2.2.1. *Cambridge Analytica*

Il caso Cambridge Analytica evidenzia i rischi legati all'uso del potere di influenza delle piattaforme per fini politici. Lo scandalo emerse il 16 marzo 2018, quando il *Guardian* e il *New York Times* pubblicarono le rivelazioni di Christopher Wylie¹²⁷, ex dipendente della società britannica di consulenza politica attiva dal 2013 al 2018. Cambridge Analytica fu accusata di aver raccolto una quantità enorme di dati comportamentali di milioni di americani, principalmente tramite Facebook, per costruire modelli previsionali e spingerli a votare per Donald Trump durante le elezioni del 2016. Gli algoritmi utilizzati erano addestrati a creare profili accurati con un approccio «psicométrico»¹²⁸.

¹²⁵ Di seguito le conclusioni dei ricercatori: «I risultati suggeriscono che i messaggi *online* possono influenzare una vasta gamma di comportamenti *offline*, con implicazioni per la nostra comprensione del ruolo dei *social media* nella società».

¹²⁶ In proposito, Jonathan Zittrain di Harvard parlò dell'esperimento di Facebook come una sfida «ai diritti collettivi», capace di avere ripercussioni negative sul «diritto del popolo inteso come unità [...] di godere dei benefici di un processo democratico». J. ZITTRAIN, *Facebook Could Decide an Election Without Anyone Ever Finding Out*, in *New Republic*, 3 giugno 2014.

¹²⁷ M. ROSENBERG, N. CONFESSORE, C. CADWALLADR, *How Trump Consultants Exploited the Facebook Data of Millions*, in *The New York Times*, 17 marzo 2018; C. CADWALLADR, *“I made Steve Bannon’s Psychological Warfare Tool”: Meet the Data War Whistleblower*, in *The Guardian*, 17 marzo 2018.

¹²⁸ La psicometria è il campo della psicologia che si occupa della misurazione di conoscenze, attitudini e, in generale, caratteristiche della personalità per il tramite di strumenti di valutazione come questionari e test.

Fondata nel 2013 da Robert Mercer, finanziatore del sito di estrema destra *Breitbart News*, diretto da Steve Bannon (consigliere di Trump nel 2016 e nel 2017), Cambridge Analytica si specializzava nel *data mining* tramite indicatori come: 1) il numero di ‘Mi piace’; 2) i post che generavano maggiori commenti; 3) i luoghi di condivisione dei contenuti. La società faceva parte del SCL Group, fondato nel 1993 da Nigel Oakes, noto per attività di ricerche comportamentali e comunicazione strategica per governi, politici ed eserciti. Sul suo sito, SCL dichiarava di poter condurre una «guerra psicologica» e «influenzare le elezioni», rendendo esplicita la portata manipolativa dei suoi servizi¹²⁹.

L’operazione Cambridge Analytica iniziò nel 2014, quando la società Global Science Research (GSR), di proprietà dell’accademico Aleksandr Kogan, raccolse informazioni su circa 50 milioni di utenti Facebook. I dati furono ottenuti tramite un quiz sulla personalità a cui parteciparono direttamente gli utenti o attraverso il collegamento con gli amici dei partecipanti. Agli utenti venne assicurato che i dati sarebbero stati usati solo per scopi accademici. Nel 2015, Cambridge Analytica acquisì questi dati e li utilizzò per catalogare gli utenti in gruppi, grazie a un algoritmo di profilazione psicométrica basato sul modello *OCEAN*. Il modello *OCEAN*, elaborato da ricercatori come Michal Kosinski e David Stilwell della Cambridge University, si basa sull’analisi di cinque tratti della personalità: *Openness* (apertura mentale), *Conscientiousness* (coscienziosità), *Extraversion* (estroversione), *Agreeableness* (gradevolezza) e *Neuroticism* (stabilità emotiva). Questi tratti, individuabili tramite test psicométrici, permettono di costruire profili accurati e prevedere comportamenti futuri. Cambridge Analytica usò queste profilazioni per identificare gli elettori indecisi in vista delle elezioni presidenziali statunitensi del 2016. A questi elettori fu indirizzata una campagna altamente personalizzata, composta da articoli, notizie

¹²⁹ A. PROKOP, *Cambridge Analytica shutting down: the firm’s many scandals, explained*, in Vox, 19 marzo 2018.

false, blog e meme satirici volti a screditare Hillary Clinton e a favorire Donald Trump¹³⁰.

Nel 2013, uno studio di Kosinski, Stilwell e Thore Graepel di Microsoft dimostrò inoltre che i *like* di Facebook potevano stimare con precisione automatica attributi personali ritenuti privati, consolidando l'efficacia del modello *OCEAN* nell'ambito della profilazione psicométrica¹³¹. L'analisi dei dati raccolti tramite *Thisisyourdigitallife* consentì a Cambridge Analytica di sviluppare una campagna politica estremamente mirata. La società suddivise gli utenti in categorie psicologiche collegate alle preferenze di voto, individuando i destinatari ideali per contenuti personalizzati. Questo approccio, centrato sulla profilazione psicométrica, mirava a influenzare il comportamento elettorale, favorendo Donald Trump alle elezioni del 2016. Cambridge Analytica sfruttò due principali insiemi di dati: i profili dei partecipanti al quiz e le risposte ai questionari, utilizzati come dati di *input* e variabili *target* per addestrare un modello predittivo; e i dati estratti dai profili degli amici dei partecipanti, ottenuti senza consenso. Questa combinazione permise di ampliare la portata della profilazione, includendo anche chi non aveva partecipato direttamente al test. Il processo prevedeva che i dati dei partecipanti, come *like*, post e aggiornamenti di stato, fossero correlati con i tratti psicologici derivati dal modello *OCEAN*¹³².

¹³⁰ Christopher Wylie riguardo la campagna personalizzata condotta dalla società per la vittoria di Trump disse: «Invece di stare in piedi nella piazza pubblica e dire quello che pensi, stai sussurrando all'orecchio di ogni singolo elettore. E potresti sussurrare una cosa ad un elettore ed un'altra cosa ad un altro elettore» (C. CADWALLADR, *"I made Steve Bannon's Psychological Warfare Tool": Meet the Data War Whistleblower*», cit.).

¹³¹ M. KOSINKI, D. STILWELL, T. GRAEPEL, *Private Traits and Attributes Are Predictable from Digital Records of Human Behavior*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 110, 2013, 15, pp. 5802-5805. A titolo esemplificativo, gli studiosi richiamati misero in evidenza che un 'like' alla pagina di Micheal Jordan è indice di estroversione, mentre un 'mi piace' alla pagina di Leonardo da Vinci rivela che l'utente che lo ha cliccato ha una maggiore probabilità di essere mentalmente aperto.

¹³² Da questi studi emerse, ad esempio, che gli uomini che, su Facebook, mettevano il *like* alla marca di cosmetici Mac, avevano qualche probabilità in più di

In questo modo, Cambridge Analytica poté predire con precisione il comportamento degli utenti e sviluppare strategie di comunicazione politica altamente personalizzate, facendo leva su vulnerabilità e pregiudizi degli elettori. Questa metodologia sollevò profonde critiche sulla manipolazione dei dati e sull'uso di tecniche invasive per influenzare elezioni democratiche. Facebook, accusata di negligenza per non aver impedito l'abuso dei dati, fu ritenuta complice, avendo consentito l'accesso a un archivio di dati così ampio senza adeguate misure di controllo e trasparenza.

Attraverso metodi di *machine learning*, Cambridge Analytica sviluppò un modello capace di collegare le informazioni raccolte dai profili Facebook con le previsioni sui profili psicologici e le preferenze di voto. Ciò consentì di estendere le conclusioni tratte dai partecipanti al quiz a coloro che non vi avevano preso parte ma presentavano caratteristiche simili, ricavate dai loro profili Facebook. Ad esempio, se un partecipante al quiz veniva classificato come estroverso, la stessa valutazione veniva attribuita ai suoi amici che mostravano tratti analoghi. In sintesi, Cambridge Analytica sfruttò i dati raccolti per costruire, come dichiarò Christopher Wylie, modelli capaci di utilizzare i «demoni interiori»¹³³ e le vulnerabilità di ciascun elettore profilato. La campagna elettorale pro-Trump si basò su una strategia psicografica che non si limitava a creare profili elettorali, ma si concentrava su profili emozionali e psicologici. L'operazione si articolò in due fasi principali: 1) identificare gli elettori indecisi per indirizzare la propaganda a un pubblico selezionato; 2) analizzare i punti deboli di ciascun elettore per scegliere argomenti altamente persuasivi. Questa campagna di disinformazione, mirata a manipolare il voto di milioni di americani, risultò efficace grazie alla precisione con cui i gruppi predefiniti di elettori furono individuati come bersagli, garantendo il successo del candidato repubblicano Donald Trump.

essere omosessuali. Oppure che gli utenti che seguivano Lady Gaga tendevano ad essere più estroversi, mentre coloro che seguivano pagine di filosofia più introversi.

¹³³ C. CADWALLADR, "I made Steve Bannon's Psychological Warfare Tool": Meet the Data War Whistleblower", cit.

Se il messaggio politico tendenzioso e manipolatorio fosse stato diretto, invece, all'intera comunità di elettori si sarebbe sicuramente più facilmente fenomeni di *debunking*¹³⁴ volti a smascherare le *fake news*. Il successo dell'operazione di Cambridge Analytica è, infatti, strettamente correlato sia alla polarizzazione ideologica conseguente al funzionamento stesso di qualsiasi *social network* sia al fenomeno della *filter bubble*.

Il CEO di Cambridge Analytica, Alexander Nix, si vantò pubblicamente del successo ottenuto nelle campagne per la *Brexit* e le elezioni presidenziali statunitensi¹³⁵, attribuendo gran parte dei risultati all'uso di messaggi personalizzati basati su profili psicografici. Durante il *Concordia Annual Summit* di New York il 27 settembre 2016¹³⁶, Nix illustrò come la segmentazione dell'elettorato in categorie psicografiche, utilizzando il modello a cinque fattori, fosse stata determinante per l'invio di comunicazioni mirate. Nix presentò come *case study* la campagna elettorale di Ted Cruz, dimostrando come Cambridge Analytica identificasse elettori specifici e modulasse i messaggi per persuaderli. Spiegò che per soggetti con profili psicologici ed emotivi diversi, lo stesso tema – come il possesso di armi da fuoco – doveva essere adattato. A tal proposito, mostrò due esempi. Il primo era un'immagine di un intruso che sfondava una finestra, progettata per elettori coscienziosi, facendo leva sul timore del furto e sull'uso di armi per autodifesa. Il secondo esempio era, invece, un'immagine di un uomo e un bambino che cacciavano al tramonto, rivolta a elettori conservatori e tradizionalisti, sottolineando i valori familiari e culturali. Grazie a questo tipo *microtargeting*

¹³⁴ Il *debunking* indica la pratica di mettere in dubbio o smentire, sulla base di metodologie scientifiche, bufale, affermazioni o notizie false, tendenziose, antiscientifiche, dubbie.

¹³⁵ M. Russon, *Political Revolution: How Big Data Won the US Presidency for Donald Trump*, in *International Business Times UK*, 20 gennaio 2017; C. CADWALLADR, *Revealed: How US Billionaire Helped to Back Brexit*, in *The Guardian*, 25 febbraio 2017.

¹³⁶ L'intervento integrale di Alexander Nix è stato pubblicato dalla Concordia su YouTube: www.youtube.com/watch?v=n8Dd5aVXLCc&ab_channel=Concordia.

psicografico¹³⁷, Cambridge Analytica catturò l'attenzione di elettori indecisi, sia repubblicani che democratici, convincendoli a votare per Donald Trump. Le campagne persuasive furono personalizzate per rispondere alle esigenze di ogni gruppo *target*: in poche parole, l'intervento di Cambridge Analytica fu un elemento cruciale per il successo del candidato repubblicano.

Facebook non fu utile a Cambridge Analytica solo per carpire i dati comportamentali dei potenziali elettori ma fu poi il principale veicolo dei messaggi propagandistici personalizzati. Il *social network* fu utilizzato per la diffusione di *fake news* anche attraverso la creazione di *bot*, *account* falsi e *dark post*, inserzioni sponsorizzate che si presentavano come ‘ultimissime notizie’ rese visibili ai soli profili specificamente individuati come i più influenzabili. La maggior parte dei messaggi manipolatori insinuavano dubbi agli elettori sulla opportunità di sostenere la candidata Hillary Clinton, sostenendo, per esempio, che avesse gravi patologie non dichiarate pubblicamente o che avesse venduto armi all’ISIS o, addirittura, che il Papa sostenesse Trump ma non la Clinton¹³⁸.

¹³⁷ Secondo le dichiarazioni di Brittany Kaiser, ex direttrice del *business development* di Cambridge Analytica, che poi ha collaborato con la giustizia per far luce sul caso che ha coinvolto la società, la strategia impiegata per manipolare gli elettori americani è frutto di numerosi esperimenti condotti in altri Paesi: Malesia, Lituania, Kenya, Gana, Nigeria, Romania, Trinidad. Sul tema si veda (oltre al già citato il film *The Great Hack – Privacy violata* del 2019) anche il volume: B. KAISER, *La dittatura dei dati: la talpa di Cambridge Analytica svela come i big data e i social vengono usati per manipolarci e minacciare la democrazia*, HarperCollins Italia, Milano, 2019. Non è poi ancora del tutto chiaro il coinvolgimento di Cambridge Analytica nella campagna «LeaveUE», a favore della Brexit, ossia dell’uscita del Regno Unito dall’Unione europea, coinvolgimento confermato da Kaiser, ma smentito da Nix. A tal proposito, è utile ricordare che nel marzo 2017 il Guardian trovò un legame fra Cambridge Analytica e la campagna a favore della Brexit. Infatti, fra le società che lavorarono alla campagna «Vote Leave» figura anche la società canadese «Aggregate IQ», il cui presidente, come rilevato dal *Guardian*, aveva lo stesso numero di telefono della società canadese di SCL Group (J. DOWARD, A. GIBSS, *Did Cambridge Analytica influence the Brexit vote and the US elections?*, in *The Guardian*, 4 marzo 2017).

¹³⁸ A. BLAKE, *A new study suggests fake news might have won Donald Trump the 2016 election*, in *The Washington Post*, 3 aprile 2018.

Il capitalismo della sorveglianza, inoltre, comporta effetti collaterali dannosi anche per l'ambiente. Come più volte ricordato, l'*iter* operativo di questo modello di *business*, infatti, si compone di diverse fasi: 1) la cattura dell'attenzione dell'utente; 2) la registrazione delle attività *online* da questo svolte in vista della successiva e necessaria operazione di profilazione; 3) l'influenza comportamentale dell'individuo, che viene indirizzato verso le proposte pubblicitarie preconfezionate *ad hoc* per l'utente stesso. Gli elevati guadagni garantiti da questo modello di *business* hanno spinto molte aziende a investire nel commercio *online* in varie forme. Oltre ai negozi virtuali propriamente detti, che consentono agli utenti di visualizzare cataloghi e acquistare tramite *smartphone* o altri dispositivi, molte imprese si affidano ai *marketplace*, piattaforme di *e-commerce* che mettono in contatto vendori e acquirenti. Questi *marketplace*, come Amazon, fungono da centri commerciali digitali dove gli utenti possono confrontare offerte di prodotti simili. I *social network*, invece, si trasformano in canali per l'*e-commerce*, utilizzati per pubblicizzare prodotti e indirizzare i consumatori ai siti di vendita, spesso attraverso l'intermediazione degli *influencer* che con le loro pagine mostrano prodotti e servizi indirizzando i loro *follower* ad acquistarli.

Negli ultimi anni dieci anni, lo *shopping online* è cresciuto esponenzialmente, diventando una pratica diffusa a livello globale. Tuttavia, questa evoluzione solleva interrogativi sul suo impatto ambientale. In teoria, l'*e-commerce* sembrava una soluzione più sostenibile rispetto al commercio tradizionale, riducendo gli spostamenti autonomi verso i negozi fisici. In pratica, però, ricerche e inchieste¹³⁹ hanno dimostrato che il commercio elettronico contribuisce significativamente all'inquinamento. Questo modello spinge verso un consumismo insostenibile, incentivando l'acquisto di prodotti

¹³⁹ F. IRALDO ha fatto esplicito riferimento a tali risultati nel corso dell'intervista rilasciata per la puntata *Vite a domicilio* del programma televisivo giornalistico *Presapare diretta*, mandata in onda il 20 gennaio 2020 (www.santannapisa.it/it/multimedia/rai-3-l'impatto-ambientale-delle-commerce-i-dati-della-ricerca-scientifica-presentati-da).

spesso inutili o altamente inquinanti, spesso a basso costo come nel caso degli *e-commerce* di *fast fashion* come, per esempio, i controversi Temu e Shein, colossi cinesi dell'e-commerce a bassissimo costo ma ad elevato impatto ambientale.

Uno dei primi meccanismi dell'*e-commerce* dannosi per l'ambiente è costituito dalla consegna veloce o istantanea, introdotta dal colosso del commercio elettronico Amazon, che l'ha resa attiva mediante il servizio Prime: questa opzione è stata, poi, adottata anche in altri siti di vendita *online*, in quanto forte incentivo all'acquisto per l'utente, che può ricevere e disporre della merce comperata in tempi brevi. Alla soddisfazione dell'utente per la consegna quasi immediata degli articoli acquistati, fa da contraltare, però, l'aumento delle emissioni nocive per l'ambiente, dovute, appunto, al fatto che l'accelerazione dei tempi di spedizione fa viaggiare i mezzi di trasporto vuoti o semivuoti¹⁴⁰.

Altra problematica importante è legata al *packaging*: gli sprechi e le emissioni causati dal *packaging* sono nettamente superiori rispetto alla busta data dal negozio, dal momento che esso comporta l'utilizzo di materiali differenti. Causa danni notevoli all'ambiente, inoltre, anche la pratica dei resi: diversi studi hanno rilevato che se al cliente viene riconosciuto il diritto (gratuito) di rendere gli acquisti, aumentano le probabilità che egli ricorra all'*e-commerce*¹⁴¹. Avvalersi della facoltà di restituire il prodotto equivale, tuttavia, a radoppiare il tasso di inquinamento causato dalla trasferta dell'acquisto verso il luogo di consegna¹⁴².

¹⁴⁰ MIT Sustainable Logistics Iniziative – «Green Button Project» Consumer Preference for Green Last Mile Home Delivery (<https://sustainablelogistics.mit.edu/green-button-project-consumer-preference-for-green-last-mile-home-delivery>).

¹⁴¹ A. BUSBY, *Love them or Loathe them, Serial returners could just be your best customers*, in *Forbes*, 2 luglio 2019.

¹⁴² Secondo i dati della National Retail Federation richiamati da Presa Diretta (Vite a domicilio, cit.), tra il 2010 e il 2015 si è registrato un aumento dei resi del 66% e i soli resi di Zalando (società tedesca di commercio elettronico specializzata nella vendita di articoli di abbigliamento) equivalevano circa al 50% degli articoli ordinati. Ciò significa che su 140 milioni di ordini effettuati sulla piattaforma

Un altro fenomeno, poi, legato ai *social network* e all'influenza comportamentale che questi esercitano sugli utenti è senza dubbio quello dell'*overtourism*: il sovraffollamento turistico in determinate aree, strettamente legato ai *social network* e ai contenuti turistici che, grazie a questi, diventano virali. Piattaforme come Instagram, Facebook e TikTok amplificano l'esposizione di luoghi specifici attraverso foto e video che attirano grandi masse di turisti, spinti dal desiderio di visitare e fotografare le stesse destinazioni popolari. Quando un luogo diventa ‘*instagrammabile*’ e si diffonde rapidamente *online*, spesso si verifica un'esplosione di visite in tempi brevi, che può mettere a dura prova le infrastrutture locali, aumentare i costi di vita per i residenti e causare danni ambientali. La viralità dei contenuti sui *social*, quindi, non solo attira un numero eccessivo di turisti, ma rende anche il turismo meno sostenibile, poiché molte persone si concentrano negli stessi punti d'interesse, seguendo le mode dei contenuti che vedono *online*. La gentrificazione, poi, è strettamente legata al fenomeno dell'*overtourism* e ai *social network*, e i due fenomeni spesso si rafforzano a vicenda, con conseguenze significative per le comunità locali. Quando un luogo diventa popolare sui *social* e attira un grande numero di visitatori, l'aumento della domanda per alloggi, locali, ristoranti e altri servizi turistici porta spesso a un incremento dei prezzi. Questo fenomeno attira investitori e sviluppatori, che puntano a trasformare gli spazi tradizionali in strutture più redditizie destinate a soddisfare le richieste del mercato turistico. Di conseguenza, si verificano due effetti principali: 1) incremento del costo della vita; 2) trasformazione culturale e perdita di autenticità del luogo. Gli abitanti locali, infatti, si trovano spesso a fronteggiare un aumento significativo del costo della vita, poiché i canoni di affitto e i prezzi dei servizi essenziali aumentano. In alcuni casi, sono costretti a lasciare i loro quartieri storici, che vengono progressivamente riqualificati, per così dire, per attirare turisti o nuovi residenti con maggiori disponibilità economiche. L'incre-

e-commerce in esame, 70 milioni di pacchi sono stati trasportati per due volte, producendo il doppio dell'inquinamento.

mento del turismo di massa e le attività legate a questa nuova economia, inoltre, portano alla modifica dell'identità dei luoghi. Ne-gozietti locali, artigiani e luoghi di ritrovo tradizionali vengono sostituiti da attività rivolte ai turisti, come *boutique* di lusso, caffè alla moda e appartamenti destinati a piattaforme come Airbnb. Questo processo spesso snatura l'autenticità e la vita quotidiana dei quartieri. In breve, i *social network* amplificano l'attrattiva di certi luoghi, contribuendo non solo al sovraffollamento turistico, ma anche all'avanzare della gentrificazione, che cambia profondamente la struttura sociale, economica e culturale delle aree interessate.

2.3. *Danni individuali agli utenti*

Diversi studi¹⁴³ dimostrano che l'esposizione prolungata alle piattaforme *social network* ha effetti nocivi sulla salute degli utenti, soprattutto se adolescenti¹⁴⁴: stati prolungati, alle volte cronici, di malumore¹⁴⁵;

¹⁴³ Per esaustivo elenco dei danni sulla salute mentale e fisica degli utenti si veda: <https://ledger.humanetech.com/>. La pagina è aggiornata costantemente dal team di Center for Humane Technology.

¹⁴⁴ S. LEVIN, *Facebook told advertisers it can identify teens feeling ‘insecure’ and ‘worthless’*, in *The Guardian*, 1 maggio 2017.

¹⁴⁵ Circa la correlazione tra tristezza durante le vacanze e utilizzo di Facebook: M. TROMHOLT, *The Facebook Experiment: Quitting Facebook Leads to Higher Levels of Well-Being*, in *Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking*, 19, 2016, 11. L'esperimento di contagio emotivo messo in atto proprio attraverso Facebook: A.D.I KRAMER, J.E. GUILLORY, J.T. HANCOCK, *Experimental evidence of massive-scale emotional contagion through social networks*, Princeton University, Princeton, 2014, (<https://www.pnas.org/content/111/24/8788>). Le stesse *social media company* hanno pubblicato studi circa gli effetti negativi sull'umore derivanti dall'utilizzo eccessivo dei *social network* (D. GINSBERG, M. BURKE, *Hard Questions: Is Spending Time on Social Media Bad for Us?*, 15 dicembre 2017, <https://about.fb.com/news/2017/12/hard-questions-is-spending-time-on-social-media-bad-for-us/>). Sulla correlazione tra utilizzo di *social network* e variazioni dell'umore si veda anche: H.B. SHAKYA, N.A. CHRISTAKIS, *Association of Facebook Use with Compromised Well-Being*, in *Journal of Adolescent Health*, 60, 2017, 2; A. HUNT, L. BRAGHIERI, S. EICHMEYER, AND M. GENTZKOW, *The Welfare Effects of Social Media*, in *American Economic Review*, 110, 2020, 3, pp. 629-676.

depressione¹⁴⁶; disordini alimentari¹⁴⁷; disturbo dell'attenzione e iperattività (ADHD)¹⁴⁸; dismorfofobia¹⁴⁹; autolesionismo e suicidio¹⁵⁰. Il primo effetto dannoso, osservabile in numerosi casi, è l'anedonia, causata dal rilascio intermittente di dopamina che provoca sbalzi d'umore, dipendenza e ridotta capacità di provare piacere dalle attività che non rientrano tra quelle che hanno creato assuefazione¹⁵¹. A questo tipo di problema, sono particolarmente esposti adolescenti e preadolescenti che passano molte ore delle loro giornate sui *social network*. All'anedonia spesso si associano: apatia, mancanza di autostima e dismorfofobia, disturbo diffuso in particolare tra le giovani donne, costrette a confrontarsi con i canoni estetici irraggiungibili proposti dai *social network*¹⁵².

L'esercizio del potere di influenza può avere conseguenze importanti anche sul piano strettamente individuale. Si tratta, anche in questo caso, di effetti intrinseci allo stesso meccanismo di funzio-

¹⁴⁶ S. LEMOLA, N. PERKINSON-GLOOR, S. BRAND, J.F. DEWALD-KAUFMANN, A. GROB, *Adolescents' Electronic Media Use at Night, Sleep Disturbance, and Depressive Symptoms in the Smartphone Age*, in *Journal of Youth and Adolescence*, 44, 2014; E. M. SEABROOK, M.L. KERN, N.S. RICKARD, *Social Networking Sites, Depression and Anxiety: A Systematic Review*, in *JMIR Mental Health* 3, 2016, 4.

¹⁴⁷ A.E. COATES, C.A. HARDMAN, J.C.G. HALFORD ET AL., *Social Media Influencer Marketing and Children's Food Intake: A Randomized Trial*. Pediatrics. 2019;143 (4): e20182554; A. ALRUWAILY, C. MANGOLD, T. GREENE, et al., *Child Social Media Influencers and Unhealthy Food Product Placement*. Pediatrics. 2020;146 (5).

¹⁴⁸ A. HADAR, I. HADAS, A. LAZAROVITS, U. ALYAGON, D. ELIRAZ, A. ZANGEN, *Answering the missed call: Initial exploration of cognitive and electrophysiological changes associated with smartphone use and abuse*, in *PLoS ONE*, 12, 2017, 7, e0180094.

¹⁴⁹ S. RAJANALA, M.B.C. MAYMONE, N.A. VASHI, *Selfies – Living in the Era of Filtered Photographs*, in *JAMA Facial Plastic Surgery*, 20, 2018, 6, pp. 443-444.

¹⁵⁰ H.S. SUDAK, D.M. SUDAK, *The Media and Suicide. Acad*, in *Psychiatry*, 29, 2005, pp. 495-499.

¹⁵¹ A. LEMBKE, *Dopamine Nation: Finding Balance in the Age of Indulgence*, Dutton Penguin Random House, 2021.

¹⁵² A.A. MANAGO, *Facebook Involvement, Objectified Body Consciousness, Body Shame and Sexual Assertiveness in College Women and Men*, in Springer, 72, 2014, 1-2, pp. 1-14; S. MARSH, *Girls Suffer Under Pressure of Online Perfection, Poll Finds*, in *The Guardian*, 22 agosto 2017; M. TIGGEMANN, S. HAYDEN, Z. BROWN, J. VELDHUIS, *The effect of Instagram "likes" on women's social comparison and body dissatisfaction*, in *Body Image*, 26, 2018, pp. 90-97.

namento di un *business model* che si fonda proprio sulla conquista del tempo e dell'attenzione dell'utente per comprenderne la personalità al fine di ingenerare cambiamenti comportamentali necessari all'estrazione del profitto. Uno studio del 2010 sull'uso dei media in dieci nazioni ha evidenziato una dipendenza digitale più forte del previsto tra gli adolescenti: l'astinenza forzata per 24 ore ha scatenato ansia, depressione e sintomi tipici delle dipendenze cliniche. Già nel 2009, un'indagine aveva rilevato che i giovani adulti trascorrevano più tempo sui *social media* che in qualsiasi altra attività quotidiana¹⁵³. Nel 2018, il Pew Research Center ha confermato questa tendenza tra la Generazione Z: il 95% usa uno *smartphone* e il 45% dichiara di essere *online* «quasi costantemente»¹⁵⁴.

Di fatto, è proprio la difficoltà del giovane utente a 'distogliere lo sguardo' dal proprio dispositivo a costituire il motore del ciclo economico descritto. Il bisogno dell'adolescente di riconoscimento sociale, accettazione e inclusione nel gruppo rappresenta una fonte inesauribile di profitto economico. L'utilizzo di tecniche di influenza comportamentale, nonostante possano provare danni di rilievo per la salute degli utenti, è imprescindibile per far funzionare il meccanismo dal quale deriva il profitto per piattaforme e inserzionisti. Il *design* stesso degli ecosistemi digitali risulta di per sé tossico per lo sviluppo di preadolescenti e adolescenti. I *design* manipolatori e 'cattura attenzione' delle piattaforme non sono stati inventati specificamente per i *social network*: la loro applicazione è stata sperimentata e perfezionata dall'industria del videogioco (e anche del gioco d'azzardo), altro contesto in cui il profitto degli imprenditori di questo particolare settore traggono guadagno dallo stato di dipendenza ingenerato nei clienti giocatori.

In riferimento al gioco d'azzardo, infatti, è stato osservato che i giocatori patologici non riescono ad astenersi da nuove giocate perché stimolati dal tentativo di vivere l'esperienza che l'antropolo-

¹⁵³ College students Spend 12 hours/Day with Media, Gadgets, Marketing Charts, 2009.

¹⁵⁴ A. PERRIN, J. JIANG, *About a quarter of U.S. Adults Say They Are 'Almost constantly' Online*, Pew Research Center, 2018.

ga sociale Natasha Dow definisce «zona della macchina»: uno stato d'immersione totale associato alla perdita di autoconsapevolezza da parte dell'individuo e all'insorgere di un comportamento automatico e adattivo ai ritmi del gioco finalizzato ad una 'fusione' con la macchina e al desiderio che sia essa a 'giocare' con lui¹⁵⁵. Ogni aspetto di una *slot machine* è, in effetti, studiato per intensificare quell'ambizione ossessiva all'alterazione della propria soggettività, causando un incremento considerevole del tempo che il giocatore vi trascorre in attesa del raggiungimento del traguardo, costituito appunto da una sensazione di perdita del sé. Centrale, in questo meccanismo, è la sintesi della dopamina, il neurotrasmettore fondamentale per la spinta all'azione¹⁵⁶, la cui stimolazione intermittente aiuta ad evitare l'interruzione di quello stato di fusione del giocatore con la macchina in attesa della, incerta, vittoria. Questa stimolazione intermittente di dopamina ingenera nel giocatore uno stato di assuefazione tale che questi non vuole più separarsi dalla *slot machine*, proprio perché generatrice di ciò che sta disperatamente cercando: sempre più dopamina, sempre più gratificazione immediata. Questo meccanismo è alla base del funzionamento di tutti i principali *social network*.

Michelle Klein, direttrice del *marketing* di Facebook per il Nord America, ha definito il design di Facebook «un'esperienza comunicativa sensoriale che ci aiuta a connetterci con gli altri senza dover distogliere lo sguardo», sottolineando come la piattaforma, grazie alla sua natura coinvolgente, espressiva, stimolante e dinamica, induca un millennial medio a controllare il telefono oltre 157 volte al giorno – un dato destinato a essere ancora più elevato per la Generazione Z¹⁵⁷. Allo stesso modo, Sean Parker ha ammesso nel 2017

¹⁵⁵ N.D. SCHULL, *Addiction by Design: Machine Gambling in Las Vegas*, Princeton University Press, Princeton, 2014 (ed. it. *Architetture dell'azzardo. Progettare il gioco, costruire la dipendenza*, Luca Sossella Editore, Roma, 2015).

¹⁵⁶ K.C. BERRIDGE, T.E. ROBINSON, *Parsing reward*, in *Trends in Neurosciences*, 26, 2003, 9, pp. 507-513.

¹⁵⁷ M. KLEIN, *Millennials Check Their Phones More Than 157 Times per Day*, New York, 31 maggio 2016.

che l'idea alla base di Facebook era catturare quanta più attenzione possibile degli utenti, offrendo loro, «di tanto in tanto, una piccola scarica di dopamina» sotto forma di *like* e commenti, creando così un ciclo perpetuo alla ricerca della validazione sociale¹⁵⁸.

Gli adolescenti e i giovani adulti sviluppano una dipendenza dai *social media* perché vi trovano un potente strumento per soddisfare il bisogno di approvazione sociale¹⁵⁹. Questa esigenza, innata nella fase adolescenziale, viene amplificata nell'ambiente virtuale, dove l'interazione costante con gli altri genera ansia sia nell'uso che nell'astinenza dai *social*. Il fenomeno trova conferma in un'affermazione, antecedente all'era digitale, dello psicologo dello sviluppo Robert Kegan: «non c'è un sé al di fuori di quel che piace agli altri»¹⁶⁰. Una frase che sintetizza perfettamente il legame profondo tra identità personale e riconoscimento sociale, oggi esasperato dalle dinamiche dei *social network*.

L'adolescente oggi non può fare a meno di possedere di un dispositivo e di creare un *account* sulle piattaforme utilizzate dai coetanei, proprio perché la connessione è divenuto un mezzo di partecipazione sociale fondamentale: la sua mancanza genera un senso di distacco e isolamento dal resto della comunità¹⁶¹. Si tratta della tattica, adoperata da tutti i *social network*, in forza della quale

¹⁵⁸ A. HERN, *Never Get High on Your Own Supply. Why Social Media Bosses Don't Use Social Media*, in *The Guardian*, 23 gennaio 2018.

¹⁵⁹ In verità, l'obiettivo di Facebook, rivelato da Parker, può dirsi raggiunto: nel 2017 un *team* di neuroscienziati dell'University of Southern California ha dimostrato, sulla base dei risultati di scansioni fMRI dei cervelli di un campione di utenti Facebook, una significativa correlazione fra riduzione della materia grigia nella amigdala e il loro livello di dipendenza da Facebook, riduzione di materia cerebrale simile a quelle che si riscontrano nei tossicodipendenti da cocaina (Q. HE, O. TUREL, A. BECHARA, *Brain anatomy alterations associated with Social Networking Site (SNS) addiction*, in *Scientific Reports*, 7, 2017, n. 45064).

¹⁶⁰ R. KEGAN, *The Evolving Self: Problem and Process in Human Development*, Harvard University Press, Cambridge, 1982, p. 96.

¹⁶¹ La condizione emotiva dell'adolescente si riassume nel concetto di 'dimostrazione sociale', che Chris Nodder, consulente per la *user experience* di Facebook, descrive nel libro *Design diabolico, Catturare i clienti*.

il nostro comportamento è determinato per gran parte dalle impressioni di quale sia la cosa giusta da fare, [...] basate su quello che vediamo fare agli altri¹⁶².

La ‘dimostrazione sociale’ alimenta nei giovani utenti il bisogno di conformarsi agli altri per ottenere approvazione, espressa in *like* e commenti. Introdotto nel 2009, il pulsante *like* non solo è diventato una fonte inestimabile di *surplus* comportamentale, ma anche un simbolo di ricompensa e un parametro per definire il valore sociale di una persona. Come osserva Adam Alter, designer di app, i *like* sono «la cocaina della nostra generazione», capaci di generare scariche di dopamina che spingono gli utenti ad aumentare continuamente il loro coinvolgimento: «Un post con zero *like* non è solo un dolore privato, ma una sorta di condanna pubblica»¹⁶³.

Questa dinamica, basata sia sulla gratificazione che sulla mortificazione, manipola l’utente a cercare approvazione esterna. Se un post riceve molti *like*, l’utente sarà incentivato a condividere di più, al contrario, se la risposta non soddisfa le aspettative, egli tenterà di migliorare il contenuto, aumentando comunque il tempo trascorso sui social. I *social network* sfruttano sia il rinforzo positivo che il rinforzo negativo: un *feedback* sgradito può spingere a cambiare comportamento tanto quanto uno gradito, alimentando la dipendenza. A ciò si aggiunge il fenomeno del ‘confronto sociale’, in cui l’utente valuta il proprio valore confrontando la propria vita con quella altrui. Questo confronto, però, spesso sfocia in giudizi negativi su sé stessi, rafforzando insoddisfazione e insicurezza, e consolidando ulteriormente il legame con la piattaforma¹⁶⁴. La portata di

¹⁶² C. NODDER, *Evil by design: Interaction Design to Lead Us into Temptation*, Wiley, Indianapolis, 2013 (ed. it. *Design diabolico. Sfruttare le debolezze umane per creare interfacce coinvolgenti*, Edizioni LSWR, Milano, 2014).

¹⁶³ A. ALTER, *Irresistible: The Rise of Addictive Technology and the Business of Keeping Us Hooked*, Penguin, New York, 2017, p. 128.

¹⁶⁴ Zuboff, analizzando il ‘confronto sociale’, riporta studi che ne esplorano gli effetti psicologici attraverso le epoche. Storicamente, gli individui vivevano in piccole comunità, circondati da simili, riducendo l’impatto negativo del confronto sociale. Tuttavia, l’avvento della televisione nella seconda metà del XX secolo in-

questo fenomeno emerge chiaramente se si considera che il giudizio di comparazione si fonda su ciò che gli individui vedono degli altri sui *social media*, i quali consentono una presentazione ‘attiva’ del sé attraverso la creazione di un profilo pensato appositamente per apparire migliori e crescere di popolarità¹⁶⁵. Il rischio è la FOMO (*Fear Of Missing Out*), ossia una forma di ansia sociale definita dalla «sensazione sgradevole, o perfino straziante, che i nostri simili stiano facendo qualcosa di migliore di noi, e possiedano più cose o conoscenze»¹⁶⁶ e si concretizza, quindi, nel controllo compulsivo di ciò che fanno gli altri per paura di essere tagliati fuori dai contesti sociali gratificanti. Uno studio del 2011, ad esempio, ha evidenziato che gli utilizzatori dei *social media* che visualizzavano, sulla propria *Home*, foto di utenti ‘belli’ – o proposti come tali dalla piattaforma e dal trend del momento – sviluppavano un’immagine di sé peggiore rispetto a chi si imbattesse in foto di utenti meno belli¹⁶⁷. Inoltre, passare molto tempo a vedere i profili altrui genera negli utenti un immediato stato di malumore che li spingeva a trascorrere ancora più tempo sul *network* nella speranza di sentirsi meglio. Ciclo, questo, sintomatico di un possibile disturbo depressivo¹⁶⁸. Un sintomo di questo malessere è da rinvenirsi anche nell’incremento conside-

tensificò questo fenomeno, poiché mostrava stili di vita molto diversi, portando gli spettatori a percepire insoddisfazione per la propria condizione. Uno studio specifico attribuisce alla diffusione della televisione un aumento dei furti, legato al desiderio di appropriarsi di beni di consumo percepiti come simboli di uno stile di vita migliore. Questo suggerisce come la televisione abbia accentuato la consapevolezza delle disuguaglianze e innescato effetti negativi sul comportamento sociale (S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 477).

¹⁶⁵ A.L. FOREST, J.V. WOOD, *When social networking Is Not Working*, in *Psychological Science*, 23, 2012, 3.

¹⁶⁶ A. K. PRZYBYSKI ET AL., *Motivational, Emotional, and Behavioral Correlates of Fear of Missing Out*, in *Computers in Human Behavior*, 29, 2013, 4, pp. 1841-1848.

¹⁶⁷ N. HAVERKAMP, N.C. KRAMER, *Social Comparison 2.0: Examining The Effects of Online Profiles on Social*, in *Networking Sites, Cyberpsychology, Behavior and Social Networking*, 14, 2011, 5.

¹⁶⁸ E. TANDOC, P. FERRUCCI, M. DUFFY, *Facebook Use, Envy, and Depression Among College Students: Is Facebooking Depressing?*, in *Computers in human behavior*, 43, 2015, pp. 139-146.

revole, in particolare negli ultimi anni, degli adolescenti che si sottopongono, o desiderano sottoporsi, ad interventi di chirurgia estetica per assomigliare ai loro *selfie* con i filtri¹⁶⁹ che vengono utilizzati in diversi *social network*, come Snapchat e Instagram, tanto che nel 2018 il medico britannico Tijion Esho descrive questo fenomeno come «*Snapchat dysmorphia*»¹⁷⁰. Questo fenomeno è diventato talmente lampante che a partire dal 14 gennaio 2025, Meta ha disattivato la piattaforma Meta Spark, utilizzata da sviluppatori esterni per creare filtri di bellezza su Instagram e Facebook. Di conseguenza, oltre due milioni di ‘filtri bellezza’ realizzati da terze parti non sono più disponibili sulle piattaforme di Meta. Tuttavia, gli effetti di realtà aumentata sviluppati internamente da Meta, circa 140, rimangono accessibili agli utenti.

Un’indagine del 2017 sulle ragazze britanniche tra gli 11 e i 21 anni ha, infatti, rivelato che per il 35% di esse la principale fonte di preoccupazione è il confronto con le vite e i corpi altrui, un’ansia che può sfociare o aggravare la dismorfofobia, ovvero l’ossessione per difetti fisici inesistenti o minimi, con conseguenze negative sul benessere psicologico e sulla quotidianità¹⁷¹. Altri studi hanno evidenziato un legame tra l’uso eccessivo dei *social network* e l’insorgenza di disturbi alimentari¹⁷². In particolare, chi trascorre molto tempo su Instagram seguendo le abitudini alimentari di celebrità e *influencer* risulta più incline a sviluppare ortoressia nervosa, una fissazione per un’alimentazione biologicamente pura che porta a diete squilibrate e a un rapporto ansioso con il cibo e le occasioni sociali

¹⁶⁹ I filtri disponibili sui *social* correggono le ‘imperfezioni’ dei volti: uniformano l’incarnato, aumentano il volume delle labbra, assottigliano il naso, ingrandiscono gli occhi, spesso cambiano colore dell’iride, alzano gli zigomi.

¹⁷⁰ S. RAJANALA, M.B.C. MAYMONE, N.A. VASHI, *Selfies – Living in the Era of Filtered Photographs*, cit.; E. HUNT, *Faking it: how selfie dysmorphia is driving people to seek surgery*, in *The Guardian*, 23 gennaio 2019.

¹⁷¹ S. MARSCH, *Girls Suffer Under Pressure of Online Perfection*, Poll Finds, cit.

¹⁷² Si veda K.A. PHILIPS, D. J. STEIN, *Disturbo da dismorfismo corporeo*, in *Manuale MSD* (www.msdmanuals.com/it-it/professionale/disturbi-psichiatrici/disturbo-ossessivo-compulsivo-e-disturbi-correlati/disturbo-da-dismorfismo-corporeo).

legate ad esso¹⁷³. Anche l'uso notturno e prolungato dei media digitali è stato associato a disturbi del sonno, che nel tempo possono favorire lo sviluppo di stati depressivi¹⁷⁴. Uno studio del 2015 ha confermato che questa abitudine costituisce un fattore di rischio per gli adolescenti sia sul piano del riposo che della salute mentale. Infine, una ricerca del 2017 su utenti tra i 21 e i 27 anni classificati come *heavy users* ha dimostrato che un utilizzo intensivo degli *smartphone* compromette l'attenzione, la capacità di elaborazione numerica e può favorire sintomi di iperattività (ADHD)¹⁷⁵.

Questi dati evidenziano come i *social network* possano agire da amplificatori delle vulnerabilità emotive, favorendo la diffusione di comportamenti estremi attraverso il rafforzamento di narrazioni negative. La presenza di gruppi e pagine che condividono testimonianze o esperienze legate all'autolesionismo e al suicidio crea una rete di supporto distorta, che spesso finisce per normalizzare e incentivare tali condotte. Ad esempio, lo studio della Oxford University del 2013 ha rilevato che l'80% dei giovani che avevano compiuto azioni autolesive aveva cercato informazioni *online* prima di agire¹⁷⁶. La crescente consapevolezza di questi effetti negativi ha spinto alcune piattaforme a introdurre sistemi di monitoraggio e intervento, come l'invio di messaggi di supporto o il collegamento a linee di aiuto per gli utenti a rischio.

E ancora: i ricoveri ospedalieri per ferite autoinfritte negli Stati Uniti dal 2010 ad oggi sono aumentati esponenzialmente rispetto

¹⁷³ P.G. TURNER, C.E. LEFEVRE, *Instagram use is linked to increased symptoms of orthorexia nervosa*, in *Eat Weight Disord*, 22, 2017, pp. 277-284.

¹⁷⁴ S. LEMOLA, N. PERKINSON-GLOOR, S. BRAND, J.F. DEWALD-KAUFMANN, A. GROB, *Adolescents' electronic media use at night, sleep disturbance, and depressive symptoms in the smartphone age*, cit., pp. 405-418.

¹⁷⁵ A. HADAR, I. HADAS, A. LAZAROVITS, U. ALYAGON, D. ELIRAZ, A. ZANGEN *Answering the missed call: Initial exploration of cognitive and electrophysiological changes associated with smartphone use and abuse*, cit.

¹⁷⁶ K. DAINE, K. HAWTON, V. SINGARAVELU, A. STEWART, S. SIMKIN, P. MONTGOMERY, *The Power of the Web: A Systematic Review of Studies of the Influence of the Internet on Self-Harm and Suicide in Young People*, in *PLoS ONE*, 8, 2013, 10.

alla decade precedente, come il tasso di suicidi, in particolare nella fascia di età tra i 10 e i 24 anni, e non pochi studi dimostrano un nesso di causalità tra questi dati allarmanti e la dipendenza da *social network*. Infine, nel 2017, un *team* di neuroscienziati dell'University of Southern California ha dimostrato, attraverso scansioni fMRI dei cervelli di un campione di utenti di Facebook, una significativa correlazione tra riduzione della materia grigia nella amigdala e il loro livello di dipendenza da Facebook, riduzione di materia celebrale simile a quelle che si osservano nei tossicodipendenti da cocaina¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Q. HE, O. TUREL, A. BECHARA, *Brain anatomy alterations associated with Social Networking Site (SNS) addiction*, cit.

CAP. III

IL DIRITTO ALLA PROVA DEL POTERE DEI COLOSSI DEL WEB

SOMMARIO: 1. Il diritto debole. – 1.1. Libertà di scelta o manipolazione? – 1.1.1. La vicenda processuale di Cambridge Analytica. – 1.2. Il *focus* sul consenso nel GDPR. – 1.3. La Legge Federale sulla protezione dei dati in Svizzera. – 2. Il *nudging* come strumento di ‘contro-manipolazione’. – 2.1. Una forma di normatività alternativa ai circuiti giuridici classici: il *nudging*. – 2.1.1. *Nudge* e diritto. – 2.1.2. *Nudge* e paternalismo. – 2.1.3. *Nudge* e utilitarismo. – 2.2. Oltre la manipolazione: ‘strategie di *awakening*’ come strategie per limitare il potere manipolatorio degli attori privati.

1. *Il diritto debole*

1.1. *Libertà di scelta o manipolazione?*

Come è emerso dalle pagine precedenti, *Internet* funziona grazie a un sistema di prodotti predittivi e di condizionamento del comportamento umano che la tecnologia sta rendendo progressivamente sempre più efficaci. Quale deve essere la posizione di un sistema giuridico rispetto a questo fenomeno? Si dovrebbe riconoscere un diritto a non essere manipolati?

In questo capitolo, cercherò di mettere a fuoco i problemi teorici che sembrano ostacolare il riconoscimento di un simile diritto in base agli assunti della nostra cultura giuridica tradizionale. Nel momento in cui si discute giuridicamente di fenomeni di manipolazione di massa, come per esempio nelle azioni giudiziarie scaturite dal caso Cambridge Analytica, si ha l’impressione che il diritto legga la realtà in modo sistematicamente incompleto. Ciò che sembra interessare all’ordinamento è solo una cosa: che l’utente del servizio dichiari, con un *click* o una sequenza di *click*, il consenso al trattamento dei dati. Che poi a ciò corrisponda un consenso informato effettivo è normalmente irrilevante. E, soprattutto, che i dati siano poi

usati intenzionalmente 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. Perché? È come se di fronte ad un caso di omicidio l'ordinamento si accontentasse di verificare la regolarità del porto d'armi dell'assassino: il raggiungimento del fine lesivo è ignorato; tutta la preoccupazione si concentra solo sui mezzi.

Il *focus* del diritto nel regolare il mercato del *Web* rimane esclusivamente sul consenso, perché si presuppone che l'utente che presta tale consenso alla cessione e all'utilizzo dei suoi dati personali sia un individuo perfettamente razionale, capace di scegliere per sé in maniera autonomia e non *biased*. Dopo le scoperte delle *behavioral sciences*, sappiamo, però, che questa presupposizione è una *fictio iuris*. Questa *fictio iuris* provoca, sebbene indirettamente, effetti dannosi in termini individuali e in termini collettivi. D'altro canto, però, il diritto tradizionale, leggendo la realtà attraverso il principio di imputazione, come insegnava Kelsen¹, non può fare altro che imputare ad un soggetto adulto e raziocinante la responsabilità della scelta di prestare o non prestare il consenso al trattamento dei propri dati personali. Come uscire da questo vicolo cieco?

Come abbiamo visto, il capitalismo della sorveglianza sfrutta le debolezze della mente umana per fini di profitto, utilizzando raffinate tecniche di influenza mutuate dalle *behavioral sciences*. Il capitalismo della sorveglianza funziona presupponendo un agente decisore, l'utente, quale effettivamente è: *biased*, irrazionale, guidato prevalentemente dal Sistema 1 nelle scelte quotidiane e nella modalità con cui si interfaccia con le piattaforme. In questa tesi, sostengono che l'unico modo per rispondere al problema della manipolazione di massa è utilizzare le stesse armi dei capitalisti della sorveglianza: tecniche di regolazione del comportamento, innovative rispetto ai circuiti giuridici classici, che parlino direttamente al Sistema 1, che presuppongano l'agente decisore incapace di sceglie-

¹ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2000, pp. 209-227.

re autonomamente in un contesto di architettura della scelta fortemente viziato e non neutrale come quello del *Web*. È impossibile per chiunque leggere attentamente le *policy* sulla *privacy* di ogni sito *Web* nel momento in cui apriamo una pagina e dobbiamo accettare o non accettare i *cookies*, ed è altrettanto impossibile rimane sempre vigili – e consapevoli di essere costantemente bombardati da messaggi manipolatori – quando si trascorre del tempo su un qualsiasi *social network*. Abbiamo bisogno di una scorciatoia mentale che ci indirizzi alla scelta più virtuosa, che limiti il danno in un contesto socioeconomico basato sulla cattura dell'attenzione e sull'influenza comportamentale. Gli strumenti del diritto tradizionale, «le istituzioni medievali», non possono aiutare le nostre «emozioni paleolitiche» a combattere queste «tecnologie futuristiche»². Abbiamo bisogno di tecnologie altrettanto efficienti e futuristiche. A mio avviso, proprio il *nudging* potrebbe svolgere questo virtuoso compito. In questo capitolo conclusivo, proverò a spiegare e ad argomentare il perché. Occorre, però, prima ripercorrere brevemente le vicende giudiziarie scaturite dal caso di Cambridge Analytica, vicende dalle quali emerge con evidenza l'incapacità del diritto tradizionale a riconoscere la manipolazione di massa³.

1.1.1. *La vicenda processuale di Cambridge Analytica*

Le vicende processuali scaturite dallo scandalo di Cambridge Analytica sono esemplificative sia dell'inadeguatezza degli strumenti del diritto nel proteggere gli utenti dalle insidie della manipolazione sia dell'inefficacia delle *policy* istituzionali nel rendere i cittadini 'davvero' consapevoli del funzionamento del sistema manipolatorio su cui si basano le piattaforme digitali.

Come già ricordato, la società di consulenza britannica Cambridge Analytica utilizzò i dati personali e comportamentali di cir-

² Si veda la citazione che apre l'*Introduzione* al presente volume.

³ M. TARONI, M. UBERTONE, *Il diritto nella società della manipolazione*, cit.

ca cinquanta milioni di elettori per profilarli e persuadere i cosiddetti «influenzabili»⁴ a votare per il candidato repubblicano Donald Trump alle presidenziali americane del 2016. Secondo le dichiarazioni degli ex collaboratori, Cambridge Analytica avrebbe giocato un ruolo determinante nella campagna *Leave.UE*, sfruttando l'ecosistema di Facebook per manipolare gli elettori britannici e persuaderli a votare per la Brexit. La società raccolse dati personali di milioni di utenti, tra cui solo una parte aveva fornito il consenso diretto partecipando al quiz sulla personalità. La maggioranza dei dati proveniva invece dalla rete di amici dei partecipanti, inconsapevoli del furto e privi di qualsiasi consenso.

Cambridge Analytica è stata accusata di utilizzare i dati acquisiti da Kogan per elaborare modelli previsionali sul comportamento di utenti che non avevano autorizzato la raccolta o l'elaborazione delle loro informazioni. Al contempo, Facebook è stata criticata per non aver tempestivamente sanzionato Kogan, che aveva violato i termini di servizio cedendo i dati raccolti tramite il quiz a una terza parte, Cambridge Analytica. Questa vicenda evidenzia non solo le lacune nelle *policy* di sicurezza di Facebook, ma anche il potenziale manipolativo che la raccolta massiva e non consensuale di dati personali può avere nei processi democratici, come il referendum per la Brexit e le elezioni presidenziali americane del 2016.

Il 16 marzo 2018, infatti, Facebook rendeva noto con un comunicato di aver bloccato sulla piattaforma tutte le attività sul suo portale del gruppo SCL, incluse quelle di Cambridge Analytica, a causa di come la società inglese aveva utilizzato i dati degli utenti. In realtà, stando al racconto di Christopher Wylie alla stampa, Facebook era consapevole già a partire dal 2015 della violazione commessa a danno della sicurezza dei propri iscritti da parte di Cambridge Analytica. Di fatto Facebook rimase inerte di fronte a que-

⁴ Secondo le dichiarazioni di Brittany Kaiser nel film documentario sulla vicenda *The Great Hack – Privacy violata* del 2019, «influenzabili» è l'appellativo utilizzato dagli stessi responsabili di CA per indicare i destinatari della campagna politica personalizzata condotta in occasione delle presidenziali americane del 2016 e della Brexit.

sto macroscopico furto di dati. Innanzitutto, una volta venuto a conoscenza della situazione, Zuckerberg si limitò a intimare a Cambridge Analytica di cancellare i dati ricevuti, ma non rilasciò alcuna dichiarazione pubblica né verificò che i dati fossero stati effettivamente cancellati. Zuckerberg stesso, infatti, chiamato a deporre più volte presso il Congresso americano, ha pubblicamente confessato di non aver effettuato alcun controllo successivo circa l'avvenuta distruzione, da parte di Cambridge Analytica, dei dati oggetto dello scandalo.

È interessante notare che le indagini sulle attività di Cambridge Analytica sono state avviate da David Carroll, cittadino statunitense che faceva parte della rete di amici di Facebook di uno dei partecipanti al famoso quiz sulla personalità ideato da Kogan. L'azione giudiziaria inizialmente intrapresa da Carroll era volta a riottenerne i dati che gli erano stati illegittimamente sottratti da Cambridge Analytica che li aveva poi utilizzati per attività psicografiche senza egli avesse prestato alcun consenso al trattamento e all'utilizzo di tali dati. La conduzione delle indagini è stata, poi, affidata all'Ufficio del Commissario per l'Informazione, il quale ha rilevato, così come il Congresso statunitense, l'inefficacia delle proprie leggi elettorali a regolare un fenomeno come la manipolazione di massa a fini politici⁵. Difatti, in forza del diritto vigente non si è potuto imputare né a Cambridge Analytica né al *social network* Facebook la responsabilità di avere sfruttato le vulnerabilità e i *bias* di milioni di elettori per manipolarli e di avere alterato in questo modo i risultati di elezioni libere e democratiche⁶, anche se è indubbio che la società sia stata protagonista, per ammissione dei suoi stessi rappresentanti, di una campagna politica finalizzata a influenzare le scelte elettorali di milioni di individui.

⁵ Si consideri che la Gran Bretagna, all'epoca dei fatti, faceva ancora parte dell'Unione europea, con la conseguenza che si applicava il diritto europeo.

⁶ Il GDPR sarebbe entrato in vigore pochi mesi dopo lo scoppio dello scandalo (precisamente il 24 maggio 2016) ma comunque non avrebbe potuto disciplinare una situazione del genere.

Durante la testimonianza al Senato del 13 aprile 2018, Mark Zuckerberg ha ammesso che gli 87 milioni di utenti coinvolti nel furto di dati e nella manipolazione erano «vittime», ma ha negato ogni responsabilità da parte di Facebook⁷. Questa dichiarazione evidenzia un nodo cruciale: da un punto di vista giuridico, il nesso causale tra l'influenza dei sistemi digitali e le scelte individuali pare essere irrilevante, poiché ciò che conta è l'imputabilità della decisione al singolo utente. La teoria giuridica tradizionale si basa, infatti, sul principio di imputazione, che permette di attribuire un'azione a chi l'ha compiuta, stabilendo le relative conseguenze legali. In questa prospettiva, come sottolineato da Brittany Kaiser: nella cabina elettorale sono entrati gli elettori, non Facebook né Cambridge Analytica. Dimostrare che il voto a favore di Donald Trump sia stato determinato da una profilazione psicografica e da tecniche di manipolazione comportamentale sembra impossibile da provare e non perseguitabile legalmente in alcun modo.

La vicenda giudiziaria si è conclusa nel 2019 con la condanna della società SCL, proprietaria di Cambridge Analytica, al pagamento di una multa imposta dal Tribunale di Hendon⁸. David Carroll, cittadino americano che aveva richiesto l'accesso ai propri dati sottratti, non ha mai ottenuto soddisfazione. Facebook, invece, è stata sanzionata dalla FTC con una multa di ingente valore.

Le vicende di Cambridge Analytica dimostrano che gli strumenti regolativi odierni sono insufficienti a definire e limitare la manipolazione di massa. Di fatto, nel caso di specie, si è potuto contestare a Facebook di avere illegittimamente consegnato dati ad una società terza, Cambridge Analytica appunto, e a quest'ultima averli utilizzati senza il consenso degli utenti. Non si è potuto però impu-

⁷ Durante la testimonianza presso il Senato del 13 aprile 2018, lo stesso Mark Zuckerberg alla domanda «considera vittime gli 87 milioni di persone a cui sono stati rubati i dati e che sono state manipolate?», ha risposto: «sì, ma non è nostra la responsabilità».

⁸ D. PEGG, *Cambridge Analytica owner fined £15,000 for ignoring data request*, in *The Guardian*, 9 gennaio 2019.

tare né all'una né all'altra società la responsabilità di avere sfruttato le vulnerabilità e i *bias* di milioni di elettori per manipolarli.

Come rilevato, il fatto che i dati raccolti possano essere utilizzati intenzionalmente a fini manipolatori con effetti dannosi per la salute degli utenti e per il corretto funzionamento del procedimento democratico sembra non rilevare ai fini giuridici in alcun ordinamento occidentale. Non a caso, la legislazione vigente, infatti, si focalizza solo sul momento dell'estrazione dei dati comportamentali, cioè sul consenso accordato dal singolo utente al trattamento dei suoi dati: omette, invece, di vigilare sulle fasi che seguono la prestazione di tale consenso da parte dell'utente, ossia la formulazione di modelli predittivi e l'influenza comportamentale che ne deriva. E infatti, così come la sola accusa che si è potuta muovere nei confronti di Cambridge Analytica è stata quella di avere utilizzato i dati di milioni di utenti cittadini senza che ne avessero consentito il trattamento, allo stesso modo il *focus* del diritto nella regolamentazione di questo particolare sistema economico è sul momento della prestazione del consenso da parte dell'utente alla raccolta e al trattamento dei suoi dati personali.

Il consenso è, dunque, percepito dal diritto come l'elemento fondamentale da prendere in considerazione nella disciplina del *Web*. Ed è proprio con riferimento alla disciplina del consenso che sorge una problematica di particolare rilievo. Il legislatore di *Internet*, soprattutto quello europeo, ha approntato una normativa dettagliata sul consenso che, astrattamente, dovrebbe essere volta ad assicurare all'utente un reale controllo sui propri dati, al fine di garantire che la decisione dell'individuo in merito alla cessione di proprie informazioni personali ai colossi del *Web* sia giustificata da una reale consapevolezza, sia rispetto a chi sono i destinatari dei dati, sia rispetto agli usi che tali destinatari ne faranno. Nei fatti, però, è difficile che ciò accada e il diritto attuale sembra non sapere fornire delle soluzioni veramente garantiste dell'utente. Il motivo è la 'finzione' alla base della disciplina sul consenso: la regolamentazione vigente, infatti, equipara presuntivamente al consenso informato dell'utente, che dovrebbe quindi essere prestato con cognizione di

causa, manifestazioni di volontà che, per ragioni cognitive e strutturali, non è possibile considerare corrispondenti ad un consenso informato reale.

Lo scandalo di Cambridge Analytica è emblematico: attualmente il diritto⁹ si limita a regolare esclusivamente l'estrazione dei dati personali. Le leggi vigenti si focalizzano sul consenso imputato all'individuo non sulla base dei suoi reali stati mentali quanto piuttosto sulla base degli stati mentali che l'individuo avrebbe avuto in uno scenario controfattuale in cui egli si fosse comportato come un agente modello, perfettamente razionale. Due sono le criticità di questo tipo di regolazione del mondo digitale: 1) la legislazione vigente valuta la mancanza di consenso¹⁰ come 'il problema', senza curarsi dei danni derivanti dalla manipolazione; 2) la legislazione vigente equipara presuntivamente al consenso informato manifestazioni di volontà che è impossibile considerare corrispondenti a un consenso informato reale.

Il consenso al trattamento dei dati è percepito come l'elemento fondamentale su cui basare la regolazione necessaria a disciplinare, al minimo¹¹, il mercato del *Web* e a tutelare l'utente. Il *framing* è sul consenso al trattamento dei dati personali, non sui danni, individuali e sociali, provocati dagli strumenti manipolativi utilizzati in questo specifico sistema economico. Il diritto si preoccupa che l'utente presta il consenso alla cessione a terzi dei propri dati personali, e al relativo utilizzo di questi: quello che accade nelle successive fasi del ciclo (estrazione dati, formulazione di modelli predittivi, cattura

⁹ Senza pretesa di esaustività, faccio riferimento, in questa sede, alla legislazione statunitense ed europea in materia di *Internet* e mercato del *Web*.

¹⁰ Si veda www.europarl.europa.eu/news/it/headlines/priorities/protezione-dati.

¹¹ Agli albori dell'era di *Internet* chi operava in questo mercato poteva godere di una totale mancanza di regolazione pubblicistica, che è stata uno dei fattori determinanti dello sviluppo dell'economia digitale (S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit., pp. 114-151). Secondo Eric Schmitt, all'epoca *executive chairman* di Google, il mondo *online*, «che non è ancorato alle leggi terrestri, [...] è lo spazio senza governo più grande del mondo» (E. SCHMIDT, J. COHEN, *The New Digital Age: Transforming Nations, Businesses and Our Lives*, Vintage, New York, 2013).

dell'attenzione, influenza del comportamento) è pressoché ignorato dal legislatore di *Internet*¹².

1.2. *Il focus sul consenso nel GDPR*

Negli Stati Uniti¹³ la regolazione vigente circa il mercato digitale è particolarmente snella e incentiva l'autoregolazione degli agenti economici che operano in questo settore. In Europa, invece, vi è

¹² Il rapporto tra manipolazione *online* e diritto statunitense è approfonditamente trattato da Ido KILOVATY in particolare nel suo *Legally Cognizable Manipulation*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 34, 2019, 2 (<https://faculty.utulsa.edu/faculty/ido-kilovaty/>).

¹³ Solo dopo lo scandalo di Cambridge Analytica il legislatore statunitense pare interessarsi alle problematiche legate alle piattaforme e all'uso delle stesse da parte dei cittadini, come dimostrano i numerosi lavori delle Commissioni di Senato e House of Representatives (per esempio: *Facebook, Social Media Privacy, and the Use and Abuse of Data*, www.commerce.senate.gov/2018/4/facebook-social-media-privacy-and-the-use-and-abuse-of-data, 10 aprile 2018; *Subcommittee to Hold Hearing Examining Social Media Data Use and Privacy Concerns*, www.commerce.senate.gov/2018/6/subcommittee-to-hold-hearing-examining-social-media-data-use-and-privacy-concerns, 13 giugno 2018; *Optimizing for Engagement: Understanding the Use of Persuasive Technology on Internet Platforms*, www.commerce.senate.gov/2019/6/optimizing-for-engagement-understanding-the-use-of-persuasive-technology-on-internet-platforms, 25 giugno 2019; *Disinformation Nation: Social Media's Role in Promoting Extremism and Misinformation*, <https://energycommerce.house.gov/committee-activity/hearings/hearing-on-disinformation-nation-social-medias-role-in-promoting>, 25 marzo 2021). Ad oggi, la legge federale che regola la responsabilità delle piattaforme di *Internet* è la Sezione 230 del *Communications Decency Act* (CDA). La sezione 230 recita: «No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider». Di fatto, questa norma garantisce una totale immunità per le piattaforme in riferimento ai contenuti postati da terzi. Mentre per quanto riguarda *privacy* e *antitrust* ci si aspetta che le aziende si autoregolamentino tramite le linee guida suggerite dalla Federal Trade Commission (FTC) (www.ftc.gov/news-events/press-releases) e dal *Electronic Communications Privacy Act*, dal *Federal Wiretap Act* e dal *Computer Fraud and Abuse Act*, strumenti regolativi insufficienti a disciplinare il fenomeno della profilazione (T.A. STEINDEL, *A Path toward User Control of Online Profiling*, in *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, 17, 2011, 2). Due discussioni rilevanti sulla regolazione del mercato digitale negli Stati Uniti sono: J.E. COHEN, *The Regulatory State in the Information Age*, in *Theoretical Inquires in Law*, 17, 2016, 2; C.J. HOOFNAGLE, *Fede-*

una disciplina stringente contenuta per lo più nel GDPR (*General Data Protection Regulation*). Anche qui però, l'attenzione del legislatore è focalizzata unicamente sul consenso, che si presume ‘informato’ per il solo fatto che l’utente l’abbia dichiarato tale con una sequenza di *click*¹⁴. Secondo il GDPR, l’azienda che opera *online* è tenuta a ottenere il consenso dell’utente per la raccolta, l’utilizzo e la cessione dei suoi dati, nonché per l’eventuale profilazione del suo comportamento *online*. Il legislatore però non considera 1) se l’utente, nel momento in cui accetta questi termini, sia davvero consapevole del ciclo che inizia con la cessione dei dati e finisce con l’influenza del suo comportamento; 2) se l’utente possa esprimere un consenso davvero informato.

Uno studio empirico ha scoperto che il 74% di chi accede a un nuovo servizio *online* opta per ‘accesso rapido’, bypassando il consenso ai termini del servizio e la policy sulla *privacy*¹⁵. I ricercatori hanno calcolato che in media i documenti per l’accettazione dei termini del servizio avrebbero richiesto perlomeno quarantacinque minuti di lettura, ma chi li aveva accettati li aveva guardati per circa quattordici secondi. Inoltre, il consenso è spesso condizione per l’uso del servizio a cui l’utente sta cercando di accedere e quando non è così la negazione del consenso è tipicamente resa complessa dall’interfaccia¹⁶. È comprensibile la scelta di chi accetta tutto *by de-*

ral Trade Commission: Privacy Law and Policy, Cambridge University Press, New York, 2016.

¹⁴ È, però, opportuno segnalare che sono stati iniziati i lavori in Commissione UE per due nuovi testi regolativi delle piattaforme: *L’UE vuole riscrivere le regole di internet*, in *ilPost*, 16 dicembre 2020. In particolare, Margarethe Vestager ha proposto alla Commissione UE anche una nuova riforma fiscale che possa obbligare le piattaforme *Internet* a pagare le tasse in Europa.

¹⁵ J.A. OBAR, A. OELDORF-HIRSCH, *The Biggest Lie on the Internet: Ignoring the Privacy Policies and Terms of Service Policies of Social Networking Services*, in *Information, Communication & Society*, 23, 2018, 1, pp. 128-147.

¹⁶ Questi particolari elementi del *design* dell’interfaccia si chiamano ‘*dark patterns*’: elementi della piattaforma accuratamente disegnati e combinati fra di loro per confondere l’utente, con il fine di portarlo a compiere azioni non desiderate oppure di scoraggiarlo a prendere decisioni che potrebbero danneggiare l’azienda, per esempio cancellare il proprio *account* (www.darkpatterns.org/).

fault, senza leggere nulla. Il consenso che il GDPR prende in considerazione è fittizio, e per ragioni cognitive non può quasi mai essere informato e consapevole. Il GDPR, inoltre, disciplina la ‘profilazione’¹⁷, ma non tratta seriamente il problema della manipolazione¹⁸

¹⁷ Il GDPR definisce la profilazione all’art. 4: «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell’utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l’affidabilità, il comportamento, l’ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica». Per il legislatore del GDPR l’interessato, cioè il proprietario dei dati, «dovrebbe avere il diritto, in qualsiasi momento e gratuitamente, di opporsi a tale trattamento, con riguardo sia a quello iniziale che a quello ulteriore» (paragrafo 70 delle disposizioni preliminari e art. 21). Inoltre, si stabilisce che la profilazione sia soggetta alle norme del regolamento «che disciplinano il trattamento dei dati personali, quali i fondamenti giuridici del trattamento o i principi di protezione dei dati» (paragrafo 72, disposizioni preliminari). Riassumendo: l’interessato può cedere i propri dati personali, può essere profilato, ma la piattaforma deve raccogliere il suo consenso (informato) che può, comunque essere revocato in qualunque momento e gratuitamente. Per approfondimenti, si veda: S. ANNEREAU, *Understanding Consent Under the GDPR*, Global Data Hub, 2016.

¹⁸ La vicenda di Cambridge Analytica è nuovamente utile per evidenziare l’approccio del diritto europeo alla problematica della manipolazione *online*. Come il Congresso statunitense anche il Parlamento britannico, in particolare l’Ufficio del Commissario per l’informazione, ha rilevato l’inefficacia delle proprie leggi elettorali nel regolare un fenomeno come una manipolazione di massa a fini politici. Sulle indagini circa Cambridge Analytica si veda <https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/news-and-blogs/2020/10/blog-the-conclusion-of-the-ico-s-investigation-into-the-use-of-personal-data-in-political-campaigning/>.

Si sottolinea che all’epoca dei fatti la Gran Bretagna faceva ancora parte dell’Unione Europea e che il GDPR sarebbe entrato in vigore pochi mesi dopo l’esplosione dello scandalo (www.europarl.europa.eu/news/it/headlines/society/20180418STO02004/scandalo-facebook-cambridge-analytica-zuckerberg-deve-rispondere-agli-europei). Di fatto, come ha dichiarato la stessa Brittany Kaiser, «nella cabina elettorale ci sono andati gli elettori», e non Cambridge Analytica, né Facebook, elettori che hanno liberamente votato il candidato preferito: come siano arrivati a questa decisione al diritto, ad oggi, non interessa. Infatti, la vicenda processuale si concluse nel 2019 con la condanna di Cambridge Analytica da parte del Tribunale di Hendon (si veda D. PEGG, *Cambridge Analytica owner fined £15,000 for ignoring data request*, in *The Guardian*, 9 gennaio 2019) o meglio della società SCL proprietaria di Cambridge Analytica, che invece aveva già dichiarato bancarotta, al pagamento di una multa pecuniaria al Commissario per l’informazione e al cittadino americano, David Carroll, che aveva dato inizio

e della dipendenza che una piattaforma può indurre in un utente soprattutto se minore. Sembra che il legislatore presupponga che il destinatario della norma, agente ideale e razionale, conosca perfettamente le tecniche di manipolazione utilizzate *online* e che, quindi, sappia proteggersi da esse senza l'aiuto del diritto.

Le leggi basate sul mito della *privacy* e del consenso non sono sufficienti a impedire l'‘hackeraggio’ degli individui che giorno dopo giorno, impercettibilmente, cambiano le proprie abitudini, le proprie opinioni, i propri gusti, senza rendersene conto.

Gli ordinamenti giuridici contemporanei non sembrano disporre di strumenti adeguati ad ostacolare il potere di influenza che ho cercato di illustrare nei paragrafi precedenti, un potere che come abbiamo visto 1) è il motore economico di un’industria fiorente e in progressiva espansione; 2) può provocare, in mancanza di controlli, gravi danni di vario genere, sia ai singoli utenti sia alla società nel suo complesso. Questo potere, sinteticamente, può essere descritto come un meccanismo di manipolazione sistematica di milioni di persone, compiuta a fini commerciali o politici, attraverso tecniche consistenti nell’impiego congiunto di psicologia comportamentale ed elaborazione dei dati.

Il Regolamento Europeo sul consenso si fonda sul principio dell’‘autodeterminazione informativa’, secondo cui gli utenti dovrebbero avere pieno controllo sull’uso dei propri dati personali. In questa prospettiva, il consenso esplicito viene considerato una base giuridica sufficiente per autorizzare la raccolta, l’utilizzo e la condivisione delle informazioni personali. Di fatto, il GDPR adotta un modello di ‘autogestione della *privacy*’, affidando agli utenti la responsabilità di valutare i costi e i benefici della cessione dei propri dati¹⁹. Tuttavia, il nodo cruciale resta l’effettiva qualità di questo

alle indagini sulla società, chiedendo di potere riottenere i propri dati che erano stati utilizzati da Cambridge Analytica per profilarlo. Carroll non ha mai ottenuto l’accesso ai suoi dati (M. MASTERSON, *Cook County Sues Facebook, Cambridge Analytica for Consumer Fraud*, in *wttw. News*, 26 marzo 2018).

¹⁹ Sul ruolo del consenso come requisito di legittimità del trattamento dei dati personali dell’utenti, si vedano tra gli altri: D.J. SOLOVE, *Introduction: Privacy*

consenso: nella maggior parte dei casi, si tratta di un'assunzione fititizia, poiché difficilmente l'utente è realmente informato e consapevole delle implicazioni delle proprie scelte. La criticità di questo tipo di legislazione risiede proprio nel fatto che il GDPR individua come destinatario della norma un agente ideale perfettamente razionale, con la conseguenza che il consenso richiesto e prestato da questi si considera legittimo perché viene imputato all'individuo non sulla base dei suoi reali stati mentali, ma sulla base di quelli che avrebbe avuto in uno scenario controfattuale in cui si dovrebbe comportato come agente modello²⁰.

L'aspirazione della normativa a che l'utente presti un consenso informato, sintomatico di una reale capacità di controllo sulla sua *privacy*, si fonda su una 'fallacia'²¹. Il consenso richiamato dal legislatore si sostanzia, infatti, in un'enunciazione teorica priva di riscontro pratico, è '*dead letter*'²²: si considera come manifestazione inequivocabile della volontà dell'individuo a prestare il proprio consenso una mera sequenza di gesti automatici e pedissequi, come la marcatura di caselle o pratiche simili, automatismi di fatto privi di alcuna consapevolezza decisionale. Il mito dell'autogestione della *privacy* deve, di conseguenza, fare, *in primis*, i conti con il problema del 'soggetto disinformato'. È, infatti, provato da numerosi studi che la maggior parte degli utenti si limita a spuntare la casella del 'consenso' alla cessione dei dati senza leggere i termini del servizio, optando per un 'accesso rapido'²³. In proposito, si

cy Self-Management and the Consent Dilemma, in *Harvard Law Review*, 126, 2013, p. 1880 ss.; B.J. KOOPS, *The trouble with European data protection law*, in *International Data Privacy Law*, 4, 2014, p. 250 ss., in part. p. 252; N.S. KIM, D.A. TELMAN, *Internet Giants as Quasi-Governmental Actors and the Limits of Contractual Consent*, in *Missouri Law Review*, 80, 2015, 3, p. 723 ss.; F. CAGGIA, *Libertà ed espressione del consenso*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO, Giappichelli, 2019, p. 249 ss.

²⁰ M. TARONI, M. UBERTONE, *Il diritto nella società della manipolazione*, cit.

²¹ B.J. Koops, *The trouble with European data protection law*, cit.

²² B.J. Koops, *The trouble with European data protection law*, cit.

²³ Proprio in ragione di questa tendenza le adesioni «ai termini del servizio o dell'uso» sono chiamate *clickwrap*.

consideri il sopracitato studio che ha rilevato che il 74% di chi accede ad un nuovo servizio bypassa la lettura delle *policy* per cliccare direttamente sul pulsante ‘acconsento’²⁴. Questo accade principalmente perché sarebbe impossibile leggere attentamente tutti i termini di utilizzo e le *policy* sulla *privacy* ogni volta che si accede ad un sito *Web*²⁵. Come abbiamo avuto già modo di dire, in media i contratti che si accettano accendendo ad una qualsiasi piattaforma digitale richiederebbero almeno quarantacinque minuti di lettura, ma chi li accettata solitamente li legge per circa quattordici secondi²⁶.

Uno studio del 2008 ha stimato che leggere attentamente tutti i termini di servizio incontrati in un anno richiederebbe settantasei giorni lavorativi, con una perdita di produttività nazionale pari a 781 miliardi di dollari. Un costo destinato ad aumentare, considerando che molte aziende aggiornano frequentemente le loro poli-

²⁴ J.A. OBAR, A. OELDORF-HIRSCH, *The Biggest Lie on the Internet: Ignoring the Privacy Policies and Terms of Service Policies of Social Networking Services*, in *Facebook/Social Media 2, TPRC 44: The 44th Research Conference on Communication, Information and Internet Policy*, Social Science Research Network, Arlington, 2016. Il richiamo ad un altro esempio è altrettanto indicativo del fatto che gli utenti bypassano la lettura delle *policy* sulla *privacy* delle aziende con cui entrano in contatto nell’ambiente virtuale e accettano *by default* tutti i termini e le condizioni che queste prevedono per l’utilizzo dei loro prodotti/servizi. La storia, datata al 2010, è nata come uno scherzo da parte di Game Station, una società con sede nel Regno Unito specializzata nella vendita al dettaglio di videogiochi. All’interno del contratto che gli utenti dovevano sottoscrivere per perfezionare l’acquisto *online*, la società ha inserito una clausola che, se non espressamente rifiutata cliccando su una casella *opt-out*, le concedeva il diritto di entrare in possesso delle anime degli acquirenti. Di essi circa l’88% ha ceduto volontariamente l’anima senza chiedere alcuna spiegazione o rilevare la singolarità della richiesta, indifferenza spia della mancata lettura della licenza d’uso.

²⁵ Visual Capitalist è riuscita a inserire in una infografica i contratti di servizio che firmiamo ogni volta che decidiamo di accedere ad una piattaforma digitale. Leggere i termini di utilizzo di Microsoft richiede più tempo che leggere il Macbeth (https://dailyinfographic.com/how-long-does-it-take-to-read-the-terms-of-service?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+DailyInfographic+%28Daily+Infographic%29).

²⁶ J.A. OBAR, A. OELDORF-HIRSCH, *The Biggest Lie on the Internet: Ignoring the Privacy Policies and Terms of Service Policies of Social Networking Services*, cit.

tiche sulla *privacy*, rendendo insufficiente una sola lettura²⁷. Secondo questo studio, la lunghezza e la poca chiarezza di tali contratti è frutto di una scelta strategica delle imprese finalizzata a disincentivare gli utenti da una reale lettura. Nancy Kim²⁸ ha definito le condizioni ai termini d'uso dei servizi tecnologici ‘sadiche’. Il che spiega perché la maggior parte degli utenti usufruisce dei servizi gratuiti di *Internet* ignorandone i termini d'uso e accettando tutto *by default*, circostanza che, per usare le parole di Kim, consente alle aziende

di acquisire dei diritti senza contrattazione e di imporre subdolamente delle pratiche senza che gli utenti o i legislatori si accorgano di quanto accaduto²⁹.

Anche qualora l'utente tentasse di leggere e comprendere le *policy* sulla *privacy*, la sua razionalità limitata ostacolerebbe la formazione di un consenso realmente informato. Come rilevano Kahneman e Tversky, il processo decisionale umano è guidato da due sistemi cognitivi: uno riflessivo e razionale, e uno intuitivo e automatico. Tuttavia, il diritto, e in particolare il GDPR, presuppone che l'utente agisca come un agente ideale, capace di scegliere razionalmente secondo il proprio ‘migliore interesse’.

Gli studi di Tversky dimostrano, in effetti, l'inadeguatezza di questo modello teorico. La maggior parte delle decisioni umane è influenzata da impulsi e scorciatoie mentali (euristiche), che comprimono la capacità di acquisire ed elaborare tutte le informazioni rilevanti, soprattutto di fronte a scelte complesse. Questo limita la capacità dell'individuo di adottare comportamenti pienamente razionali³⁰.

²⁷ A.M. McDONALD, L.F. CRANOR, *The Cost of Reading Privacy Policies*, in *Journal of Policy for the Information Society*, 4, 2008, 3. Oggi i numeri risulterebbero molto più alti.

²⁸ N.S. KIM, *New Developments in Digital and Wrap Contracts (2019-2020)*, in *The Business Lawyer*, 76, 2020-2021.

²⁹ N.S. KIM, *Wrap Contracts: Foundations and Ramifications*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 50-69, pp. 70-72.

³⁰ Sul tema si veda D. KAHNEMAN, *Thinking, Fast and slow*, cit.

In questo contesto, l'effetto *framing* diventa determinante: il modo in cui le opzioni sono presentate influisce significativamente sulla scelta, inducendo spesso l'utente a optare per la soluzione che richiede il minimo sforzo. Questo evidenzia l'importanza dell'architettura delle scelte, che non solo modella il processo decisionale, ma può manipolare le preferenze dell'utente senza che egli ne sia pienamente consapevole³¹.

In sintesi, il consenso dell'utente alla cessione dei suoi dati non potrà quasi mai essere informato proprio per ragioni cognitive. La *privacy* è un concetto complesso, difficile da analizzare con l'ausilio del solo Sistema 1. Per questo motivo, le scelte umane che riguardano questo tema sono compromesse dalla razionalità limitata ed effetti di *framing*, che impediscono all'agente decisore di compiere gli sforzi intellettuali necessari per leggere e comprendere appieno i termini per l'accesso e la fruizione dei servizi *online*. Ciò è aggravato dal fatto che gli individui sono portati, per natura, a voler ricevere nell'immediato i benefici derivanti da una determinata condotta, ignorando i possibili danni futuri. Pertanto, la volontà di raggiungere il fine, in questo caso, la fruizione del servizio desiderato, vince sulla opportunità di effettuare un'analisi costi-benefici sulle possibili conseguenze negative delle azioni compiute in rete aventi ad oggetto i propri dati personali. Invero, anche volendo supporre che l'utente sia un agente ideale e razionale, l'ostacolo della c.d. 'gratificazione immediata' intralcerebbe in ogni caso il processo decisionale. Inoltre, quasi tutte le aziende che operano *online* chiedono il consenso alla cessione, al trattamento e all'eventuale trasferimento anche a terzi dei dati personali. Considerato che l'utente medio ogni giorno visita innumerevoli siti *Web* e usufruisce dei servizi di altrettante aziende, è impossibile per questi riuscire ad esercitare un

³¹ «Our innate bounded rationality limits our ability to acquire, memorize, and process all relevant information, and it makes us rely on simplified mental models, approximate strategies, and heuristics» (A. ACQUISTI, J. GROSSKLAG, *What Can Behavioral Economics Teach Us About Privacy?*, in *Digital Privacy*, 2007, p. 6.). In proposito si veda anche: D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, *Choices, values, and frames*, in *American Psychologist*, 39, 1984, 4, pp. 341-350.

controllo sui suoi dati, anche ipotizzando che ciascuna informativa sulla *privacy* che incontri sia chiara e comprensibile.

Altra criticità è che le aziende che operano sul *Web* possono raccogliere un'ampia gamma di informazioni personali e sensibili sull'individuo, anche quando quest'ultimo non le abbia espressamente condivise. Il *data mining*, infatti, permette un'analisi combinata di tutti i dati che l'utente ha rilasciato durante la navigazione in molteplici situazioni e su diverse piattaforme. In questo modo, da una serie di indizi, apparentemente innocui, si può inferire una o più informazioni sulla personalità dell'utente, senza che questi l'abbia direttamente rivelata e condivisa. Il consenso al trattamento dei dati personali, che prestiamo ogni volta che ci interfacciamo con una pagina *Web*, è infatti un consenso fittizio perché non corrisponde quasi mai ad una reale consapevolezza di ciò che accade nel momento in cui clicchiamo il tasto '*I agree*'. Né abbiamo idea del processo economico che scaturisce dal quel '*I agree*'. A tal riguardo è interessante osservare uno studio³² del 2015, proprio sulla consapevolezza degli utenti circa il loro diritto alla *privacy*. I dati di questo studio dimostrano che quasi nessun utente disattiva il rilevatore GPS del proprio telefono, pur avendone diritto, sia perché necessità delle sue funzioni sia perché non sa come tale rilevatore opera. Condotto dai ricercatori della Carnegie Mellon University ha rivelato l'estensione dell'invasione della *privacy* da parte delle app. A 23 partecipanti è stato comunicato il numero di applicazioni che accedevano ai loro dati di localizzazione e la frequenza complessiva di tali accessi nell'arco di tre settimane. I risultati hanno mostrato un vero e proprio *attacco* alla *privacy*: in soli 14 giorni, alcune *app* avevano raccolto dati di posizionamento rispettivamente 4182, 5398 e

³² H. ALMUHIMEDI, F. SCHAUB, N. SADEH, I. ADJERID, A. ACQUISTI, J. GLUCK, L.F. CRANOR, Y. AGARWAL, *Your Location Has Been Shared 5398 Times! A Field Study on Mobile App Privacy Nudging*, in *Proceedings of the 32nd Annual ACM Conference on Human Factors in Computing Systems*, ACM, New York, 2015, pp. 787-796; B. SPICE, *Carnegie Mellon Study Shows People Act to Protect Privacy When Told How Often Phone Apps Share Personal Information*, in *Carnegie Mellon University News*, 23 marzo 2015; T. MOYNIHAN, *Apps Snoop on Your Location Way More Than You Think*, in *Wired*, 25 marzo 2015.

356 volte, rendendoli disponibili a una vasta rete di soggetti interessati al profitto, tra cui inserzionisti, assicuratori, rivenditori, aziende finanziarie e di marketing. Un’ulteriore conferma della pervasività del capitalismo della sorveglianza. Uno dei partecipanti ha in proposito dichiarato di essersi sentito ‘pedinato’ dal suo telefono e il 58% di essi ha conseguentemente limitato l’accesso ai *location data* da parte delle *app* scaricate: questi dati evidenziano l’ignoranza degli individui sia riguardo il tracciamento operato nei loro confronti dagli operatori operanti sul *Web* sia riguardo l’esistenza del diritto, loro riconosciuto, di limitarne l’invasività. Al contempo, dimostrano quanto la *privacy* sia percepita dalla maggioranza degli utenti come un valore prezioso da difendere e salvaguardare, seppure non si rendano conto di quanto la mettano in pericolo quotidianamente essi stessi regalando i propri dati personali *online* ogni volta che accedono ad un dispositivo dotato di connessione Internet.

La stragrande maggioranza delle applicazioni che un utente scarica, infatti, chiede al momento del *download* l’accesso a funzionalità particolarmente invasive: il microfono, la fotocamera e i dati di geolocalizzazione. Il consenso all’accesso a queste funzionalità ha ripercussioni non solo sulla vita *online* dell’utente ma anche su quella *offline*: gran parte di queste *app* continua a monitorare l’utente attraverso microfono e fotocamera dello *smartphone* anche quando questi non utilizza direttamente l’*app*. Per questo motivo dopo che abbiamo parlato a tavola con alcuni amici di fare un viaggio ai Caraibi, nei giorni successivi riceviamo solo *advertising* di viaggi ai Caraibi su tutte le piattaforme a cui accediamo abitualmente. Sì, il nostro *smartphone* ci sta costantemente spiando. E, almeno formalmente, con il nostro consenso.

Ciò che quasi tutti gli utenti-consumatori ignorano è che l’invasività di un servizio è di frequente il prezzo da pagare per fruire a pieno delle funzionalità che offre. Consideriamo, per esempio, l’assistente personale Alexa sviluppato dall’azienda statunitense Amazon. Il consenso prestato dall’utente all’utilizzo della totalità dei suoi servizi implica l’autorizzazione a mantenere il microfono del dispositivo sempre in funzione, in costante ascolto di tutte

le conversazioni che avvengono nei suoi pressi. Si tratta di un'informazione riportata nella *policy* sulla *privacy* dell'assistente vocale e, in generale, nelle *policy* dei servizi che funzionano analogamente³³.

Anche alla luce di questi studi empirici, pare evidente che la normativa sulla protezione dei dati, nonostante le intenzioni, non riesca a fornire all'utente strumenti adeguati a proteggerlo dagli intenti manipolativi dei capitalisti della sorveglianza. Il motivo principale è, appunto, il *framing* su un consenso che si presuppone informato ma che, di fatto, rimane una mera *fictio iuris*. Finché il legislatore non utilizzerà un circuito regolativo alternativo a quello tradizionale e continuerà a individuare come destinatario della norma un modello di agente ideale e razionale, lascerà l'utente senza tutela di fronte ai costanti e pervasivi tentativi di manipolazione sul *Web*. È, dunque, auspicabile un approccio regolativo che tenga conto, da un lato, della complessità del valore della *privacy*, dall'altro, dei limiti cognitivi dell'essere umano.

1.3. La Legge Federale sulla protezione dei dati in Svizzera

Senza pretesa di esaustività, trovo opportuno dedicare alcune righe all'analisi anche di un'altra normativa, diversa del GDPR, che

³³ La gravità della prassi esaminata è stata denunciata da innumerevoli utenti al Garante per la protezione dei dati personali (GPDP), che nel mese di settembre 2021 ha avviato un'indagine volta a verificare il corretto operato dei titolari di tali applicazioni ‘ruba dati’ e la chiarezza delle loro informative. Il comunicato stampa è reperibile sul sito istituzionale: GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Smartphone: attenzione al microfono sempre acceso. Il Garante privacy avvia un'indagine sulle app “ruba dati” e sul mercato dei dati*, 2021.

In aggiunta, il GPDP ha pubblicato una scheda informativa contenente diversi consigli per l'utente su come muoversi di fronte al dubbio che le applicazioni dei propri dispositivi abbiano avuto accesso a vari sensori e funzionalità (microfono, fotocamera e dati di localizzazione): GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Smartphone, spegni il microfono, accendi la privacy. I suggerimenti del Garante per evitare “ascolti indiscreti”*, 2021.

disciplina il trattamento dei dati personali in area europea³⁴. Mi riferisco al testo di legge che regola il consenso al trattamento dei dati personali in Svizzera: la Legge Federale sulla protezione dei dati (LPD).

Più interessante dell'attuale testo di legge³⁵ è la versione revisionata che è entrata in vigore nel settembre 2023³⁶. La nuova LPD fa esplicito riferimento al testo del GDPR, tanto che la definizione di ‘profilazione’ ricalca quasi alla lettera quella del legislatore europeo:

[la profilazione è il] trattamento automatizzato di dati personali trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzazione degli stessi per valutare determinati aspetti personali di una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti concernenti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, i luoghi di permanenza e gli spostamenti di tale persona.

Rispetto al GDPR, però, il legislatore svizzero introduce anche un'altra rilevante definizione: quella di ‘profilazione a rischio elevato’

che comporta un rischio elevato per la personalità o i diritti fondamentali della persona interessata poiché comporta un collegamento tra dati che permette di valutare aspetti essenziali della personalità di una persona fisica.

Il legislatore elvetico sembra, inoltre, attento alla realistica capacità cognitiva del soggetto decisore che deve decidere per la propria *privacy* nel momento in cui si interfaccia con le piattaforme. Il nuovo testo di legge svizzero, infatti, mette in luce l'importanza di come le informazioni devono essere disposte e organizzate affinché

³⁴ Intesa da un punto di vista meramente geografico e culturale perché, come è noto, la Svizzera non fa parte dell'Unione europea.

³⁵ Legge federale sulla protezione dei dati personali (LPD), 19 giugno 1992, www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1993/1945_1945/it.

³⁶ Legge federale sulla protezione dei dati personali (LPD), 25 settembre 2020, www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2022/491/it.

l'utente si trovi a decidere in un ambiente di scelta neutro. L'art. 7 (*Protezione dei dati personali sin dalla progettazione e per impostazione predefinita*) della LPD impone che il titolare del trattamento dei dati personali sia tenuto ad adottare provvedimenti tecnici e organizzativi

adeguati in particolare allo stato della tecnica, al tipo e all'entità del trattamento dei dati personali come pure ai rischi derivanti dal trattamento per la personalità o i diritti fondamentali delle persone interessate.

Questa attenzione all'ambiente informativo neutro si sostanzia nell'obbligo per il titolare del trattamento a

garantire, mediante appropriate impostazioni predefinite, che il trattamento di dati personali sia circoscritto al minimo indispensabile per lo scopo perseguito, salvo che la persona interessata disponga altrimenti.

In Svizzera, quindi, le piattaforme da settembre 2023 non possono più preselezionare, attraverso espedienti grafici, l'opzione più pregiudizievole per la *privacy* degli utenti ma dovranno fornire uno spazio informativo neutro ed etico entro il quale il singolo non deve essere influenzato. Inoltre, qualora i gestori di siti *Web* e *app* offrano diverse impostazioni per la scelta circa la protezione dei dati personali (per esempio, ‘Accetta tutti i *cookies*’, ‘Accetta solo i *cookies* necessari’ e via di seguito), deve essere predefinita *by default* l'opzione che più tuteli i dati personali.

Come approfondirò nelle prossime pagine, interventi legislativi simili, o ancora più *behaviorally tested*³⁷, a quello del legislatore svizzero potrebbero essere una valida alternativa alla regolazione di *Internet* basata sul mito del consenso informato. Per argomentare questa tesi è ora necessario, però, fare un passo indietro e tornare nuovamente su di un particolare circuito regolativo: il *nudging*.

³⁷ Sul tema si veda: R. VIALE, *Che cos'è l'analisi comportamentale delle politiche pubbliche*, in *Analisi comportamentale delle politiche pubbliche*, cit., p. 20 ss.

2. *Il nudging come strumento di ‘contro-manipolazione’*

2.1. *Una forma di normatività alternativa ai circuiti giuridici classici: il nudging*

Ricollegandomi all’analisi ricognitiva svolta nel primo capitolo circa le fondamenta teoriche della teoria del *nudge*, intendo ora indirizzare la mia attenzione sui motivi per i quali le tecniche di *nudging* risultano, sempre di più, appetibili per gli odierni *policymaker* occidentali proprio in riferimento alla regolazione del *Web*. Ciò che mi prefiggo di sostenere in questo capitolo è che un circuito regolativo alternativo al diritto tradizionale, un metodo di regolazione del comportamento che parli direttamente al Sistema 1 e non al Sistema 2, come il *nudging*, potrebbe essere uno strumento efficace, e ad armi pari, per contro-manipolare gli utenti dalle insidie degli attori privati che agiscono nel mercato del *Web*. In questo ipotetico processo di contro-manipolazione, l’intervento pubblico non si limiterebbe a cercare di neutralizzare i difetti di ragionamento che inducono gli individui a compiere scelte svantaggiose per loro stessi, ma si porrebbe, altresì, l’obiettivo di contrastare gli interessi privati che sfruttano tali limiti cognitivi. Le istituzioni pubbliche potrebbero, così, utilizzare le scoperte delle scienze comportamentali per aiutare gli individui a correggere quegli errori della deliberazione che quotidianamente li portano a subire il potere di influenza dei colossi del *Web*.

Il *nudging* è, infatti, una tecnica di governo che rifugge la coercizione: è una spinta gentile che vuole sfruttare le risposte automatiche e riflesse del sistema cognitivo degli individui per instradarli verso scelte utili al loro benessere, senza, però, imporre obblighi o utilizzare metodi persuasivi diretti. Le persone hanno bisogno di essere pungolate quando affrontano decisioni difficili e necessitano di un aiuto esterno, quando si trovano davanti a situazioni che non forniscono riscontri adeguati e quando, a causa di carenza di informazioni, come accade nel caso della manipolazione *online*, non hanno la capacità di analizzare correttamente gli stimoli provenienti.

ti dall’ambiente (virtuale) circostante. Secondo Sunstein e Thaler, in queste circostanze gli individui possono essere aiutati proprio da uno strumento come il *nudging*.

Il *nudging* potrebbe venire in aiuto al diritto tradizionale, ad esempio, proprio in riferimento al problema del consenso (fittizio) al trattamento dei dati personali di cui sopra. Imponendo a livello normativo che il *design* di ogni sito *Web* sia architettato in modo che l’opzione di *default* sia sulla casella ‘Accetta solo i *cookies* necessari’ e non, come accade nella stragrande maggioranza dei casi, sulla casella ‘Accetta tutti i *cookies*’, si potrebbe limitare in maniera esponenziale il rilascio di informazioni personali da parte degli utenti nel loro quotidiano interfacciarsi con le piattaforme. Come più volte ricordato, il flusso continuo di dati personali è il carburante del ciclo di funzionamento del *business model* di *Internet*, ciclo che si conclude con l’influenzamento del comportamento, *online* e *offline*, degli utenti. Limitare, almeno in parte, la quantità di dati personali immessi in rete provocherebbe una drastica diminuzione nella precisione dei messaggi di pubblicità personalizzata che bombardano gli utenti ogni giorno. Ed è l’estrema personalizzazione del messaggio, politico e/o commerciale, che provoca fenomeni come, ad esempio, la *filter bubble*, che hanno effetti collaterali su larga scala svantaggiosi per la comunità dei consociati e per i singoli individui. Un’altra utile applicazione del *nudging*, per quanto concerne la regolamentazione delle *app* su *smartphone* che necessitano dell’accesso a funzionalità come microfono, fotocamera o posizionamento, potrebbe essere impostare come preimpostazione, nella richiesta di consenso, l’autorizzazione all’accesso a queste funzionalità solo quando si usufruisce del servizio. In entrambi gli esempi prospettati, l’utente potrebbe essere pungolato verso la scelta che sacrifica in misura minore la sua *privacy*, senza però privarsi del servizio desiderato³⁸.

³⁸ Con riferimento al tentativo del diritto di trovare soluzioni per rendere il consenso dell’utente più consapevole, si consideri che lo scorso marzo 2021 il Garante per la protezione dei dati personali ha lanciato un *contest* aperto a sviluppatori, addetti ai lavori, esperti, avvocati, *designer*, studenti universitari e a chiunque fosse interessato a cimentarsi nel proporre simboli, immagini e icone capaci di con-

Avviandomi alla conclusione di questo lavoro intendo, quindi, sottolineare l'importanza dell'accettazione, da parte del legislatore liberale, di un cambiamento del modello del soggetto destinatario della norma. Presupporre il soggetto decisore affetto da *bias* e difetti di ragionamento, ed abbandonare di conseguenza, almeno in parte, il modello liberale tradizionale, in cui il destinatario della norma è un individuo razionale e libero di scegliere il meglio per sé, porterebbe a innumerevoli vantaggi, per la collettività e per il singolo individuo.

In breve, come anticipato, la tesi che mi propongo di sostenere è che 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, in primo luogo, a emancipare consapevolmente i cittadini da *bias* ed errori di ragionamento e, in secondo luogo, a tutelare gli stessi dalle insidie dei colossi del *Web*. Ma per poter argomentare tale tesi conclusiva, ritengo opportuno soffermarmi nuovamente sulla teoria del *nudge*, indagando ora una serie di questioni che possono essere riassunte nelle seguenti domande: 1) il *nudge* è giuridico? 2) il *nudge* è paternalista (o piuttosto utilitarista)? 3) il *nudge* è manipolatorio?

cettualizzare ed esemplificare gli elementi che, a norma degli articoli 13 e 14 del GDPR, devono essere presenti nell'informativa sulla *privacy*.

È evidente che l'iniziativa in esame si fonda sempre sul presupposto fittizio che l'utente medio di *Internet* legga l'informativa sulla *privacy*, cosa che, alla luce di quanto emerso finora, non accade quasi mai. Ciononostante, è indicativa dell'affacciarsi nelle autorità di una prima consapevolezza, ossia la complessità di tali documenti e la difficoltà per l'utente medio di comprendere e capire gli effetti delle proprie scelte sulla *privacy* (www.garanteprivacy.it/temi/informativechiare).

2.1.1. Nudge e diritto

Per prima cosa, occorre tentare di dare una risposta a questo fondamentale quesito: che rapporto ha il *nudge* col diritto?³⁹ Il *nudge* è uno strumento giuridico o ha carattere ‘extra-legale’⁴⁰? La risposta a questa domanda non è evidente né facile.

Una prima disamina della giuridicità del *nudge* può prendere spunto da una possibile considerazione teorica sul diritto in generale: si potrebbe affermare che se il diritto è di norma legislativo e coercitivo e il *nudge* si dichiara come un dispositivo *soft*, allora dovrebbe risultare difficile considerarlo uno strumento giuridico. Numerosi aspetti del *nudging*, che proverò ad approfondire in questo paragrafo, portano a ritenere che questa tesi non può essere accettabile *in toto*, anche solo a causa dell’evidenza che l’azione del *nudge* spesso può risultare anche più *hard* della legge stessa nei confronti delle libertà degli individui che ne sono soggetti⁴¹. Per definizione, la norma giuridica si basa sulla capacità razionale del soggetto al quale è rivolta e dunque, se il *nudge* fonda la sua efficacia su valori contrari, come l’irrazionalità dei soggetti, si corre il rischio di trovarsi di fronte ad uno strumento giuridico di certo fuori dal comune e di difficile definizione. Non sembra nemmeno corretto considerare il *nudge* come l’unica forma di intervento o di politica che utilizzi i principi delle scienze comportamentali per supportare la razionalità degli individui. Il *nudging*, infatti, si basa su interventi *soft* che, senza imporre scelte, orientano in modo discreto le decisioni delle persone, rispettando la loro autonomia. Tuttavia, esistono vari tipi di interventi comportamentali, alcuni dei quali si distanziano notevol-

³⁹ In questo paragrafo faccio esplicito riferimento alle tesi riportate da Galletti e Vida nel capitolo 7 *Nudge e diritto* del loro *Libertà vigilata* (si veda in particolare: M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., p. 302 ss.).

⁴⁰ Calo e Cserne, ad esempio, si domandano se il *nudge* abbia o meno le caratteristiche di un classico strumento giuridico o se, al contrario, abbia più un aspetto extra-legale, dotato, quindi, di una peculiare forma di normatività. R. CALO, *Code, Nudge, or Notice*, in *Iowa Law Review*, 99, 2014, 2; P. CSERNE, *Is Nudging Extra-Legal?*, in *The Tocqueville Review*, 37, 2016, 1, pp. 159-180, p. 159.

⁴¹ P. CSERNE, *Is Nudging Extra-Legal?*, cit., p. 160.

mente dal *nudging*, in quanto possono assumere forme più dirette o persino coercitive, e che possono avere legittimità e finalità diverse rispetto al *nudge*. Il rischio di associare indistintamente le politiche comportamentali al *nudging* porta a un fraintendimento della complessità degli strumenti comportamentali. Per esempio, accanto ai *nudge*, esistono strategie che implicano una maggiore intensità d'intervento, come i *boost*, interventi che mirano a rafforzare competenze e conoscenze o le politiche di *disclosure* obbligatoria, che richiedono di fornire informazioni dettagliate e rilevanti ai cittadini affinché possano compiere scelte più informate. Questi strumenti sono meno 'discreti' del *nudging* e possono includere forme di regolamentazione che intervengono direttamente sulla capacità di scelta o sul controllo delle informazioni. Inoltre, come approfondirò in seguito, un'altra distinzione importante risiede nel grado di manipolazione e nella legittimità dell'intervento. Se da un lato il *nudging* agisce su *bias* cognitivi o automatismi senza limitare la libertà di scelta, esistono interventi più invasivi che si avvicinano a un vero e proprio paternalismo coercitivo, dove l'obiettivo non è solo quello di orientare la scelta, ma di restringere le alternative disponibili in base a criteri ritenuti 'più giusti' o 'più salutari' per la collettività. Questi interventi sollevano numerose questioni etiche, poiché possono essere percepiti come fortemente manipolatori e come forme di paternalismo non legittimate.

Il paternalismo libertario, quindi, che propone di indirizzare le scelte rispettando l'autonomia individuale, non è l'unico modo in cui le scienze comportamentali possono essere applicate nelle politiche pubbliche. Esistono approcci diversi, che variano in termini di trasparenza e coercitività. Sarebbe auspicabile, come verrà approfondito nelle ultime pagine di questo lavoro, che le scienze comportamentali supportino politiche pubbliche più educative, al fine di stimolare la consapevolezza e la competenza dei cittadini per renderli maggiormente autonomi e in grado di prendere decisioni ben ponderate.

La versatilità delle scienze comportamentali, poi, nel contribuire a politiche pubbliche dimostra che il *nudging* non ne rappresen-

ta l'unica espressione. Potenziare la cognizione e la consapevolezza degli individui, ad esempio, può essere realizzato anche con interventi che insegnano abilità decisionali o che offrono ai cittadini gli strumenti per evitare errori di giudizio. Di conseguenza, il nesso tra scienze comportamentali e paternalismo libertario non è affatto esclusivo o inevitabile, e il *nudging* è solo una delle possibili applicazioni di un approccio molto più vasto e diversificato. Il *nudging*, dunque, è semplicemente un sottoinsieme di un insieme più grande che racchiude i tipi di disparati, più o meno coercitivi, più o meno legittimi, più o meno manipolatori, di interventi di *empowerment* cognitivo. Il nesso tra scienze comportamentali e paternalismo libertario è, quindi, fortemente messo in dubbio, poiché vi è la più che concreta possibilità che le scienze comportamentali possano agire efficacemente anche attraverso altri mezzi e politiche che non siano il solo *nudging*.

Ma per tornare alla definizione normativo-giuridica del *nudging*, va sottolineato che negli anni Sunstein e Thaler sembrano non essersi interessati al problema più di tanto, probabilmente perché impegnati principalmente a rimarcare i suoi effetti benefici sulla vita dei consociati. Chiarire la natura giuridica del *nudge*, in ogni caso, non sembra essere un compito semplice. Un tentativo, però, può essere realizzato seguendo l'analisi svolta da Cserne, che ha concentrato la sua attenzione prima sulla contrapposizione tra «norma giuridica come comando» vs. «*nudge* come consiglio»⁴² e poi su quella tra «norma giuridica come *action-guiding norm*» e «*nudge* come manipolazione dell'architettura della scelta».

Riguardo alla prima dicotomia, è importante tenere presente che le spinte gentili, per loro stessa definizione, sono strumenti *soft* e, quindi, lontani da un'idea del diritto comunemente inteso. Inoltre, il diritto ha una struttura tipicamente coercitiva e, quindi, ciò pare distante dall'idea di *nudge* che, almeno teoricamente, si presenta come uno strumento non coercitivo e per questo difficilmente definibile come strumento giuridico a tutti gli effetti. Vista la loro natura

⁴² P. CSERNE, *Is Nudging Extra-Legal?*, cit., p. 164.

non coercitiva, volendo seguire la tradizione normativista, i *nudge* sembrano non poter ricadere tra i «comandi del sovrano», almeno non secondo la definizione data da Hobbes quando descrive la differenza tra comando e consiglio. Il comando va a vantaggio di chi lo prescrive, mentre il consiglio a vantaggio di chi lo riceve. Inoltre, è sempre possibile ignorare un consiglio, mentre ciò non vale per il comando⁴³. Per Cserne pare, quindi, plausibile azzardare che il *nudge* possa essere considerato come uno strumento extra-legale o non giuridico, poiché troppo *weak* per rientrare nei canoni del diritto in senso proprio e troppo distante dalla forza tipica della legge⁴⁴.

Tuttavia, l'accostamento tra *nudge* e consiglio potrebbe non convincere per più ragioni. *In primis*, non possono essere tacite le critiche che vedono il *nudge* manipolatorio e non ‘gentile’: tali critiche indeboliscono la tesi dell’assenza nel *nudging* di forza coercitiva. *In secundis*, si può contestare l’idea che la coercibilità, o coercitività, sia un requisito fondamentale ed insostituibile per risultare ‘giuridico’. In conclusione, sembra che questa prima contrapposizione, tra coercitivo e non coercitivo, non aiuti a risolvere il dilemma.

La seconda contrapposizione pone in confronto il concetto di «norma giuridica come guida della condotta» con quello di «*nudge* come manipolazione dell’architettura della scelta». Questa analisi tenta di far emergere la differenza tra una concezione che vede la norma giuridica fondata sulla coercizione con una, invece, fondata sul carattere di guida che la norma stessa avrebbe nei confronti dei soggetti ai quali è rivolta. Secondo le teorie liberali classiche, la norma sarebbe modellata direttamente sugli individui per i quali è pensata. Ad esempio, per Hart le norme giuridiche sono concepite su misura per ‘normali’ esseri umani, non per gli *Econs*, né per soggetti totalmente privi di razionalità. In questo scenario, la norma agisce su soggetti ai quali si riconosce una razionalità limitata, ma dei qua-

⁴³ T. HOBBS, *De Cive*, Editori Riuniti, Roma, 1992 (ed. lat. 1642), pp. 204-205.

⁴⁴ P. CSERNE, *Is Nudging Extra-Legal?*, cit., p. 166.

li non viene mai messa in dubbio la capacità minima di saper prendersi cura della propria salute⁴⁵.

La discussione sulla natura della norma giuridica è centrale nella filosofia del diritto, in quanto mette in luce due concezioni differenti riguardo al ruolo e all'ontologia stessa della norma. Da un lato, la visione tradizionale associa la norma giuridica alla coercizione: la norma non è che una prescrizione imposta dallo Stato, con la forza e la sanzione pronte ad entrare in gioco per garantire il rispetto dei suoi dettami. Dall'altro, troviamo un approccio che interpreta la norma come una guida orientativa per i soggetti ai quali è destinata, esercitando la propria funzione senza la necessità di coercizione diretta, ma facendo appello a una forma di razionalità e autonomia morale degli individui. Secondo le teorie liberali classiche, appunto, questo approccio assume che il diritto sia pensato e progettato per individui in carne e ossa, con caratteristiche psicologiche e comportamentali reali. La norma non è, quindi, uno strumento formale e rigido, bensì un mezzo di regolazione che cerca di parlare direttamente agli individui, tenendo conto della loro natura umana e della loro capacità di agire. Un esempio chiave di questa concezione è dato dalla teoria di Hart, che sostiene che le norme giuridiche debbano essere concepite per normali esseri umani, non per gli *Econs* – Hart, in verità, parla di angeli e demoni – e allo stesso tempo sostiene che le norme non devono essere pensate neanche per soggetti totalmente irrazionali; piuttosto, esse si rivolgono a individui con una razionalità limitata, che hanno però la capacità di comprendere e seguire indicazioni che mirano al loro benessere. Hart sottolinea, dunque, che le norme giuridiche sono formulate in modo tale da risultare comprensibili e applicabili da parte di individui che possiedono una razionalità pratica e limitata – il tipo di razionalità, ad esempio, che consente loro di distinguere tra comportamenti benefici e dannosi, di valutare le conseguenze delle proprie azioni, e di seguire regole utili per il vivere sociale e per la propria

⁴⁵ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012³, pp. 193-200 (ed. it. *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2020).

stessa tutela. Questo implica che la norma, anziché costituire esclusivamente un comando coercitivo, è una sorta di guida sociale che agisce indirettamente, cercando di orientare le persone verso comportamenti che la società considera desiderabili o utili, senza negare loro la libertà di scelta.

In sintesi, la visione di Hart e delle teorie liberali classiche ci invita a vedere la norma giuridica non come un semplice strumento di controllo, ma come un mezzo per promuovere una convivenza ordinata, rispettosa e consapevole, riconoscendo nei cittadini non semplici destinatari di comandi, ma soggetti attivi e capaci di riflettere, che possono fare propri gli obiettivi della norma senza sentirla come un'imposizione estranea.

Le scienze comportamentali superano questo approccio, capovolgendo totalmente la concezione dell'uomo, anche solo in parte, razionale e propongono l'utilizzo di tecniche che indirizzino gli Umani verso specifiche scelte per loro vantaggiose, tecniche che sono efficaci proprio nel momento in cui sfruttano i limiti cognitivi umani. Risulta, dunque, alquanto difficile pensare ad un carattere giuridico del *nudging* visto che sembra inadatto ad assumere il compito di norma-guida, non solo per i fini che persegue, ma anche per la considerazione che ha delle capacità cognitive dei suoi destinatari. Nonostante Sunstein parli più di capacità di ‘influenza’ del *nudge*, provando a minimizzare la sua pervasività, il carattere manipolatorio di queste tecniche rimane comunque fortemente percepibile. Appare necessario, quindi, giungere ad una definizione che aiuti a capire se il *nudge* possa essere inquadrabile in una qualche forma normativa controllabile e legittimabile alla luce di criteri democratici.

Rivolgendo l'attenzione al piano dell'effettività del *nudge*, sorgono nuove domande e nuovi problemi. Nel caso del *nudge* o di strumenti di regolazione del comportamento simili ad esso, la prospettiva di una verifica dell'effettività e dell'efficacia muta rispetto a quella tradizionale diventando certamente più complessa. Secondo Baldwin, quando si parla dell'effettività di uno strumento di regolazione come il *nudge*, si deve necessariamente ampliare l'o-

rizzonte analitico. Si dovrebbe, infatti, considerare non solo il problema di un'effettività formale, cioè di quella qualità intrinseca che rende lo strumento adatto ad essere seguito ed accettato dall'individuo, ma anche quello di un'effettività sostanziale, cioè la capacità di tale strumento di raggiungere effettivamente lo scopo e gli interessi per i quali è stato pensato. Per Baldwin, sono due facce della stessa medaglia che non possono esistere l'una senza l'altra⁴⁶. Per una verifica dell'aspetto formale, ci si può limitare semplicemente all'analisi numerica e statistica dei dati, ma per quanto riguarda quella sostanziale, l'analisi deve essere calata ad un livello più profondo, fino a scoprire gli obiettivi sottesi allo strumento stesso. Come detto, la prospettiva nel caso del *nudge*, deve essere modificata, poiché non si tratta di valutare il funzionamento di una norma tradizionale, e la relativa rispondenza a livello di obbedienza degli individui ad essa, bensì di valutare se le condizioni predisposte dal *nudger* siano o meno idonee a far sì che il soggetto si conformi spontaneamente alla spinta gentile. Questa valutazione, per ovvi motivi, non sembra, quindi, possa esimersi dal rendersi deferente alle conoscenze tecnico-scientifiche su cui si fonda. È per questo motivo che giuristi come Cassese auspicano la costruzione di «ponti tra diritto e *humanities e social sciences*»⁴⁷, finalizzati a far sì che il diritto pronto ad affrontare sfide moderne, col complementare auxilio di esperti di settore.

Per quanto riguarda l'effettività sostanziale di tecniche di *nudging*, è opportuno sottolineare che queste possono risultare effettive solo in un senso diverso da quello classico di obbedienza alla norma, in quanto l'effettività del *nudge* dipende da una 'non decisione' che equivale ad una adesione dell'individuo ad essa. Gli individui sottoposti a tecniche di *nudging* hanno comunque sempre la possibilità

⁴⁶ R. BALDWIN, *Rules and Government*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 142.

⁴⁷ S. CASSESE, *Il futuro del diritto pubblico*, Lectio Magistralis in occasione del conferimento del Dottorato di ricerca *honoris causa* in Diritto pubblico, Sapienza Università di Roma, 16 dicembre 2016, rielaborata in *Giornale di Diritto amministrativo*, 2017, 2, pp. 176-178.

di evitare la spinta gentile: è proprio questo dato, relativo al livello di conformità al *nudge*, che rende valutabile l'effettività sostanziale, osservando le risposte e le adesioni degli individui nei casi specifici.

Veniamo, ora, al problema della legittimità del *nudging*. Per quanto sia certamente vero che alcune spinte gentili – dalla semplice divulgazione di informazioni al concepimento di un'architettura delle scelte come nel caso della mensa scolastica⁴⁸ – non necessitino di alcun supporto legislativo per funzionare è vero anche che il *nudging*, soprattutto quello pubblico, richiede forme più complesse di intervento da parte del diritto per ottenere un'autorizzazione o una legittimazione. La questione di legittimità pare sollevare più di una domanda: è possibile importare il *nudge* in modelli giuridici già esistenti? E se sì, in che modo? I processi che portano alla creazione dei *nudge* come si inquadrano a livello costituzionale? E soprattutto, sono democraticamente accettabili?

Il problema della legittimità del *nudging*, in particolare nel contesto delle politiche pubbliche, solleva numerosi interrogativi sul rapporto tra questo strumento e il diritto. Mentre alcune forme di *nudging* – come la semplice divulgazione di informazioni o il restringimento discreto delle opzioni disponibili in un'architettura delle scelte, come nel caso della mensa scolastica – non richiedono necessariamente interventi legislativi per essere messe in pratica, è altrettanto vero che altre forme di *nudging*, soprattutto quando adottate dallo Stato o da enti pubblici, richiedono legittimazione legislativa più strutturata.

Un primo aspetto della questione di legittimità riguarda, a mio avviso, la possibilità di integrare il *nudging* nei modelli giuridici esistenti. In altre parole, ci si chiede se il *nudge*, nella sua essenza di spinta gentile e non coercitiva, possa essere inquadrato nelle strutture normative tradizionali. Il *nudging* si basa sull'idea di influenzare le scelte senza imporre obblighi né divieti, una logica che non coincide, come già ricordato, con quella delle tradizionali norme giuri-

⁴⁸ L'esempio della mensa è utilizzato da Sunstein e Thaler per descrivere come funziona un'architettura della scelta (si veda capitolo 1).

diche, le quali mirano invece a creare diritti e doveri vincolanti per i soggetti. L'inserimento del *nudging* nei sistemi giuridici esistenti potrebbe, quindi, richiedere ‘un’evoluzione normativa’ che tenga conto delle caratteristiche di questo strumento, o l’introduzione di normative *ad hoc* che ne disciplinino l’uso in maniera più precisa.

In un contesto costituzionale, la creazione e l’implementazione dei *nudge* sollevano ulteriori domande di legittimità. Uno degli interrogativi principali riguarda il processo decisionale che conduce alla creazione di questi interventi comportamentali. Ad esempio, come vengono prese le decisioni su quali comportamenti promuovere? Chi decide quali scelte sono ‘migliori’ e ‘preferibili’ per i cittadini? La nostra Costituzione, in quanto fondamento normativo di una democrazia, assegna la sovranità al popolo e prevede che le leggi riflettano la volontà generale. Tuttavia, il *nudging* viene spesso progettato da esperti in scienze comportamentali o da organi tecnici, il che può sollevare dubbi sul rispetto del principio democratico e della trasparenza del processo decisionale. I cittadini potrebbero non essere consapevoli di essere influenzati nelle loro scelte, e ciò mette in discussione la loro capacità di partecipare consapevolmente alle decisioni pubbliche che li riguardano.

La questione dell’accettabilità democratica, dunque, diviene cruciale: il *nudging* può essere considerato democraticamente legittimo, oppure introduce elementi di manipolazione che violano i principi di autonomia e autodeterminazione? Se da un lato il *nudging* si propone di rispettare la libertà di scelta degli individui, dall’altro si basa su tecniche che sfruttano vulnerabilità cognitive, *bias* e meccanismi automatici. Questo apre un dibattito etico e giuridico sulla manipolazione: un intervento può essere democraticamente accettabile se mira a influenzare inconsapevolmente il comportamento delle persone? Pare ragionevole, per sventare il rischio concreto di manipolazione, che i cittadini abbiano il diritto di essere informati sui meccanismi di *nudging* che li riguardano, e le istituzioni abbiano di conseguenza il dovere di garantire che l’uso di questi strumenti rispetti *standard* etici e democratici. Inoltre, l’accettabilità democratica dipende anche dalla trasparenza e dalla proporzione

nalità dell'intervento. Ritengo il tema della ‘proporzionalità’ fondamentale per cui proverò a trattarlo più approfonditamente anche nelle prossime pagine, quando mi soffermerò su Mill.

Tornando alla legittimità del *nudging*, è opportuno sottolineare che una parte della letteratura critica sostiene che i *nudge* siano accettabili solo se accompagnati da informazioni chiare e accessibili che consentano alle persone di comprendere l'obiettivo dell'intervento: l'assenza di trasparenza potrebbe infatti compromettere la fiducia dei cittadini nelle istituzioni e nelle politiche pubbliche, con il rischio di generare una reazione contraria rispetto a quella desiderata. Inoltre, è opportuno sottolineare che il diritto stesso può svolgere un ruolo fondamentale nella regolamentazione e nel controllo dell'uso del *nudging*. È necessario, infatti, stabilire dei limiti per evitare che i *nudge* scivolino verso forme di influenza troppo invasive o manipolative. Il diritto, attraverso norme chiare, può definire le condizioni di legittimità e trasparenza per l'uso di questi strumenti, garantendo che siano rispettati i principi di responsabilità, informazione e consapevolezza.

Dunque, il *nudging*, se da un lato rappresenta una forma innovativa di intervento sulle scelte individuali, dall'altro richiede un'attenta riflessione sui suoi limiti giuridici e democratici. Riconoscere e affrontare queste sfide è essenziale per assicurare che l'uso del *nudging* nelle politiche pubbliche avvenga in modo etico e rispettoso dei principi democratici.

Dato per certo che il *nudge* possa essere oggetto di un processo legislativo, come dimostrato dalle esperienze olandese e statunitense⁴⁹, pare però evidente come le sue caratteristiche di flessibilità si adattino particolarmente ad un uso da parte del potere esecutivo ed amministrativo. Tuttavia, se nel caso del Regno Unito l'approvazione del *nudging* spetta al potere esecutivo, negli Stati Uniti, invece, spetta al Congresso, denotando una marcata differenza di prospetti-

⁴⁹ Si veda C. McCRUDDEN, J. KING, *The Dark Side of Nudging*, in *Choice Architecture in Democracies*, cit., pp. 75-140, in part. pp. 130-131. Si parla, nel caso olandese, della riforma del traffico stradale nel 1991 e, nel caso statunitense, del *Pension Act* del 2008 approvato dal Congresso.

ve costituzionali. Il problema principale è che l'utilizzo del *nudging* da parte del governo può risultare certamente efficace per la sua rapidità e adattabilità al caso concreto. Il rovescio della medaglia, però, è che questa rapidità nasconde, come già abbiamo accennato, problemi di legittimità e la concreta possibilità che i processi di controllo democratici vengano elusi.

Sunstein sottolinea costantemente che l'intervento del *nudge* non è coercitivo: ma ciò non toglie che i suoi effetti si riversino direttamente nella sfera privata degli individui e che, quindi, debbano essere controllati attraverso un procedimento legislativo regolare. Anzi, viste le caratteristiche *soft* del *nudging*, che lo rendono difficilmente percepibile, il pericolo di vedere sottratta questa forma di regolazione ad un controllo di legittimità è concreto e senza dubbio più attuale di quello che interessa le misure tipicamente paternalistiche, soggette a controlli democratici ben più certi e stringenti.

Il problema della qualificazione del *nudging* va oltre il dibattito sul fatto che questo tipo di regolazione coinvolga più il potere legislativo o più quello esecutivo. La vera domanda è: il *nudging* è una regolazione che opera in accordo col diritto, inteso come legge, o ne prescinde «allontanandosi così dall'ideale della regolazione attraverso il diritto sulla quale le nostre democrazie sono erette?»⁵⁰. Per esempio, la Corte Europea di Giustizia ha stabilito che «ogni intervento delle autorità pubbliche nella sfera delle attività private di ciascuna persona deve avere una base giuridica ed essere giustificato in base a ragioni stabilite dalla legge»⁵¹. È previsto anche dalla Convenzione europea sui diritti umani un obbligo dello Stato di fornire ai cittadini informazioni rilevanti e complete al fine di tutelarne la libertà sotto ogni aspetto⁵². Siccome questi diritti sono riconosciuti e tutelati a livello costituzionale e comunitario, occorre definire i limiti di tale tutela e fin dove possono spingersi gli effetti manipola-

⁵⁰ M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., p. 364.

⁵¹ *Hoechst* [1989] ECR 2859, par. 19.

⁵² A. ALEMANNO, A. SPINA, *Nudging Legally: On the Checks and Balances of Behavioural Regulation*, in *International Journal of Constitutional Law*, 12, 2014, 2, p. 446.

tori delle spinte gentili. Per fare ciò, occorre sottoporre le varie politiche di *nudging* ad un test di proporzionalità che, però, secondo van Aaken, suscita diverse problematiche⁵³. Qual è infatti il fine che il *nudge* si propone? Se si il *nudge* si pone l'intento di aiutare l'individuo a prendere una decisione secondo i suoi reali interessi, allora la tutela e la garanzia che il *nudge* produce potrebbe soddisfare il test; ma se il suo obiettivo risultasse quello di far prendere al soggetto la decisione ‘più razionale’, allora si ricadrebbe in un cortocircuito che produrrebbe altre domande: quale razionalità? E chi decide quale sia la razionalità ‘migliore’? L'attenzione deve ricadere, ancora una volta, sui *nudger*. Per superare il cortocircuito teorico per cui anche i *nudger* potrebbero essere affetti da vizi cognitivi è necessario che l'intervento di *nudging* sui consociati sia approvato da un procedimento legislativo ordinario che rispetti i principi di democrazia costituzionalmente tutelati. Tale processo di approvazione deve essere corredata da consulenze tecniche di psicologici, neuropsichiatri, giuristi, filosofi morali, che predispongano architetture delle scelte limitate a specifici ambiti applicativi e rispettose dei fondamentali principi costituzionali.

Un ulteriore elemento di allarme è dato dal fatto che nel panorama del diritto contemporaneo si sta assistendo sempre più spesso alla nascita di nuove forme di normatività, che fanno concorrenza ai mezzi giuridici tradizionali. È il caso, ad esempio, di quel tipo di norme tecniche che stanno inesorabilmente colonizzando il diritto, al di fuori dei tradizionali canali di controllo democratico. Ciò solleva fondati timori sul fatto che una simile «colonizzazione del diritto»⁵⁴ contribuisca ad instaurare una «società del controllo» che si nutre delle individualità, inibendole, e tenta di tessere una rete di influenza del comportamento sempre più pervasiva. L'eccessivo ricorso, quindi, a politiche che si auto-giustificano attraverso

⁵³ A. VAN AAKEN, *Constitutional Limits to Paternalistic Nudging: A Proportionality Assessment*, in *Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging*, a cura di A. KEMMERER, C. MOLLERS, M. STEINBEIS, G. WAGNER, Nomos, Baden-Baden, 2016, pp. 161-196.

⁵⁴ M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., p. 347.

evidenze scientifiche rischia di facilitare l'ascesa di «espertocrazie», o «tecnocrazie»⁵⁵, che prescindono dal dibattito politico democratico e che non hanno bisogno di alcuna legittimazione degli organi legislativi. Una soluzione per evitare il verificarsi di tale deriva tecnocratica, che potrebbe scaturire dall'adozione incontrollata anche di politiche di *nudging* (chi sono *nudger* se non esperti?), potrebbe essere vincolare il ricorso al *nudging* all'approvazione degli organi preposti alla tradizionale funzione legislativa. Inoltre, le materie che vengono regolate attraverso questo circuito giuridico alternativo, dovrebbero essere tassativamente circoscritte da leggi ordinarie dello Stato o di rango costituzionale, in modo da non permettere che tecniche di influenza comportamentale come il *nudging* siano utilizzate come un mero strumento amministrativo, senza passare al vaglio delle Camere.

Probabilmente la miglior soluzione per poter considerare il *nudge* a tutti gli effetti giuridico è collocarlo all'interno di quella categoria di strumenti ‘simili’ al diritto che Fuller definisce ‘*law-like*’⁵⁶. Se il *nudge* è *law-like*, se il *nudge*, come vedremo, funge da ausilio al diritto tradizionale in determinate circostanze, allora dovrebbe essere approvato, come qualsiasi altra norma, attraverso un procedimento legislativo ordinario che rispetti i principi fondamentali del dibattito politico democratico, al fine di evitare derive tecnocratiche e di tutelare gli interessi dei consociati. Sono *law-like* quei mezzi normativi che, pur non imponendo obblighi o sanzioni, esercitano un'influenza sul comportamento e supportano l'applicazione del diritto in senso più ampio. In questo senso, il *nudging* può essere considerato *law-like* perché, anziché imporre una scelta, orienta le decisioni individuali, collaborando con le norme tradizionali e favorendone l'efficacia. Se il *nudging* è effettivamente uno strumento *law-like*, allora può essere visto come un complemento, appunto, al

⁵⁵ A. ARTOSI, *Con i dosaggi esatti degli esperti. Per un'analitica del potere tecnodisciplinare*, in *Il diritto debole*, cit., pp. 88-101.

⁵⁶ L.L. FULLER, *Human Interaction and the Law*, in ID., *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller* (revised ed.), a cura di K.I. WINSTON, Hart, Oxford, 2001, p. 232.

diritto tradizionale, uno strumento che interviene in settori specifici per incentivare comportamenti senza dover ricorrere a norme coercitive. Ad esempio, in contesti come la salute pubblica o la tutela ambientale, il *nudging* può supportare le normative esistenti, rafforzando il loro impatto senza ridurre la libertà individuale. In questi casi, il *nudging* si configura come un ausilio al diritto, una sorta di '*soft law*' che spinge gli individui a fare scelte considerate socialmente desiderabili. Affinché il *nudging* sia integrato nel sistema giuridico con un adeguato livello di legittimità, è fondamentale che il suo utilizzo sia approvato attraverso un procedimento legislativo ordinario, che garantisca il rispetto dei principi democratici. Il dibattito e l'approvazione parlamentare sono elementi chiave per evitare che il *nudging* sia deciso e imposto solo da esperti o tecnocrati, senza un confronto aperto e inclusivo con i rappresentanti dei cittadini. Tale processo legislativo è essenziale non solo per rispettare il principio di trasparenza democratica, ma anche per assicurare che gli interessi e i diritti dei cittadini siano adeguatamente tutelati. Inoltre, la legittimità democratica serve anche a scongiurare il rischio che l'uso di *nudge* si trasformi in uno strumento di manipolazione occulta, i cui fini rimangono ignorati dai destinatari di tali interventi. Infatti, come abbiamo più volte ripetuto, il *nudging* agisce sfruttando aspetti della psicologia e dei *bias* cognitivi, elementi su cui i cittadini potrebbero non avere consapevolezza. Un'approvazione parlamentare obbliga invece a un livello di trasparenza e di *accountability* che permette ai cittadini di conoscere e comprendere l'obiettivo degli interventi e di contribuire, attraverso i propri rappresentanti, alla loro regolamentazione. Un altro motivo per cui il *nudging* deve essere sottoposto al controllo legislativo risiede nel rischio di derive tecnocratiche. Se il *nudging* venisse utilizzato senza supervisione democratica, potrebbe diventare uno strumento gestito esclusivamente da esperti di scienze comportamentali o da organi tecnici, privi di una vera rappresentanza democratica. In questo scenario, le decisioni su quali comportamenti promuovere o su quali preferenze siano desiderabili sarebbero sottratte al controllo pubblico, minando i principi di partecipazione e responsabilità politica. Un approccio

legislativo inclusivo e trasparente consente invece di stabilire chiari limiti e orientamenti etici per l'uso del *nudging*, evitando che questo strumento si trasformi in un mezzo per esercitare un potere occulto o eccessivo sui cittadini.

Dunque, inserire il *nudging* nel processo legislativo pare fondamentale per garantire che gli interessi dei cittadini siano pienamente rispettati, cittadini che hanno il diritto a essere coinvolti, seppur indirettamente, nella regolamentazione delle tecniche di *nudging*, soprattutto perché queste tecniche hanno un impatto diretto sul loro processo decisionale e sulle loro scelte quotidiane. La tutela degli interessi collettivi richiede quindi che il *nudging* sia regolamentato non solo in termini di trasparenza, ma anche di proporzionalità e giustificazione pubblica. Il processo legislativo garantisce che ogni intervento sia proporzionato agli obiettivi che si prefigge, evitando interferenze ingiustificate o arbitrarie nella vita dei cittadini. Il *nudging*, se trattato come uno strumento *law-like*, richiede un approccio legislativo trasparente e democratico che rispetti i principi fondamentali del diritto e della democrazia. Solo attraverso un procedimento legislativo ordinario, il *nudging* può ottenere la legittimazione necessaria e diventare uno strumento realmente compatibile con i valori democratici e i diritti dei cittadini. Questo garantisce che il *nudging* rimanga un ausilio al diritto tradizionale e non un mezzo che, in nome dell'efficienza o della razionalità comportamentale, riduca le garanzie democratiche e i diritti dei consociati.

Dunque, la prima domanda pare aver trovato una risposta: il *nudge* può essere considerato giuridico, quantomeno nel senso di *law-like*. Ma la lista delle critiche che sono state rivolte al *nudge*, e al suo utilizzo da parte del legislatore, non è terminata. Occorre ora, infatti, indagare circa il suo presunto carattere paternalistico, la sua vicinanza ad alcuni temi cari al pensiero di Bentham e la sua natura (forse) intrinsecamente manipolatoria.

2.1.2. Nudge e paternalismo

Anche se la teoria del *nudge* rimane ancora poca nota all'opinione pubblica, le sue spinte gentili fanno ormai parte di moltissimi ambiti della nostra vita quotidiana, nonostante molto spesso noi *nudgee* non ne siamo consapevoli⁵⁷. Proprio perché il *nudging* esercita gli effetti della sua azione ai limiti della consapevolezza dei suoi destinatari, negli ultimi anni sono state sollevate numerose critiche nei confronti della teoria del *nudge* e del paternalismo libertario. In un mondo in cui l'invasività e l'intervento dello Stato nella vita dei cittadini sono sempre meno tollerati, la 'leggerezza' del *nudge* ha assunto la funzione di valida alternativa al paternalismo classico. Ciò che rende particolarmente appetibile il paternalismo libertario è la sua capacità di limitare l'azione intrusiva dello Stato e, al tempo stesso, sostenere il perseguitamento dell'utilità sociale, preservando comunque la libertà e l'autonomia del cittadino. Sunstein e Thaler costruiscono le basi teoriche di una vera propria forma di 'neopaternalismo' e ci mostrano che argomenti come *welfare* e, più in generale, diritti sociali sono tutt'altro che superati nel dibattito moderno e, anzi, attirano ancora l'attenzione di studiosi, politici e opinione pubblica⁵⁸. La ricerca di nuove forme di paternalismo è dovuta, da un lato, allo svilupparsi di nuove richieste e necessità sociali e, dall'altro al diffondersi dell'utilizzo delle *behavioral sciences* anche in ambito legislativo e politico. Sono proprio i dati scientifici, infatti, ad attribuire credibilità a questo nuovo di paternalismo: la neutralità della scienza diviene arbitro nella contesa tra cittadino e Stato. Per Sunstein, infatti, non è più sostenibile l'idea di un paternalismo

⁵⁷ R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Libertarian Paternalism*, cit., pp. 175-179; C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, cit., pp. 1159-202; R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, cit.

⁵⁸ M. CUONO, R. SAU, *Ripensare il paternalismo in epoca neoliberale*, in *Meridiana. Rivista di storia e scienze sociali*, 79, 2014, pp. 29-46; V. MURA, *Paternalismo e democrazia liberale: un equivoco da chiarire*, ivi, pp. 47-69; F. ZAPPINO, *Il paternalismo, tra "proibizione" e "disciplinamento": un percorso critico nella letteratura contemporanea*, ivi, pp. 151-163.

‘illiberale’ vecchio stile ma è invece auspicabile un tipo di neopaternalismo *soft* e non coercitivo⁵⁹, che, appunto, si sostanzierebbe nel paternalismo libertario.

Ovviamente, il concetto di paternalismo libertario non poteva non sollevare obiezioni e critiche. La prima è senza dubbio quella che riguarda il nesso tra *nudge* e paternalismo⁶⁰, che Sunstein e Thaler concepiscono come necessario. Ma è forse limitante porsi unicamente questa domanda circa il *nudge* – cioè se questo abbia o meno un carattere paternalista – perché esistono molte altre domande che potrebbero e dovrebbero essere poste ai fautori del *nudge*. Se, stando alle parole di Sunstein, il *nudge* si pone l’obiettivo di creare una nuova concezione delle politiche pubbliche, superando la concezione classica dei fallimenti del mercato e volendosi sostituire, almeno in parte alla regolazione giuridica coercitiva⁶¹, perché si è dovuto necessariamente legarlo al concetto di paternalismo, seppur ‘libertario’? Perché Sunstein e Thaler non hanno pensato che etichettare il *nudge* come paternalista avrebbe comportato ricevere critiche da due fronti, quello degli anti-paternalisti e quello di coloro che ritengono che il *nudge* non faccia parte dell’insieme dei veri paternalismi?

Uno degli interrogativi principali legati al paternalismo libertario è se esso possa davvero essere definito *soft*, come sostenuto dai suoi teorizzatori. L’aggettivo ‘*soft*’ intende indicare la caratteristica di non entrare in contrasto con l’autodeterminazione dell’individuo che interagisce con un’autorità, pubblica o privata che sia. Tuttavia, pur essendo considerato legittimo dalla teoria liberale classica, il

⁵⁹ A riprova, C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*, cit., pp. 47-48.

⁶⁰ R. CALO, *Code, Nudge, or Notice*, cit., pp. 773-803; H. FARRELL, C. SHALIZI, ‘Nudge’ Policies Are Another Name for Coercion, in *New Scientist*, 26 novembre 2011; T. PLOUG, S. HOLM, J. BRODERSEN, To Nudge or Not To Nudge: Cancer Screening Programmes and the Limits of Libertarian Paternalism, in *Journal of Epidemiology and Community Health*, 66, 2012, 12, pp. 1193-1196; P. LUNN, *Regulatory Policy and Behavioural Economics*, OECD Publishing, Paris, 2014.

⁶¹ C.R. SUNSTEIN, *Semplice*, cit.; R.H. THALER, *Misbehaving. La nascita dell’economia comportamentale*, Einaudi, Torino, 2018, p. 397.

paternalismo ‘mite’ non è esente da critiche⁶². La questione fondamentale è quale sia il confine tra paternalismo *hard* e *soft*. Nel momento in cui i *nudge* influenzano individui con razionalità limitata, non vi è garanzia che il loro intervento, pur teoricamente non coercitivo, risulti davvero efficace e rispettato, soprattutto poiché il paternalismo *soft* dovrebbe derivare da scelte autonome e competenti. E se dietro a un intervento *soft* si nasconde in realtà un intervento *hard*? La percezione dei destinatari gioca un ruolo cruciale in questa problematica, poiché ciò che può apparire un intervento *soft* per uno, può sembrare un atto paternalistico *hard* per un altro, invadendo la propria sfera personale.

Lo stesso concetto di autonomia dei soggetti decisorii è opaco. Quando si definisce una persona ‘autonoma’? Secondo alcune delle più autorevoli definizioni in letteratura, una persona è autonoma quando è in grado di fornire ragioni per le sue scelte⁶³, quando interpreta correttamente i propri obiettivi e li valuta alla luce della propria identità morale⁶⁴, e, forse ancora più importante, quando è libera da poteri eteronomi o esercitati da altri soggetti⁶⁵.

L’autonomia acquisisce un significato più profondo di concetto-soglia⁶⁶. In questo contesto, gli individui possiedono una certa com-

⁶² B. FATEH-MOGHADAM, T. GUTMANN, *Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of 'Soft Paternalism'*, in *Ethical Theory and Moral Practice*, 17, 2014, 3, pp. 383-397.

⁶³ B. BEROFSKY, *Liberation from Self. A Theory of Personal Autonomy*, Cambridge University Press, New York, 1995, p. 182 ss., p. 199; J. CHRISTMAN, *The Politics of Persons. Individual Autonomy and Socio-historical Selves*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 133 ss.

⁶⁴ S.I. BENN, *Freedom, Autonomy and the Concept of a Person*, in *Proceedings of the Aristotelian Society – New Series*, 76, 1975-1976, pp. 109-130, in part. p. 125 ss.; C. TAYLOR, *Self-Interpreting Animals*, in Id., *Philosophical Papers. Vol. 1*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985, pp. 45-76; Id., *What’s Wrong with Negative Liberty*, in Id., *Philosophical Papers. Vol. 2*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985, pp. 211-229; S.I. BENN, *A Theory of Freedom*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, p. 9, p. 178 ss.

⁶⁵ S.I. BENN, *A Theory of Freedom*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, p. 164 ss.

⁶⁶ J. FEINBERG, *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1984, p. 29.

petenza per affrontare le decisioni della vita privata, pur con i limiti imposti dalla razionalità limitata. Per questo motivo, l'architetto delle scelte deve innanzitutto occuparsi di alzare o abbassare questa soglia, decidendo in che misura farlo in base alle necessità, stabilendo così i confini tra un intervento paternalistico *hard* o *soft*. Non è, infatti, sufficiente mantenere una soglia bassa di *default*, che teoricamente dovrebbe garantire un approccio egualitario, poiché non tutti i soggetti possiedono lo stesso livello di competenze⁶⁷. Ciò che per un individuo può sembrare una soglia facilmente superabile, per altri più vulnerabili può apparire come un ostacolo insormontabile, e si ritroverebbero intrappolati nel *nudge*. D'altro canto, alzare questa soglia rischia di ridurre il numero dei beneficiari dell'azione di *nudging*, trasformando un intervento paternalistico mite in uno discriminatorio. Per questi motivi, il paternalismo libertario, inteso come paternalismo *soft*, rimane in una sorta di limbo, criticato dai liberali per la sua invasività e dai sostenitori di un paternalismo *soft* 'puro' che vedono nel *nudge* un veicolo per nascondere un paternalismo coercitivo⁶⁸. Anche i sostenitori del paternalismo *hard* dubitano dell'efficacia del paternalismo libertario, ritenendolo né utile né necessario e preferendo forme di paternalismo coercitivo che non mascherano i loro intenti con falsi propositi.

Anche Sunstein riconosce l'esistenza di un 'concetto-soglia', che tenta di ridimensionare per rispondere alle critiche dei teorici dell'autonomia. Secondo questa prospettiva, l'individuo non può essere chiamato a decidere su ogni aspetto della propria vita, poiché ciò esaurirebbe una risorsa fondamentale: l'attenzione, che verrebbe così sottratta alle scelte realmente cruciali per il suo benessere⁶⁹. Da questa premessa emergono due livelli distinti e gerarchicamente or-

⁶⁷ J. ANDERSON, *Regimes of Autonomy*, in *Ethical Theory and Moral Practice*, 17, 2014, 3, pp. 355-368.

⁶⁸ E. GLAESER, *Paternalism and Psychology*, in *The University of Chicago Law Review*, 73, 2006, 1, p. 133.

⁶⁹ C.R. SUNSTEIN, *Foreword. The Ethics of Nudging*, in *Nudge and the Law. A European Perspective*, a cura di A. ALEMANNO, A.-L. SIBONY, Hart Publishing, Oxford, 2015, p. XI.

dinati. Nel primo, il *nudger* opera per semplificare la vita degli individui, sollevandoli dal peso di alcune decisioni. Nel secondo, invece, rientrano le scelte più significative, in cui l'autonomia personale deve rimanere intatta affinché il paternalismo possa ancora definirsi 'mite'. I risultati delle scienze comportamentali giustificano la limitazione di questo primo livello, a causa dei difetti di ragionamento degli individui. È proprio sulla razionalità limitata degli individui che il paternalismo *soft* fonda i suoi presupposti. Ne deriva che, per il paternalista libertario, l'autonomia, intesa come autodeterminazione dell'individuo, può esistere nel mondo degli Econi, mentre nel mondo degli Umani è debole, non giustificabile e «deve lasciare spazio all'interferenza benevola dello stato in moltissimi casi»⁷⁰.

Tra le critiche più rilevanti al paternalismo libertario spicca quella di Sarah Conly, sostenitrice del paternalismo *hard*. Secondo Conly, l'idea di una cosiddetta 'interferenza benevola' non è la soluzione più efficace per contrastare i limiti della razionalità umana⁷¹. Se i *bias* cognitivi distorcono le decisioni individuali, perché ricorrere a interventi *soft* come i *nudge*, anziché adottare misure coercitive più dirette e controllabili? Se un approccio paternalistico tradizionale risultasse più efficiente nel promuovere obiettivi di interesse pubblico, sarebbe preferibile, anche a costo di limitare la libertà di scelta. In questa prospettiva, Conly afferma che «la coercizione ci priva della libertà, ma questo non è sempre sbagliato»⁷².

Sunstein, invece, sostiene che un'analisi approfondita dei *bias* cognitivi e dei fallimenti del mercato permette di correggere gli errori della razionalità umana attraverso strumenti mirati come i *nudges*. Questi interventi sarebbero l'unico modo per regolare il mercato senza incorrere in politiche illiberali e in un'eccessiva ingerenza del-

⁷⁰ V. MURA, *Paternalismo e democrazia liberale: un equivoco da chiarire*, cit., p. 55.

⁷¹ S. CONLY, *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, in part. p. 29.

⁷² S. CONLY, *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, cit., p. 54.

lo Stato⁷³. Tuttavia, resta aperta una questione cruciale: per quanto il *nudging* si presenti come una forma di intervento leggero, non richiede comunque un’azione statale per essere implementato?

In contrasto sia con il paternalismo *hard* di Conly che con quello *soft* di Sunstein, Néron propone un’alternativa basata sull’autosufficienza dei fallimenti del mercato come giustificazione per l’intervento statale. Questa prospettiva, radicata nel pensiero liberale ‘neutralista’, esclude ogni forma di paternalismo, sostenendo che lo Stato debba limitarsi a correggere le distorsioni del mercato senza imporre visioni morali o gerarchie di valore agli individui⁷⁴.

Per quanto i liberali accettino il fatto che l’intervento pubblico deve inevitabilmente incoraggiare certi comportamenti disincentivandone altri, essi sostengono comunque con forza la regola della neutralità, che si sviluppa su più fronti: 1) deve esistere una neutralità delle conseguenze delle politiche pubbliche; 2) una neutralità dei fini, che devono essere generali rispetto al fine stesso; 3) una neutralità della giustificazione dell’azione dello Stato in un senso non paternalistico⁷⁵. Se è appurato che non si possa esigere un’assenza totale di intervento pubblico, è tuttavia lecito aspettarsi che tali politiche pubbliche siano non paternalistiche e tendenti alla neutralità⁷⁶.

La posizione di Néron offre un’alternativa al dibattito sul paternalismo, permettendo di giustificare l’intervento dello Stato senza necessariamente ricorrere a logiche paternalistiche⁷⁷. Se i *market failures* richiedono un’azione pubblica, ciò non implica che questa

⁷³ C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*, cit., p. 57.

⁷⁴ P.Y. NÉRON, *Politiques publiques, économie comportementale et échecs de marché*, in *The Toqueville Review*, 73, 2016, 1, p. 69.

⁷⁵ P.Y. NÉRON, *Politiques publiques, économie comportementale et échecs de marché*, cit., pp. 69-70.

⁷⁶ R. MERRILL, *Comment un État libéral peut-il être à la fois neutre et paternaliste?*, in *Raisons Politiques*, 44, 2011, pp. 15-40.

⁷⁷ Si veda anche: P. TERESZKIEWICZ, *Neutral Third-Party Counselling as Nudge Toward Safer Financial Products? The Case of Risky Mortgage Loan Contracts*, in *Nudging – Possibilities, Limitations, and Applications in European Law and Economics*, a cura di K. MATHIS, A. TOR, Springer, Switzerland, 2016, pp. 169-196.

debba essere paternalistica: lo Stato deve intervenire per correggere le distorsioni sociali derivanti dall’interazione incontrollata tra attori economici, ma lo deve fare per ragioni di giustizia, non di tutela coercitiva. Per Néron, affrontare le esternalità negative del mercato richiede politiche pubbliche proporzionate e basate sul *harm principle* di Mill, capaci di neutralizzare la necessità di giustificazioni paternalistiche, siano esse *hard* o *soft*⁷⁸.

Le critiche al paternalismo libertario, tuttavia, non si limitano al rapporto con il *nudge* o alla posizione di Conly sull’efficacia del *soft paternalism*: esistono numerose altre argomentazioni contro la ‘spinta gentile’⁷⁹. La decostruzione del modello razionale dell’agente economico, operata dai *libertarian paternalists*, ha portato alla centralità di un nuovo soggetto decisionale, vulnerabile, vittima dei processi mentali, *bounded* e *biased*⁸⁰, ampiamente descritto dalle scienze comportamentali⁸¹. È la conoscenza della prevedibilità dei

⁷⁸ P.Y. NÉRON, *Politiques publiques, économie comportementale et échecs du marché*, cit., p. 71.

⁷⁹ H. FARRELL, C. SHALIZI, ‘Nudge’ Policies Are Another Name for Coercion, in *New Scientist*, 26 novembre 2011; T. PLOUG, S. HOLM, J. BRODERSEN, *To Nudge or Not To Nudge: Cancer Screening Programmes and the Limits of Libertarian Paternalism*, in *Journal of Epidemiology and Community Health*, 66, 2012, 12, pp. 1193-1196; R. REBONATO, *Taking Liberties. A Critical Examination of Libertarian Paternalism*, Palgrave McMillan, London, 2012; S. CONLY, *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013; A. RANDAZZO, *The Case Against Libertarian Paternalism*, in *Reason*, 23 aprile 2013; M.D. WHITE, *The Manipulation of Choice. Ethics and Libertarian Paternalism*, Palgrave Macmillan, New York, 2013; R. CALO, *Code, Nudge, or Notice*, in *Iowa Law Review*, 99, 2014, 2, pp. 773-803; P. LUNN, *Regulatory Policy and Behavioural Economics*, OECD Publishing, Paris, 2014; *Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging*, a cura di A. KEMMERER, C. MOLLERS, M. STEINBEIS, G. WAGNER, Nomos, Baden-Baden, 2016; P.G. HANSEN, *The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism: Does the Hand Fit the Glove?*, in *European Journal of Risk Regulation*, 7, 2016, 1, pp. 155-74; P. JOHN, *How Far to Nudge? Assessing Behavioural Public Policy*, Elgar, Cheltenham, 2018.

⁸⁰ Il termine ‘*bounded*’ può essere tradotto con ‘limitati’.

⁸¹ Come già rilevato, sono soprattutto i risultati del lavoro di Kahneman e Tversky, che con la teorizzazione della dualità dei sistemi della mente umana, hanno dato una spinta energica alla teoria del *nudge* e allo stesso paternalismo libertario.

difetti cognitivi, del funzionamento del Sistema 1 e del Sistema 2 (e dei relativi errori ai quali questi sistemi sono soggetti) che permette di dare un fondamento empirico all'azione di *nudging* e di assicurargli credibilità ed autorevolezza scientifiche. Questa posizione non è, però, esente da diverse critiche: per esempio, quella di Hausman e Welch, forse tra i più accaniti sostenitori della «teoria dell'infantilizzazione», secondo la quale il *nudge* è uno strumento che rischia di infantilizzare, appunto, i *nudgee*⁸². Hausman e Welch affermano che i *nudgee* «sono chiamati in causa dai difetti nel processo decisionale individuale, e lavorano facendo uso di questi difetti»⁸³, arrivando a sostenere che il *nudging* è non altro che un metodo per sfruttare i limiti cognitivi degli individui.

I critici del paternalismo libertario sostengono che i suoi sostenitori non si preoccupino di come e se aiutare gli Umani a diventare «più Econi possibile», ma si limitino a sfruttarne le debolezze, orientandoli verso fini poco chiari e giustificati da un concetto astratto e arbitrario di benessere. A questo punto, sorge una domanda inevitabile: se gli esseri umani sono affetti da limiti cognitivi e da una razionalità fallibile che impedisce loro di compiere scelte efficienti, perché questi stessi difetti non dovrebbero colpire anche i *nudger*, le istituzioni e gli architetti della scelta, che sono anch'essi umani? Di fronte a questa obiezione, i teorici del *nudge* hanno più volte replicato sostenendo che il problema della razionalità limitata non si applica ai *nudger*, poiché essi sarebbero individui più preparati e cognitivamente più competenti rispetto ai *nudgee*.

Si finisce così per attribuire al paternalismo libertario un'ulteriore sfumatura: alcuni suoi sostenitori l'hanno, infatti, definito, pur in maniera benevola, «paternalismo asimmetrico»⁸⁴. Questa asim-

⁸² Termine utilizzato in letteratura da Sunstein e Thaler per indicare coloro che sono oggetto dell'azione di *nudging* e dell'architettura della scelta.

⁸³ D.M. HAUSMAN, B. WELCH, *To Nudge or Not to Nudge*, cit., p. 126.

⁸⁴ R.H. THALER, *Misbehaving*, cit., p. 386; R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, cit., p. 242; C. CAMERER, S. ISSACHAROFF, G. LOE WENSTEIN, T. O'DONOGHUE, M. RABIN, *Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for "Asymmetric Paternalism"*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 151, 2003, 3, pp. 1211-1254; G. LOEWENSTEIN, *Asymmetric Paternalism*

metria rischia, però, di sfociare in una forma di antropologia differenziale⁸⁵. Accettare questa asimmetria cognitiva tra *nudger* e *nudgee* può portare ad una suddivisione degli individui in ‘categorie’, che classificano i loro membri in base a cultura, capacità cognitiva e di apprendimento. Gli appartenenti alla categoria dei *nudger* sarebbero, dunque, soggetti razionalmente migliori, che progettano le proprie architetture e spinte gentili a vantaggio di tutti quei soggetti inferiori, vulnerabili e cognitivamente limitati, quali sono i *nudgee*.

Una particolare attenzione all’argomento dell’infantilizzazione è riscontrabile anche in Bovens, che ritiene che un utilizzo eccessivo, ripetuto e su larga scala dei mezzi tipici del *nudge* potrebbe addirittura ‘indebolire’ le capacità cognitive dei *nudgee* rendendoli ancora più vulnerabili. In questo contesto, secondo Bovens, i *nudgee* se privati dell’ausilio dei pungoli, non avrebbero più forza cognitiva e morale per compiere scelte consapevoli in autonomia⁸⁶. Questa critica paragona il *nudging* al *nannying*: quell’atteggiamento dello Stato che tratta i proprio cittadini come bambini da accudire, guidare e proteggere. Per Conly il *nannying* è ben peggio di qualsiasi forma di paternalismo puro coercitivo.

Altre critiche al *nudging* si concentrano sulla definizione di preferenze. La teoria del paternalismo libertario, infatti, si sostiene quasi interamente sul presupposto che le spinte gentili si limitano ad assistere gli individui nella formazione delle loro preferenze «in modo da migliorare il benessere di coloro che scelgono, secondo il giudizio di questi ultimi»⁸⁷.

Secondo i sostenitori del paternalismo libertario, il *nudge* si qualifica come un intervento ‘soft’ perché agisce solo sui mezzi, senza imporre alcun fine all’individuo. Le distorsioni cognitive impediscono al soggetto decisore di formulare preferenze reali in linea con

to Improve Health Behaviors, in *Journal of American Medical Association*, 298, 2007, 20, pp. 2415-2417.

⁸⁵ M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., p. 39 ss.

⁸⁶ L. BOVENS, *Real Nudge*, in *European Journal of Risk Regulation*, 3, 2012, 1, pp. 43-46.

⁸⁷ R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, cit., p. 11.

un’idea di benessere standardizzata, perciò questo renderebbe necessario l’intervento del *nudger*. Se esiste una differenza tra preferenze attuali e preferenze ideali – le prime si limitano a realizzare un desiderio immediato, mentre le seconde corrispondono a ciò che le persone idealmente e moralisticamente dovrebbero avere – diventa fondamentale fornire informazioni pertinenti, affinché l’individuo possa elevare il livello delle sue preferenze e raggiungere il proprio benessere ideale⁸⁸. Per utilizzare una metafora: il *nudge* è un navigatore GPS che non ha il compito di scegliere una destinazione, ma di tracciare la strada più breve e meno pericolosa per arrivarci. In altre parole, la preferenza diventa ideale quando esiste un ampio accesso a informazioni rilevanti, tali da permettere una scelta che sia la più corretta ed autonoma possibile. Tuttavia, come insegna l’effetto *framing*, non basta fornire dati: occorre stabilire in che modo veicolare tali informazioni, perché la forma di presentazione influenza in modo cruciale le preferenze. A questo punto, ci si chiede: una preferenza ‘ben informata’ lo sarà rispetto a quali valori? E di chi sono tali valori: del soggetto decisore o degli architetti della scelta?

Secondo Galletti, quando si parla di *nudging* sorgono due preoccupazioni: le scelte devono essere davvero informate – e quindi comunicate con trasparenza, senza manipolazioni – e devono restare ‘autentiche’, cioè conformi alla scala di valori del soggetto decisore, non a quella dell’architetto della scelta. Il paternalismo si gioca così la sua credibilità nel garantire che le scelte informate corrispondano ai valori di chi sceglie, pena il rischio di trasformare l’intervento ‘soft’ in una forma di controllo, in verità, poco rispettoso dell’autonomia individuale.

Secondo i suoi sostenitori, il paternalismo libertario, rinunciando a voler creare preferenze idealizzate e perseguito i desideri degli individui ottenuti ‘secondo il giudizio di questi ultimi’, si prefigge, dunque, di rispettare l’autonomia delle persone in modo che

⁸⁸ C.R. SUNSTEIN, *The Ethics of Influence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 44.

possano scegliere liberamente⁸⁹. Se su questo il paternalismo libertario trova dei punti di contatto con altri tipi di paternalismo, tra cui quello coercitivo teorizzato da Conly, che descrive il paternalismo *hard* come il mezzo più efficace per far sì che le persone raggiungano i propri fini in accordo con le proprie preferenze e la propria autonomia⁹⁰, non si può dire lo stesso per quanto riguarda i mezzi che il paternalismo *soft* e il paternalismo *hard* mettono a disposizione per raggiungere tali scopi. Per la sostenitrice del paternalismo *hard*, infatti, le spinte gentili sarebbero ‘manipolatorie’ e, comunque, inefficaci rispetto all’obiettivo paternalistico. Un’azione meccanica e ripetuta, quale quella del *nudge*, se non è conforme a quelli che sono i valori o semplicemente le preferenze delle persone, non potrà aumentare il loro benessere e le loro capacità, poiché non vi sarà mai un vero coinvolgimento da parte dei soggetti decisori, che probabilmente non capiranno realmente le ragioni della loro scelta. Conly, inoltre, sostiene che non sono convincenti le affermazioni dei sostenitori del paternalismo libertario circa l’estraneità di queste politiche dal perfezionismo. Secondo Conly, infatti, gli interventi di *nudging* possano essere carichi di valori morali che il *nudgee* potrebbe interiorizzare e fare propri senza esserne del tutto consapevole.

Data per certa l’importanza delle modalità con cui le informazioni sono fornite al soggetto decisore nel momento della scelta, è difficile per i paternalisti libertari liberarsi dall’accusa di perfezionismo, poiché è impossibile pensare che tali informazioni possano essere trasmesse in maniera totalmente neutrale e non contengano un qualsivoglia genere di giudizio che influenzi quello dei *nudgee*. Anche

quando stiamo formulando giudizi che, secondo la nostra opinione, riguardano i mezzi e non ciò che ha valore come fine in sé, dobbiamo sospettare della presenza di un pregiudizio culturale⁹¹.

⁸⁹ C.R. SUNSTEIN, *The Ethics of Influence*, cit., pp. 51-52.

⁹⁰ S. CONLY, *Against Autonomy*, cit., pp. 29-32, pp. 102-103.

⁹¹ S. CONLY, *Against Autonomy*, cit., p. 122.

Per il paternalista libertario, le preferenze ‘informate’ sono quelle che un decisore ideale dovrebbe adottare per perseguire il proprio benessere. Tuttavia, data la razionalità imperfetta dell’individuo, i suoi desideri immediati possono non coincidere con i suoi reali interessi a lungo termine, poiché tendono a privilegiare piaceri momentanei e superficiali, come bere alcol, fumare o consumare cibi grassi. Ad esempio, mangiare cibi grassi può offrire una soddisfazione immediata superiore rispetto a un’alimentazione sana o al digiuno, ma nel lungo periodo questo comportamento rischia di compromettere la salute, dimostrando così il divario tra desiderio istantaneo e benessere futuro.

Le nostre preferenze sul breve termine potrebbero, dunque, non coincidere con il nostro benessere sul lungo termine. A questo punto, urge ricercare una definizione soddisfacente del concetto di ‘benessere’, visto il ruolo di centralità che assume sia nel dibattito critico che in quello a sostegno del paternalismo libertario. È importante ricordare che tipo di neopaternalismo che si definisce non perfezionista, rifiuta apertamente la concezione oggettivistica del benessere, proprio perché ritiene che le preferenze sulle quali gli architetti delle scelte intervengono debbano derivare dai desideri e dalle preferenze dei *nudger* stessi. Per Sunstein l’interesse dei *nudger* deve essere, quindi, diretto a correggere quelle situazioni dubbie in cui si crea un divario tra il benessere atteso e quello reale, che risulterà più o meno ampio secondo il maggiore o minore effetto dei difetti cognitivi che possono inficiare il processo decisionale dell’individuo. Non è semplice individuare quel divario: interessi che appaiono puramente edonistici agli occhi del *nudger* potrebbero, invece, essere alquanto significativi per i *nudgee*, o per almeno alcune categorie di *nudgee*. In parole povere, non è affatto detto, come sostengono i padri del paternalismo libertario, che il paternalismo libertario si limiti semplicemente a ricostruire le preferenze dei *nudgee* ‘secondo il giudizio di questi ultimi’. Una soluzione alla ricostruzione delle preferenze, proposta dagli stessi sostenitori del paternalismo libertario è l’utilizzo di metodi empirici e statistici. Per Vida e Galletti, però, in questo modo si rischia di ottenere una concezione di benessere

«doxastica»⁹², cioè basata «su un elenco di beni»⁹³ (principalmente ‘salute’ e ‘ricchezza’) a cui la maggioranza delle persone attribuisce priorità nei propri progetti di vita⁹⁴.

A questi problemi si aggiungono ulteriori criticità concettuali: quale garanzia assicura che le preferenze della maggioranza siano effettivamente le ‘migliori’? È davvero opportuno adottare un criterio puramente quantitativo, come quello statistico e maggioritario, quando è ormai accertato che i *bias* cognitivi influenzano la razionalità individuale? L’incapacità di ottenere un quadro chiaro e affidabile delle preferenze autentiche dei soggetti sembra rafforzare il principio epistemico di Mill, secondo cui solo chi compie una scelta può giudicarne pienamente la bontà e, di conseguenza, sarà il miglior arbitro delle decisioni che riguardano il proprio benessere.

Ma, secondo Sunstein, interventi paternalistici mirati e basati su fasce demografiche restringono il campo d’azione e aumentano sensibilmente la precisione degli interventi di *nudging*. Questo riferimento costante all’utilizzo di criteri statistici e quantitativi nel definire l’idea di ‘benessere’, che deve fungere da guida nell’opera di pianificazione del *nudger*, rischia di far sembrare il *nudge* più utilitarista di quanto i suoi padri vorrebbero.

2.1.3. Nudge e utilitarismo

Osservando il panorama sociopolitico moderno, suscita una notevole curiosità il fatto che, nonostante vi sia un ampio consenso nei confronti delle forme di governo ‘liberal-democratiche’, si continui a sviluppare un acceso dibattito sul paternalismo. La questione della legittimazione di un potere intrusivo da parte dello Stato, capace di influenzare le vite dei cittadini, tipica delle teorie liberali e pa-

⁹² M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., p. 183.

⁹³ M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., p. 183.

⁹⁴ J.S. BLUMENTHAL-BARBY, *Choice Architecture: A Mechanism for Improving Decisions while Preserving Liberty*, in *Paternalism. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 180.

ternalistiche dell’Ottocento, appare tutt’altro che superata. In passato, il pensiero liberale, soprattutto nell’Ottocento, ha dovuto affrontare l’impegnativo compito di cercare, teorizzare e stabilire i limiti entro cui l’azione dello Stato doveva essere contenuta, affinché non divenisse illegittima e non violasse quei diritti che oggi consideriamo fondamentali e inviolabili. Il ritorno del paternalismo deve il suo successo, senza dubbio, anche alla forza persuasiva e ‘innovativa’ del paternalismo libertario, un concetto che sta guadagnando terreno tra i media e i *policymaker* di tutto il mondo, ottenendo crescenti consensi come valida alternativa di governo.

L’idea di un potere statale che possa e debba intervenire nelle scelte individuali, per quanto volto al benessere dei cittadini, riporta in auge questioni che il pensiero liberale, soprattutto nel XIX secolo, aveva tentato di affrontare e risolvere: come limitare il potere dello Stato per proteggere l’autonomia degli individui? Nel passato, la dottrina liberale ha posto l’accento sulla necessità di limitare il potere intrusivo dello Stato, riconoscendo l’importanza di proteggere le libertà individuali contro ingerenze non giustificate. Eppure, l’ascesa del paternalismo libertario suggerisce che vi possano essere forme di intervento ‘gentile’ che non limitano apertamente la libertà, ma la influenzano in modo meno invasivo.

L’interesse contemporaneo per il paternalismo, e in particolare per il paternalismo libertario, è in parte dovuto alla sua promessa di risolvere problemi sociali complessi senza utilizzare mezzi coercitivi. Il paternalismo libertario sostiene che si possa guidare il comportamento dei cittadini rispettando formalmente la loro libertà di scelta, tramite interventi come il *nudging*, che modificano l’architettura delle scelte. L’idea che lo Stato possa spingere gentilmente le persone verso scelte considerate migliori, senza imporre restrizioni, sicuramente ha incontrato crescente approvazione tra *policymakers* e media. In effetti, il paternalismo libertario risponde a una crescente richiesta di soluzioni politiche che siano efficaci ma non autoritarie, che agiscano sulle motivazioni senza minare apertamente l’autonomia individuale. Il successo del paternalismo libertario risiede nella sua forza persuasiva e nella sua capacità di presentarsi come una for-

ma di governo che rispetta, almeno formalmente, l'autonomia degli individui, proponendo alternative meno coercitive rispetto agli approssimi tradizionali. È un'idea che ben si adatta alla società moderna, in cui la consapevolezza delle limitazioni cognitive e delle vulnerabilità umane ha dato impulso a politiche che mirano a proteggere le persone dalle loro stesse scelte irrazionali. Grazie a questa promessa di tutela 'invisibile' ma efficace, il paternalismo libertario viene percepito come un'opzione innovativa e rispettosa, capace di integrare i vantaggi di un'azione pubblica con il rispetto della libertà.

Tuttavia, il ritorno del paternalismo ha suscitato anche critiche. Alcuni sostengono che, sebbene il paternalismo libertario sembri garantire la libertà di scelta, esso potrebbe compromettere l'autonomia individuale in modo più subdolo rispetto alle forme tradizionali di controllo. In effetti, il *nudging* e altre forme di paternalismo libertario si basano su interventi psicologici che sfruttano *bias* e meccanismi automatici di decisione, spingendo le persone verso scelte predeterminate senza che queste siano pienamente consapevoli dell'influenza che stanno subendo. Questo approccio può essere visto come una forma di manipolazione, che riduce la possibilità di decisioni realmente autonome. E poi, chi decide quali comportamenti sono desiderabili? Chi stabilisce le scelte 'ottimali' per il cittadino? Queste, come abbiamo già visto, sono domande centrali in un contesto democratico, in cui il rispetto per la sovranità del cittadino è un principio fondamentale. Se l'autorità pubblica può influenzare le scelte individuali senza un confronto aperto e trasparente, si rischia di avallare una forma di potere che sfugge al controllo democratico, che potrebbe sfociare in una tecnocrazia non eletta. Per questo motivo, molti ritengono che, affinché il paternalismo libertario sia compatibile con i principi democratici, esso debba essere accompagnato da criteri di trasparenza e responsabilità, garantendo che le scelte politiche e le architetture decisionali siano comprensibili e accettabili per i cittadini.

Il ritorno del paternalismo riflette un momento di trasformazione per le democrazie moderne, che si trovano a fare i conti con la necessità di risolvere problemi complessi, come la salute pubbli-

ca e la sostenibilità, senza limitare apertamente la libertà. Tuttavia, l'adozione del paternalismo libertario comporta sfide etiche e democratiche: occorre stabilire fino a che punto lo Stato possa aiutare i cittadini nelle loro scelte, senza oltrepassare i limiti della libertà individuale e della trasparenza. Il paternalismo libertario offre uno strumento di intervento innovativo, ma resta fondamentale valutare se esso sia pienamente compatibile con i valori di autonomia, autodeterminazione e democrazia che sono alla base delle società liberal-democratiche.

Se si accetta che il legame tra *nudge* e paternalismo sia di natura stipulativa – utile, dunque, alla teoria ma non intrinsecamente necessario – la questione centrale non è tanto se il *nudging* sia realmente paternalistico, ma ‘perché’ lo sia. Piuttosto che soffermarsi sulle critiche alla ‘spinta gentile’, occorre esplorare le sue origini e i presupposti su cui si fonda, andando oltre i riferimenti empirici delle scienze comportamentali. Diventa quindi essenziale interrogarsi sulla reale natura del ‘paternalismo libertario’, analizzando se sia effettivamente compatibile con i principi liberali o se si tratti di una rielaborazione di idee già presenti nel dibattito sociopolitico, sia contemporaneo che più remoto. La teoria di Sunstein e Thaler, infatti, non nasce nel vuoto, ma affonda le sue radici in concetti precedenti che meritano di essere approfonditi.

Secondo Brunon-Ernst, il *nudge* mostrerebbe, a livello concettuale, numerose affinità non tanto con il paternalismo tradizionale ma piuttosto con l'utilitarismo tipico del pensiero benthamiano⁹⁵, secondo il quale è utile ciò che ha come conseguenza la più grande felicità del maggior numero di persone. Tra l'altro il *nudge* sembra avere punti di contatto anche con la benthamiana «legislazione indiretta», anche se i sostenitori del *nudge* hanno sempre rifiutato qualsiasi implicazioni ideologica del *nudging*. I teorici del *nudge*, infatti, hanno sempre evitato di creare pericolosi parallelismi, tanto da preferire in letteratura il termine *welfare* al più scomodo *utili-*

⁹⁵ A. BRUNON-ERNST, *Back to the Sources of Nudges*, in *The Toqueville Review*, 37, 2016, 1, p. 102.

ty, il cui utilizzo avrebbe forse vanificato gli sforzi per tenere lontane le spinte gentili da etichettature ideologiche. Tuttavia, lo stesso Sunstein afferma che

Jeremy Bentham ha difeso una forma di utilitarismo che massimizza il piacere e minimizza la sofferenza, un'idea simile, sebbene non identica, a quella che misure di felicità “auto dichiarate” dovrebbero essere adottate in ambito pubblico. Gli economisti successivi hanno abbandonato questa visione in favore dell'utilità. Ma l'approccio benthamiano non si è mai veramente eclissato⁹⁶.

La critica di Engelmann sembra essere ancora più diretta nel cercare di associare il *nudging* all'utilitarismo. Secondo Engelmann, infatti, l'obiettivo di Sunstein e Thaler di preservare la libertà degli individui non lascerebbe spazio a dubbi: i padri del *nudge* sarebbero in realtà più utilitaristi che paternalisti o liberali⁹⁷. Il punto di convergenza tra l'utilitarismo classico e il paternalismo libertario, che rappresenta il fulcro della critica di Engelmann, risiede nel fatto che, sia per i paternalisti libertari che per l'utilitarista Bentham, la sostenibilità di un intervento paternalistico dipende da una rigorosa analisi costi-benefici⁹⁸. Il carattere scientifico e statistico di queste analisi, che misurano felicità e vita degli individui e catalogano azioni, reazioni e stimoli per valutarne l'importanza in vista dell'obiettivo finale del benessere, rende il *nudge* particolarmente affine al pensiero utilitaristico. Per Engelmann, i *nudge* superano facilmente un ipotetico test per essere inclusi nella famiglia liberal-utilitaristica, pur riconoscendo che vi siano alcune differenze fondamentali tra le due concezioni.

⁹⁶ E.A. POSNER, C.R. SUNSTEIN, *Introduction to the Conference on Law and Happiness*, in *Law and Happiness*, a cura di E.A. POSNER, C.R. SUNSTEIN, University of Chicago Press, Chicago, 2010, pp. 1-4, in part. p. 2.

⁹⁷ S. ENGELMAN, *Nudging Bentham: Indirect Legislation as (Neo-)Liberal Politics*, in *History of European Ideas*, 43, 2017, 1, pp. 70-82, p. 70.

⁹⁸ S. ENGELMAN, *Nudging Bentham: Indirect Legislation as (Neo-)Liberal Politics*, cit., pp. 70-71.

A Bentham va certamente riconosciuto il merito di aver saputo individuare, prima di tutti, il valore delle tecniche non giuridiche di regolazione, teorizzando la prima vera e propria distinzione tra legislazione diretta ed indiretta⁹⁹. *Nudge* e legislazione indiretta presentano senza dubbio diversi punti di contatto¹⁰⁰: 1) la ricerca di strumenti governativi alternativi che risultino efficaci; 2) l'attenzione all'argomento psicologico per spiegare i *bias* che colpiscono gli individui nel processo di decisione; 3) l'importanza che viene data allo studio del contesto e dell'ambiente in cui il soggetto si trova ad agire. Inoltre, lo scopo finale sia del *nudging* che della legislazione indiretta è sempre quello di raggiungere il benessere dell'individuo sottoposto all'azione regolatrice. È evidente che *nudging* e legislazione indiretta presentano anche delle differenze: ritengo, però, non si debbano considerare differenze in senso stretto ma piuttosto elementi che fanno pensare ad un rapporto tra un insieme e un sottoinsieme.

La legislazione indiretta deve contrastare delinquenza e malgoverno, mentre Sunstein e Thaler mirano principalmente a correggere l'irrazionalità delle scelte dei soggetti decisorii e delle loro scelte individuali¹⁰¹. In altre parole, sembra che la legislazione indiretta cerchi perlopiù di impedire alle persone di farsi del male a vicenda, mentre i paternalisti libertari sono più concentrati ad impedirci di danneggiare noi stessi. Entrambi gli strumenti, però, mirano senza dubbio ad aumentare il benessere del maggior numero di persone possibili (in fondo contrastare delinquenza e malgoverno indirettamente aumenta anche i benesseri individuali oltre che portano vantaggi in termini collettivi).

⁹⁹ Si vedano S. ENGELMANN, 'Indirect Legislation': Bentham's Liberal Government, in *Polity*, 35, 2003, 3, pp. 369-388, in part. p. 372 ss.; *Beyond Foucault. New Perspectives on Bentham's Panopticon*, a cura di A. BRUNON-ERNST, Ashgate, Aldershot, 2012; A. BRUNON-ERNST, *Utilitarian Biopolitics: Bentham, Foucault and Modern Power*, Chatto and Pickering, London, 2012.

¹⁰⁰ M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., p. 232 ss.

¹⁰¹ S. ENGELMANN, *Nudging Bentham*, cit., p. 71.

In quanto teorico di una vera e propria complessa ‘arte di governo’, Bentham è consapevole che la legislazione indiretta non può sostituirsi completamente a quella diretta, che rimane sempre la forma principale di legislazione. La legislazione indiretta, infatti, necessita del sostegno di un’amministrazione efficiente, di una buona educazione civica e di un’etica privata. Questa vasta arte di governo, che si propone di essere totalizzante e di coinvolgere tutti gli aspetti della vita e del funzionamento del sistema statale, sembra poter accogliere in effetti senza difficoltà anche il *nudging*, integrandolo nel suo ampio ingranaggio. Tuttavia, è importante ricordare che il concetto di legislazione indiretta non è di facile definizione. Nelle opere di Bentham non si trova una definizione chiara e diretta di tale concetto; essa deve essere piuttosto estrapolata dal confronto con la legislazione diretta, che, al contrario, Bentham descrive più volte in modo preciso¹⁰². Un primo inquadramento della legislazione indiretta ci viene fornito da una definizione ‘negativa’, che la distingue dalla legislazione diretta, senza definirla esplicitamente, ma suggerendo che essa agisca per influenzare i comportamenti senza l’imposizione diretta di leggi.

Mentre la legislazione diretta è intesa a combattere la delinquenza attraverso l’uso della legge, di sanzioni e proibizioni,

[A]l capitolo della legislazione indiretta può essere ricondotta qualsiasi altra cosa possa essere fatta nella modalità della legge e al servizio dello stesso fine¹⁰³.

In un’altra occasione Bentham ricorre ad un’emblematica metafora che rende il concetto immediatamente percepibile:

¹⁰² La raccolta del complesso delle opere benthamiane è il risultato di un difficile e dispendioso lavoro di riunificazione, ancora in corso, messo in atto dal *Bentham Project*, che ha l’obiettivo di pubblicare l’opera di Bentham, in gran parte inedita e redatta in due lingue differenti (inglese e francese) nella sua interezza.

¹⁰³ J. BENTHAM, *Indirect Legislation*, in *Bentham Project transcript of “Indirect Legislation”*, UC, lxxxvii. 2-3.

Nel primo caso, la legislazione diretta, [il sovrano] punta direttamente all'obiettivo (*mark*), attacca frontalmente e direttamente il danno (*mischief*): nella legislazione indiretta, egli lo attacca attraverso approcci obliqui e scarsamente percepibili: nel primo caso, si forza di portare il suo piano (*point*) quasi alla battaglia (*storm*), nell'altro caso allo sfimento (*sap*)¹⁰⁴.

E ancora:

Nella legislazione diretta, il legislatore indossa la sua armatura di terrore artificiale e si fa avanti scopertamente: nella indiretta egli tesse la sua tela con fili impercettibili, tenendosi dietro la quinta¹⁰⁵.

Definizioni, dunque, molto simili a quelle di *nudge* e di *nudger*. Bozzo-Rey ci fornisce una definizione di legislazione indiretta che può risultare soddisfacente, concependola come

qualsiasi tentativo da parte del legislatore di influenzare la condotta altrui senza l'uso diretto di sanzioni giuridiche, quali mezzi primari di regolazione, in caso di non conformità¹⁰⁶.

Stando alla definizione di Bozzo-Rey, la vicinanza della legislazione indiretta al *nudge* e al paternalismo è indubbia. È, dunque, forse nel contesto dell'utilitarismo benthamiano e grazie al concetto di legislazione indiretta che il *nudge* può ritrovare quel presupposto fondante, che lo distanzia certamente dal paternalismo, ma che può donare alla teoria delle spinte gentili una coerenza normativa e giuridica di cui, secondo parte della critica, è carente?

Per Bentham, benessere e utilità sono i punti di riferimento che i governanti devono necessariamente tenere in considerazione nel momento in cui vogliono indirizzare i consociati verso specifici-

¹⁰⁴ J. BENTHAM, *Indirect Legislation*, cit., UC lxxxvii. 3.

¹⁰⁵ J. BENTHAM, *Indirect Legislation*, cit., UC xcvi. 257.

¹⁰⁶ M. BOZZO-REY, *Indirect Legislation: It Is Just a Question of Time*, cit., p. 107.

ci comportamenti: il fine di qualsiasi azione di governo deve sempre rimanere il raggiungimento della maggior felicità possibile per la comunità¹⁰⁷. Se *prima facie*, il nesso tra la funzione pubblica del *nudge* e l'*utility* benthamiana non appare evidente, ogni dubbio sul tema viene, invece, fugato nel momento in cui Bentham, nei suoi *Traité de législation civile et pénale*, si riferisce esplicitamente alla maggiore efficacia che avrebbe, nella regolazione delle condotte dei cittadini, la legislazione indiretta rispetto alla legislazione diretta¹⁰⁸, esternando il suo rammarico per il loro scarso utilizzo pratico¹⁰⁹.

Allo stesso modo in cui Sunstein e Thaler sostengono la mitezza e l'efficacia delle spinte gentili, Bentham ritiene che certi interventi indiretti possano riuscire dove i mezzi diretti e coercitivi potrebbero fallire¹¹⁰, fornendo al legislatore o, nel caso del *nudge*, all'architetto della scelta, strumenti efficaci per influenzare e controllare i comportamenti degli individui. Tuttavia, non è facile fare ordine e dare una collocazione chiara al vasto insieme di mezzi indiretti, poiché ricondurre a questo gruppo le molteplici «forme non giuridiche di controllo» teorizzate da Bentham risulta complesso, così come non è facile inquadrare giuridicamente e catalogare tutte le possibili forme di controllo che il *nudge* può esercitare. Il «qualsiasi altra cosa»¹¹¹ utilizzato da Bentham nella definizione negativa della legislazione indiretta rende difficoltosa una catalogazione univoca di questi mezzi, proprio come accade per le varie accezioni del *nudge*. Forse, in effetti, è proprio questa eterogeneità e malleabilità degli strumenti che rende il concetto di legislazione indiretta così affine a quello del *nudge*. Senza dubbio, a unire *nudge* e legislazione indiretta è la consapevolezza, condivisa sia da Bentham

¹⁰⁷ J. BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, UTET, Torino, 1998 (ed. ing. *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789), pp. 90-91.

¹⁰⁸ J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, rest. an. dell'edizione del 1802, Dalloz, Paris, 2010, p. 136.

¹⁰⁹ J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, cit., p. 332.

¹¹⁰ J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, cit., p. 332.

¹¹¹ J. BENTHAM, *Indirect Legislation*, cit., UC, lxxxvii. 2-3.

che da Sunstein e Thaler, che esiste un ambito, relativo all'etica, al comportamento individuale e collettivo e alle scelte quotidiane dell'individuo, in cui il potere sanzionatorio del legislatore non riesce né può intervenire, e dove, quindi, dovrebbe emergere un tipo di legislazione indiretta, più compatibile con i desideri e il benessere degli individui.

Pur con differenze e caratteristiche divergenti dovute principalmente al differente contesto storico, la conoscenza scientifica della ragione umana, conoscenza utile a influenzare al meglio la condotta degli individui, è certamente alla base di entrambe le teorie. Così come non si potrebbe parlare di una vera 'arte del governo' utilitaristica per Bentham, allo stesso modo non si potrebbe predisporre un'architettura delle scelte efficace per il *nudge*, senza il sostegno di una base scientifica che illustri come lavora la psicologia umana e come agire su di essa. Tuttavia, l'essere umano descritto dalla teoria utilitaristica appare un essere più vicino alla figura degli *Econs* più che a quella degli *Humans*, fornendoci, dunque, un'immagine dell'agente decisore diametralmente opposta a quella che ci restituiscono le scienze comportamentali.

La teoria benthamiana della scelta razionale appare a prima vista alquanto lontana dai presupposti teorici del *nudging* che si basano sul concetto di razionalità limitata. Entrambe le teorie – quella della scelta razionale e quella della razionalità limitata – si basano, però, sull'incisività degli errori sistematici della razionalità, che hanno effetti diretti sul giudizio e sulla decisione dei soggetti, ma anche sulla certezza che questi percorsi cognitivi difettosi possano essere corretti e migliorati grazie ad un loro intervento. I numerosi caratteri comuni tra le due teorie rendono, dunque, l'accostamento tra l'utilitarismo benthamiano e il paternalismo libertario del *nudge* degno di attenzione e ulteriore analisi.

Sempre dall'utilitarismo, inoltre, giungono altre importanti critiche che potrebbero minare direttamente l'essenza libertaria-liberale del paternalismo del *nudge*.

La critica che emerge dalle idee di Mill si fonda su uno dei presupposti principali, e molto discussi, delle teorie liberali: il celebre

«argomento epistemico». Se per Sunstein gli esseri umani non sono in grado, se lasciati liberi, di trovare la via giusta per sviluppare il proprio benessere autonomamente, a causa delle distorsioni e dei *bias cognitivi*, per Mill non esiste soggetto migliore dell'individuo stesso per perseguire il proprio benessere, poiché solo questi, in effetti, è consapevole dei propri desideri e necessità, come nessun altro soggetto esterno potrebbe esserlo. Per Mill, nessun funzionario pubblico, nessun *nudger*, quindi, può possedere una conoscenza più precisa e adeguata del soggetto decisore rispetto allo stesso individuo. Un intervento paternalistico da parte di un funzionario, che basa le proprie scelte su una situazione carente di informazioni, corre il rischio di risultare inutile, inefficace o addirittura dannoso¹¹². Una delle idee centrali nel pensiero di Mill, come già accennato, è proprio quella secondo cui, se lasciati liberi di fare le proprie scelte, gli individui sono i migliori artefici del proprio benessere, in quanto capaci di trovare le strade più adatte per loro stessi¹¹³.

I paternalisti libertari rifuggono dall'idea che i 'pungoli' del loro particolare paternalismo vadano ad intaccare la sfera personale dei fini e degli scopi che l'individuo vuole ottenere: i pungoli dovrebbero esclusivamente fungere da mezzi utili per raggiungere tali fini. Le persone 'vogliono' mangiare cibi sani ma 'non ci riescono'. Il pungolo, in teoria, agisce sul mezzo non sul fine¹¹⁴. Richiamate queste premesse, è interessante notare che anche nel liberalismo di Mill, in qualche occasione eccezionale, l'intervento di agenti esterni può essere giustificato per orientare i soggetti e le loro decisioni distorte dagli stimoli provenienti dall'ambiente, che possono causare situazioni di svantaggio e pericolo. Celebre è l'«esempio del ponte»¹¹⁵: si-

¹¹² J.S. MILL, *La libertà*, in ID., *La libertà, L'utilitarismo, L'asservimento delle donne*, Rizzoli, Milano, 1999, pp. 149-151.

¹¹³ J.S. MILL, *La libertà*, cit., p. 151.

¹¹⁴ Questa tesi cara a Sunstein e Thaler è stata criticata da numerosi autori. Stabilire che le preferenze dei *nudges* in realtà sono le stesse dei *nudger* non è così evidentemente come prospettano Sunstein e Thaler. Sul tema delle preferenze si veda paragrafo precedente.

¹¹⁵ J.S. MILL, *La libertà*, cit., p. 200.

tuazione ipotetica descritta da Mill, nella quale una persona si ritrova ad attraversare un ponte ignaro che questo sia pericolante.

Mill ipotizza la presenza di un'autorità pubblica che, trovandosi di fronte a un viandante in procinto di attraversare un ponte pericolante, deve decidere se intervenire coercitivamente per proteggerlo. L'intervento, tuttavia, è giustificabile solo se si verificano tre condizioni: 1) l'ufficiale deve avere la certezza della pericolosità del ponte; 2) non deve esserci tempo sufficiente per avvisare il viandante del rischio; 3) nonostante l'intervento paternalistico, la persona deve comunque poter ottenere ciò che desidera. Sunstein riprende questa eccezione per legittimare l'uso delle spinte gentili, sostenendo che, quando il fattore tempo non è determinante, l'ignoranza del soggetto e la sua inconsapevolezza delle conseguenze delle proprie azioni possono giustificare un intervento. Secondo questa logica, il *nudging* serve a colmare i deficit cognitivi senza imporre restrizioni dirette, garantendo comunque il benessere degli individui «secondo il giudizio di questi ultimi». Estendendo questo principio, Sunstein amplia così «la portata dell'eccezione del ponte fino a renderla valida per la maggior parte delle situazioni di scelta»¹¹⁶, rendendola applicabile a un'ampia gamma di situazioni decisionali.

Il tentativo di giustificare il *nudge* nel contesto del liberalismo, però, potrebbe non convincere del tutto. Mill, infatti, considera fondamentale la ‘certezza’ per giustificare un intervento paternalistico. Nel caso del ponte, il pericolo deve essere certo, e l'intervento del funzionario deve essere basato su questa certezza. Se c'è tempo, un avvertimento sarebbe la scelta più liberale, permettendo all'individuo di decidere autonomamente. Al contrario, il *nudge*, con il suo carattere manipolatorio, cerca di influenzare la scelta dell'individuo, violando così almeno due delle condizioni imposte da Mill per superare il ‘test di liberalità’.

Nella pianificazione ‘a tavolino’ del *nudger* potrebbero mancare, nella maggioranza dei casi, le condizioni di emergenza e urgenza che, per Mill, giustificano l'intervento. Inoltre, valutando l'ipotesi

¹¹⁶ M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., p.164.

in cui il soggetto salvato dal pubblico ufficiale con l'uso della forza, non volesse essere salvato e protestasse per tale intervento perché nei suoi desideri vi era quello di provare, ad esempio, l'ebrezza del rischio, questi avrebbe la libertà di farlo, perché consci di quanto successo e delle limitazioni che sono state imposte alla sua 'libertà di scelta'. Il che, nel caso della spinta gentile del *nudge*, non sarebbe in realtà possibile: si pensi al lavoro dietro le quinte che svolge una semplice regola di *default*, che con la sua azione invisibile agisce sulle convinzioni delle persone e ne influenza le condotte senza che esse possano accorgersene. In conclusione, il *nudge* non può essere liberale-libertario in senso stretto secondo la concezione di Mill, in quanto non concederebbe al soggetto nemmeno la libertà di ribellarsi all'intervento paternalistico. Ma sull'esempio del ponte tornerò nelle prossime pagine. Ora è necessario soffermarsi sul (presunto) carattere manipolatorio del *nudge* per capire se e come proprio questa sua sfumatura sottilmente manipolatoria può essere utile al legislatore nel limitare il potere di influenza degli attori privati che operano *online*.

2.2. *Oltre la manipolazione: le 'strategie di awakening' come strategie per limitare il potere manipolatorio degli attori privati*

Uno dei profili critici più dibattuti del *nudge* è quello relativo al sospetto che esso cela un intento manipolatorio. Per cercare di chiarire questo argomento, ritengo fondamentale fare riferimento al pensiero di Galletti¹¹⁷. Galletti, per formulare la sua critica, utilizza l'esempio della *Cafeteria*¹¹⁸, rielaborandone, però, alcuni dettagli.

La mensa scolastica diventa un ristorante *self-service* popolato da persone adulte, dove Carolyn, la proprietaria, su consiglio di un amico esperto, sistema in modo diverso le portate del menù, collo-

¹¹⁷ M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., p. 111.

¹¹⁸ Si veda il capitolo 1.

cando in punti strategici i piatti che desidera vendere di più, senza però cambiare o modificare i cibi che solitamente cucina. Secondo Galletti, questo cambio di paradigma è fondamentale per indagare sulla natura manipolatoria del *nudge*, perché fare *nudging* sui bambini non presenta le stesse criticità che si presentano quando viene utilizzato con un soggetto adulto, cosciente di sé ed autonomo.

Ma torniamo alla mensa di Carolyn. Carolyn desidera sì vendere di più alcuni prodotti rispetto ad altri ma nel migliore interesse dei suoi clienti. Nel caso proposto da Galletti, infatti, Carolyn è mossa dal desiderio di salvaguardare la loro salute e si limita a sfruttare le caratteristiche dell'architettura da lei formata per dare maggiore salienza ai piatti da lei scelti come ‘più sani’, sfruttando l’inerzia delle persone, ma lasciando sempre la possibilità di scegliere altrimenti, secondo i gusti di ognuno. Per quanto sia vero che pare difficile considerare questo un intervento in qualche modo coercitivo¹¹⁹, è altrettanto veritiero che l’intervento di Carolyn può apparire in un certo senso manipolatorio.

In tutte le definizioni di *nudge* date da Sunstein negli anni¹²⁰, un minimo comun denominatore si ritrova sempre: la centralità della libertà, che garantirebbe agli individui la possibilità di sottrarsi all’azione delle spinte gentili. Ma questa libertà non sembra sempre garantita da tutti i tipi di spinta gentile che il panorama del paternalismo libertario ci offre. Dubbi sorgono, per esempio, riguardo a quelle spinte che sfruttano esplicitamente i difetti cognitivi degli individui, dall’inerzia all’effetto *framing*. Oltre a questo genere di spinte, però, Sunstein e Thaler presentano anche altri tipi di *nudge*, che sembrano essere caratterizzati da una differente natura. Mi riferisco, ad esempio, alle strategie di autocontrollo che può attivare l’individuo stesso per aiutarsi ad auto-gestirsi, strategie che lo aiutano a frenare vari tipi di distorsioni grazie all’utilizzo di *boost* cognitivi. Queste ‘spinte gentili educative’ si concen-

¹¹⁹ T. GOODWIN, *Why We Should Reject ‘Nudge’*, in *Politics*, 32, 2012, 2, p. 89.

¹²⁰ R. H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, cit., p. 12; C.R. SUNSTEIN, *Effetto nudge*, cit., p. 13; C.R. SUNSTEIN, *The Ethics of Influence*, cit., p. 5.

trano, infatti, non sullo sfruttamento dei *bias*, ma sull'informare i soggetti in modo da emanciparli dai loro limiti cognitivi. In poche parole, esistono spinte che si limitano esclusivamente a sfruttare il Sistema 1 (*nudging* in senso stretto) e spinte che, invece, putano a risvegliare il Sistema 2 (*boosting*). È chiaro che tecniche di *boosting*, che mirano a potenziare le capacità cognitive dei soggetti, difficilmente potranno essere considerate manipolatorie. L'accusa di manipolazione, quindi, ricade su quelle spinte che sfruttano il Sistema 1 e i limiti cognitivi degli individui, senza alcun tipo di intento emancipativo degli stessi. Peraltro, proprio su questo tema è interessante notare che durante l'*honorary lecture*¹²¹ dal titolo *Nudge: Past, Present, Future* tenutasi presso l'Università "Luiss" di Roma il 22 gennaio 2025, Sunstein, in persona, ha ribadito che la riduzione duale dei nostri processi cognitivi in Sistema 1 e Sistema 2 è, appunto, una semplificazione concettuale e che non è vero che un *nudge* per funzionare efficacemente deve esclusivamente 'sfruttare' i limiti cognitivi del Sistema 1. Anzi, il *nudge* parla anche al nostro Sistema raziocinante proprio perché, in effetti, agisce, o dovrebbe agire, su tutti i nostri meccanismi di ragionamento.

Ma torniamo alla manipolazione. Urge assumere una definizione precisa di 'manipolazione' per proseguire in questa analisi. Secondo il senso comune, la parola manipolazione è permeata da significati negativi, moralmente condannabili: la manipolazione sembra collocarsi a metà strada tra la persuasione consapevole e la coercizione. Il soggetto manipolatore, infatti, non fa uso della forza nel suo atto di convincimento, ma usa mezzi subdoli per i suoi fini: sono questi mezzi subdoli che rendono il suo intervento condannabile. Tuttavia, è lecito affermare che non tutti gli atti manipolatori sono condannabili *in toto*. Secondo una teoria molto diffusa¹²²

¹²¹ C.R. SUNSTEIN, *Honorary lecture. Nudge: Past, Present, Future*, Università "Luiss", Roma, 22 gennaio 2025.

¹²² Per varie formulazioni di questa teoria, si vedano: J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 377-378; J.S. BLUMENTHAL-BAR-

chi manipola influenza il comportamento di qualcuno grazie all'interferenza con le sue capacità razionali, dove per 'interferenza' si intende l'aggiramento o l'impedimento di queste capacità. In sostanza, A manipola B quando riesce ad ottenere da B un comportamento impedendo a B di esercitare la sua capacità di riflettere sulle ragioni che si hanno per compiere una certa azione¹²³.

Questa caratterizzazione potrebbe ben descrivere gli effetti che le spinte gentili hanno sul Sistema 1, quando agiscono in modo da impedire che venga utilizzato il Sistema 2, sede delle capacità razionali dell'individuo.

Sunstein stesso accetta che vengano mossi sospetti di manipolazione, ma a patto che si adotti una concezione 'gradualistica' che permetta di separare gli interventi di *nudging* palesemente a rischio di manipolazione in senso stretto (e quindi da condannare) da quelli meno soggetti a tale rischio (e quindi sostenibili), senza generalizzare. Il problema del carattere manipolatorio della spinta, però, sembra non potersi risolvere appellandosi unicamente ad una sua presunta gradualità. È più importante chiarire che, se l'intervento di *nudging* e i suoi scopi mirano ad un benessere idealizzato, non conforme con l'idea di benessere che gli individui stessi hanno, allora il pericolo di trovarsi davanti a spinte gentili manipolatorie è evidente, perché si assiste ad una deviazione dei desideri delle persone senza che essi se ne possano accorgere. Se, al contrario, le spinte gentili tendono alla realizzazione del benessere che le persone percepiscono come proprio, allora le accuse di manipolazione, in parte, cadrebbero o diventerebbero, da un certo punto di vista, non così rilevanti. Ma, come già rilevato, è alquanto difficile stabilire quale idea di benessere si pone alla base di un'azione di *nudging*. Sunstein e Thaler propongono l'accettazione di un concetto di benessere basato su criteri statistici ma non è sempre detto che le preferenze della maggioranza corrispondano a quelle del

by, H. BURROUGHS, *Seeking Better Health Care Outcomes: The Ethics of Using the Nudge*, in *American Journal of Bioethics*, 12, 2012, 2, pp. 1-10.

¹²³ M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., p. 120.

singolo soggetto che subisce l'azione di *nudging*. Il che rende molto complicato utilizzare il criterio della corrispondenza tra desiderio del *nudger* e desiderio del *nudgee* per stabilire se l'azione di *nudging* è manipolatoria, caso per caso. La ricerca di una risposta alla domanda se e quando il *nudging* può considerarsi manipolatorio deve, dunque, dirigersi altrove.

Il concetto di manipolazione è spesso e volentieri accostato a quello di inganno¹²⁴. Spesso, chi mette in atto una manipolazione non tiene conto del modo in cui la persona manipolata (o ingannata) percepisce ciò che gli sta accadendo. Stando a questa definizione, nei casi in cui il *nudge* faccia un uso improprio dei propri mezzi di influenza e di persuasione per modificare le scelte degli individui, instillandogli false credenze attraverso le sollecitazioni tipiche delle spinte gentili, è probabile che questo tipo di *nudging* possa ricadere nella manipolazione. Il vero problema, quindi, non sembra insistere sull'influenza in sé, ma sul fatto che, nell'atto di influenzare, vengano modificate le preferenze e le credenze dei soggetti, inibendone le capacità deliberative e cognitive. Nel momento in cui l'azione di *nudging* rischia di indebolire il soggetto e le sue capacità, questa azione assume, quindi, un carattere inevitabilmente manipolatorio. È chiaro che un *nudging* di questo tipo non potrebbe essere utilizzato dallo Stato, il cui fine dovrebbe essere quello di potenziare, o quantomeno tutelare, le capacità, l'autonomia e l'autodeterminazione dei suoi consociati.

Alla luce di ciò, una spinta risulta manipolatoria

nel momento in cui chi la subisce è indotto, senza che ne sia consapevole, a scegliere e agire tramite un inganno che instilla credenze, desi-

¹²⁴ R. NOGGLE, *Manipulative Actions: A Conceptual and Moral Analysis*, in *American Philosophical Quarterly*, 33, 2006, 1, pp. 43-55; R. NOGGLE, *The Ethics of Manipulation*, in in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, a cura di N. ZALTA, 2018 (<https://plato.stanford.edu/>). Si veda anche: C.R. SUNSTEIN, *The Ethics of Influence*, cit., pp. 88-89.

deri o emozioni ‘difettosi’ o lo induce ad agire per ragioni che non riconosce¹²⁵.

Diversi fattori, dunque, devono essere presi in considerazione nel momento in cui si cerca di valutare se condannare un *nudge* per la sua azione manipolatoria. Siccome è l’autonomia degli individui il valore che è maggiormente messo a repentaglio dalle manipolazioni, dovrà esserci un’attenzione specifica, da parte dei *nudger*, nei confronti dei singoli soggetti, al fine di rispettare la loro autonomia. Secondo Sunstein, ciò si otterrebbe come risultato delle già citate ‘spinte educative’, che, inoltre, fornirebbero agli individui quel *boost* che rinforzerebbe la loro capacità di rendersi autonomi nella scelta, dotandoli di informazioni e migliorandone le capacità cognitive.

Ma non tutti i *nudge* funzionano come spinte educative. Certe spinte gentili, infatti, non rispettano allo stesso modo l’autonomia dei soggetti e risultano manipolatorie. Ciò accade 1) quando le spinte non permettono agli individui di formarsi autonomamente una ragione per seguire l’indirizzo dato dalla spinta; 2) quando le spinte sfruttano i difetti cognitivi e le loro distorsioni per attrarre l’attenzione su informazioni fuorvianti; 3) quando le spinte stimolano emozioni nel soggetto al solo scopo di renderlo vulnerabile e propenso a compiere una determinata scelta.

Una soluzione per indebolire e contrastare il carattere manipolatorio delle spinte può essere trovata nell’eliminazione della loro ‘secretezza’. Secondo lo stesso Sunstein, trasparenza e pubblicità potrebbero attenuare o eliminare gli effetti manipolatori del *nudge*, rendendo gli individui più partecipi e consapevoli dell’influenza che stanno subendo e del perché. Se per il paternalista libertario l’assenza di consapevolezza dell’individuo appare come un elemento insostituibile per l’efficacia della spinta gentile, allo stesso tempo questa assenza di consapevolezza attira importanti critiche circa l’effetto manipolatorio di tali tecniche. Quello che anche Sunstein,

¹²⁵ M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., p.128.

quindi, propone è l'adozione di un «principio di pubblicità» che allontani una volta per tutte le ombre di un'azione manipolatoria dal *nudge* impedendo che quest'ultimo possa essere usato dai c.d. *bad-nudger*, gli architetti dalle cattive intenzioni, per i loro scopi. Sunstein sostiene, inoltre, un particolare principio consistente nel «vieta[re] ai governi di scegliere una politica che non sarebbero disposti o capaci di difendere in pubblico davanti ai loro cittadini»¹²⁶.

Tuttavia, se è vero che non in tutte le situazioni che presentano un'assenza di trasparenza ci siano i presupposti di una condanna morale, è vero anche, al contrario, che la presenza di trasparenza non è sinonimo certo di assenza di manipolazione. Il principio di pubblicità sostenuto da Sunstein sembra, quindi, quasi un *escamotage*, un espediente creato per tentare di far tacere, una volta per tutte, le critiche sul *nudge* e sulla sua presunta natura manipolatoria. Per Galletti, invece, non c'è via di scampo: i paternalisti libertari devono schierarsi:

o scelgono mezzi non manipolatori, a rischio di rendere più onerosa e costosa la scelta per l'individuo, o scelgono interventi più manipolatori che garantiscono maggiore efficienza ed economia, ma corrono il rischio di essere moralmente discutibili¹²⁷.

Riassumendo, il *nudge* rischia di essere intrinsecamente manipolatorio, o meglio: il *nudge* per sua stessa natura non è trasparente nei mezzi. È per questo motivo che strumenti come il *nudge* devono essere utilizzati esclusivamente quando la 'legge diretta' non è efficace e comunque devono essere accompagnati da politiche educative adatte ad emancipare il mio possibile gli agenti decisorii dai loro limiti cognitivi.

Abbiamo visto che il *nudging* è uno strumento che può essere annoverato tra gli strumenti giuridici *law-like* e, in modo altrettanto plausibile, considerato alla stregua della 'legge indire-

¹²⁶ R. H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, cit., p. 238.

¹²⁷ M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., p.142.

ta' di Bentham: esso dovrebbe, dunque, rimanere un mero ausilio, seppur fondamentale, al diritto tradizionale, in tutti quei contesti in cui i circuiti giuridici classici risultano in parte inefficienti. Uno di questi contesti è proprio il mondo digitale. L'individuo che si interfaccia costantemente con le piattaforme *online* fatica ad utilizzarle, in quel contesto, il suo Sistema 2 perché il *design* stesso delle piattaforme è appositamente architettato per parlare al Sistema 1 degli utenti in modo da permettere l'intero funzionamento del ciclo economico alla base del mercato del *Web*. In questo ambiente, il risveglio del Sistema 2 dell'utente è molto difficile, proprio a causa delle tecniche che vengono utilizzate dagli agenti privati che operano *online* con precisi intenti manipolatori. Solo uno strumento, quindi, che parli direttamente al Sistema 1 può essere efficiente a contro-manipolare gli utenti, tutelandoli dalle insidie dei capitalisti della sorveglianza. Non dovremmo, quindi, domandarci tanto se il *nudging* è davvero manipolatorio, quanto piuttosto se la sua capacità manipolatoria è utile a contrastare, ad armi pari, la manipolazione degli attori privati che si servono di tecniche di influenza comportamentale non preoccupandosi degli innumerevoli danni collaterali¹²⁸.

L'individuo, infatti, che interagisce costantemente con le piattaforme *online* si trova in un contesto dove il suo Sistema 2, quello più razionale, lento e analitico, è spesso messo da parte. Questo accade perché le piattaforme digitali sono progettate per attivare il solo Sistema 1, impulsivo, veloce e automatico, che risponde in modo istantaneo agli stimoli visivi, alle notifiche e ai suggerimenti personalizzati che popolano le interfacce. La prevalenza del Sistema 1, infatti, è ciò che permette il funzionamento dell'intero ciclo economico del *Web*: gli utenti sono spinti a consumare contenuti, cliccare su annunci, e proseguire nel flusso di azioni senza riflettere, alimentando così il mercato dei dati e della pubblicità mirata. Il contesto digitale odierno rende estremamente difficile il 'risveglio' del Sistema 2, poiché i *design* persuasivi e le interfacce ad alta sti-

¹²⁸ Si veda *supra*, capitolo 2.

molazione sono studiati proprio per catturare l'attenzione e mantenere l'utente in uno stato di risposta automatica. Lo *scroll* infinito, le notifiche continue e i contenuti consigliati sfruttano principi di psicologia cognitiva per mantenere l'utente coinvolto, impedendogli di fare pause riflessive. In queste condizioni, il Sistema 2, che richiede uno sforzo cognitivo maggiore, è disincentivato, poiché l'ambiente stesso è costruito per favorire scelte rapide e spesso irrazionali. Inoltre, il Sistema 1 è particolarmente vulnerabile a *bias* come l'effetto di conferma, il *loss aversion* (paura di perdere qualcosa), o il *social proof* (il vedere cosa fanno gli altri), che sono esattamente i meccanismi su cui gli agenti privati fanno leva per mantenere l'utente attivo e 'ingaggiato'. In un ambiente così influenzato da tecniche manipolatorie, emerge la necessità di strumenti che siano in grado di contrastare l'influenza delle piattaforme, parlando direttamente al Sistema 1 dell'utente. È qui che il *nudging* può entrare in gioco come un intervento che, sfruttando le stesse tecniche, ma per scopi protettivi, può aiutare l'utente a compiere scelte più consapevoli o, almeno, a evitare le trappole cognitive progettate dai capitalisti della sorveglianza. Ad esempio, un *nudge* che rallenti il flusso di notifiche o che presenti una conferma prima di proseguire con azioni impulsive potrebbe rappresentare una barriera protettiva contro l'influenza manipolatoria delle piattaforme. Piuttosto che chiedersi se il *nudging* sia o meno manipolatorio, quindi, dovremmo riflettere appunto sul fatto che, in un contesto digitale dove l'utente è esposto a continui tentativi di manipolazione da parte di attori privati, il *nudging* potrebbe essere una forma di difesa necessaria. Se l'intero mercato digitale è ormai orientato a sfruttare le vulnerabilità cognitive del Sistema 1, per tutelare realmente l'utente, è logico ricorrere a interventi che utilizzino tecniche simili, con finalità però di tutela e non di sfruttamento economico. Questo tipo di *nudging* 'protettivo' agisce ad armi pari contro la manipolazione privata, permettendo all'utente di recuperare, anche se parzialmente, un controllo consapevole sulle proprie scelte. Mentre il *nudging* 'statale' viene spesso criticato per la sua natura potenzialmente manipolatoria, si tiene poco conto, invece, dei danni col-

laterali provocati dalla manipolazione operata dagli attori privati: l'utilizzo continuo di tecniche di *engagement*, come la *gamification* o l'uso di notifiche personalizzate, può aumentare l'ansia, ridurre l'attenzione e perfino compromettere il benessere psicologico degli utenti. A differenza delle piattaforme private, un *nudging* regolato dallo Stato ha potenzialmente un obiettivo responsabile: proteggere l'utente senza danneggiare la sua autonomia. Il *nudging* in un contesto digitale, dunque, si propone come una forma di intervento che, se progettata con obiettivi di tutela e trasparenza, potrebbe rappresentare una difesa etica contro l'eccessiva manipolazione comportamentale operata dagli agenti privati. Questo tipo di *nudging* non cerca di forzare le decisioni dell'utente, ma di 'ricostruire' l'ambiente digitale per ridurre la vulnerabilità a strategie intrusive e insidiose. In tal senso, l'obiettivo del *nudging* non è solo quello di indirizzare l'utente verso scelte ottimali, ma di farlo in modo da restaurare uno spazio di consapevolezza e riflessione che il *design* delle piattaforme spesso riduce.

Alla luce di queste considerazioni, appare chiaro che la domanda fondamentale non è se il *nudging* sia manipolatorio in sé, ma se il suo potenziale manipolatorio possa essere usato per bilanciare le strategie aggressive degli attori privati. In un contesto dominato dalla 'cattura' del Sistema 1 per fini di profitto, il *nudging* regolato può rappresentare una contromisura indispensabile per restituire all'individuo almeno una parte del controllo sulle proprie scelte. In questo modo, il *nudging* può funzionare non solo come uno strumento di influenza, ma come una vera e propria politica di 'protezione cognitiva', che mira a salvaguardare l'autonomia e la dignità degli utenti nell'era della sorveglianza digitale.

Specifiche tecniche di *nudging*, associate a politiche equalitarie di educazione e istruzione dei cittadini sulle tecniche di influenza del comportamento, potrebbero, infatti, diventare vere e proprie 'strategie di *awakening*' finalizzate a tutelare i cittadini nel momento in cui si interfacciano con le piattaforme. Lo stesso Bentham auspica, insieme all'utilizzo della legislazione indiretta, l'adozione di specifiche politiche di educazione dei cittadini. Il rischio, infatti,

che il *nudging* può portare con sé è quello dell’infantilizzazione del *nudgee*. Per evitare che ciò avvenga il suo utilizzo dovrebbe, da una parte, essere circoscritto a quei contesti in cui, per motivi di tempo e di opportunità, non si può fare altrimenti; dall’altra parte, tecniche di *nudging* dovrebbero essere sempre coadiuvate da politiche di educazione ed emancipazione dei *nudgee*. Quando l’individuo non può essere ragionevolmente a conoscenza di tutte le informazioni che dovrebbe conoscere per compiere una scelta effettivamente informata ed autonoma, allora per il *nudger* è il momento di intervenire. Riprendendo l’esempio del ponte di Mill: se non c’è tempo e modo di avvisare il passante che il ponte è pericolante, allora il pubblico ufficiale può e deve intervenire per fermarlo¹²⁹. Lo stesso accade durante la quotidiana navigazione sulle piattaforme *online*, per ognuno di noi. Ogni volta che, dovendo scegliere se cliccare sul pulsante ‘Accetta tutti i *cookies*’ o ‘Accetta solo i *cookies* necessari’ non abbiamo tempo per capire cosa stiamo accettando né abbiamo tutte le informazioni a disposizione per capirlo, ci serve uno strumento che parli direttamente al nostro Sistema 1, che ci risvegli e ci punzogli a scegliere il pulsante ‘Accetta solo i *cookies* necessari’. Il *design* di quasi tutti i siti *Web* attualmente *online* è progettato, invece, in modo che siamo spinti a cliccare il pulsante per noi meno vantaggioso, quello di ‘Accetta tutti i *cookies*’, ‘Consenti l’uso del microfono anche quando l’*app* è spenta’, ‘Consenti l’uso della fotocamera’, e molti altri simili. Per Rossi¹³⁰, questo *design* non è etico e ci porta a compiere la scelta sbagliata per la nostra *privacy* e il nostro benessere digitale. Rossi propone di agire direttamente sul *design* stesso delle piattaforme al fine di renderlo un’architettura delle scelte il più possibile neutra ed etica. Questo tipo di intervento sarebbe idoneo a contro-manipolare gli utenti, influenzandoli verso una scelta più

¹²⁹ Secondo Tuzet il paternalismo libertario è compatibile con il principio del danno (G. TUZET, *Nudge, paternalismo e principio del danno. Nota su un libro di Cass Sunstein*, in *Ragion pratica*, 53, 2019, pp. 637-657).

¹³⁰ A. ROSSI, R. DUCATO, H. HAAPIO, S. PASSERA, *When Design Met Law: Design Patterns for Information Transparency*, in *Droit de la Consommation*, 2019, 1, pp. 79-121.

vantaggiosa per loro stessi e per la collettività: verso la scelta che loro stessi vorrebbero prendere se avessero a disposizione tempo e informazioni necessarie a compiere una decisione consapevole. Insieme all'intervento diretto sulle architetture delle scelte delle piattaforme è necessario che le istituzioni predispongano campagne educative, in particolare durante gli anni di formazione scolastica obbligatoria, sui limiti cognitivi umani e su come questi vengano sfruttati a nostro danno da agenti privati che spesso operano al fine esclusivo di incrementare i propri profitti economici.

RIEPILOGO E CONCLUSIONI

Abbiamo visto come verso la fine del secolo scorso inizino a diffondersi numerose teorie post-liberali che mettono in dubbio la validità del modello di agente decisore tipico della teoria tradizionale del diritto. L'*homo juridicus* si indebolisce e lascia spazio a una nuova figura di soggetto decisore: l'Umano, un individuo limitato dalle proprie vulnerabilità cognitive, che sceglie non in maniera razionale ma guidato dal suo lato istintivo, dal suo Sistema 1. Questo Sistema cognitivo istintuale, governato da *bias* ed euristiche, spesso conduce l'individuo verso scelte non vantaggiose sia in termini individuali sia in termini aggregati. Prima gli studi sulla razionalità limitata, poi quelli, più recenti, dell'economia comportamentale e, infine, la teoria del *nudge* ci mostrano che l'ambiente di scelta nel quale l'individuo si trova a dover prendere le proprie decisioni è fondamentale per la formazione delle decisioni stesse. Gli Umani non decidono delle loro vite in ambienti di scelta neutri; non solo: nel momento della stessa scelta sono vulnerabili a causa della loro razionalità limitata. Questa consapevolezza sulla reale natura dell'agente decisore, secondo una certa letteratura, deve essere presa in considerazione non solo dalla scienza economica ma anche dal diritto.

In questo particolare periodo storico, governato dalle tecnologie algoritmiche e dall'uso di tecniche di influenza comportamentale, da parte di agenti privati per fini di profitto, è fondamentale interrogarsi sulla reale natura cognitiva del destinatario della norma. Abbiamo visto come gli studi delle *behavioral sciences* siano alla base del funzionamento del capitalismo della sorveglianza: *bias* e limiti cognitivi possono essere sfruttati non solo per finalità virtuose, come si propongono i sostenitori del *nudging*, ma anche per indurre le persone a comprare ciò che non è necessario, a votare in una certa direzione, a isolarsi nella propria bolla informativa. Come si è ricordato nel secondo capitolo, sono ormai numerosissimi gli studi empirici sui danni individuali e collettivi riconducibili a questo tipo di potere di influenza.

Il diritto tradizionale, però, fatica ancora a riconoscere e disciplinare questo fenomeno senza precedenti. Di fronte è queste nuove forme di regolazione dei comportamenti, diversi dai circuiti giuridici classici, il «diritto è debole»¹: senza dubbio «i veri antagonisti del potere normativo classico hanno origine privata»².

E questi nuovi poteri regolativi

sono più forti rispetto ai circuiti giuridici del passato, perché supportati sia da strumenti tecnologici, di cui l'uomo anche solo pochi decenni fa non avrebbe immaginato l'esistenza, sia dall'utilizzo degli studi di psicologia comportamentale, studi che mostrano gli aspetti irrazionali degli individui che li rendono facilmente manipolabili³.

In particolare, ciò che è emerso dall'analisi dei testi normativi che regolano il mercato del *Web*, con specifico riferimento alla prestazione del consenso al trattamento dei dati personali, è che il diritto tradizionale, leggendo la realtà secondo il principio di imputazione, non può fare altro che imputare ad un soggetto adulto e razionante la responsabilità della scelta di prestare o non prestare il consenso alla cessione e al trattamento dei propri dati personali. Per il diritto, se regaliamo i nostri dati comportamentali a Google o a Facebook, l'abbiamo 'scelto', non siamo stati 'influenzati' a farlo. Ma abbiamo visto che è impossibile per chiunque leggere attentamente le *policy* sulla *privacy* di ogni sito *Web*. Come è altrettanto impossibile rimane sempre vigili, e consapevoli di essere costantemente bombardati da messaggi manipolatori, quando si trascorre del tempo su un qualsiasi *social network* che è progettato apposta per catturarci l'attenzione e sfruttare i nostri limiti cognitivi. Come abbiamo sostenuto nelle pagine precedenti: abbiamo bisogno di una scorciatoia mentale che ci indirizzi alla scelta più virtuosa.

¹ M. TARONI, M. UBERTONE, *Il diritto debole. Un'introduzione*, in *Il diritto debole*, cit.

² M. TARONI, M. UBERTONE, *Il diritto debole. Un'introduzione*, cit., p. 6.

³ M. TARONI, M. UBERTONE, *Il diritto debole. Un'introduzione*, cit., p. 7.

In definitiva, ciò che sostengo è che questa scorciatoia, questo *boost*, possa essere proprio il *nudging*. Questa tecnica, uno strumento di legislazione indiretta che non può (e non deve) sostituire la legislazione diretta, potrebbe essere una valida arma contro la manipolazione messa in atto dai colossi del *Web*, sempre se associata a politiche equalitarie di educazione e istruzione dei cittadini sulle tecniche di influenza del comportamento e sulla reale natura della mente umana.

Il dibattito sul modo in cui il legislatore potrebbe imporre alle piattaforme un *design* non manipolatorio, poi, solleva numerosi interrogativi complessi, poiché implica un equilibrio delicato tra regolamentazione, libertà d'impresa e tutela dei diritti individuali. La questione principale è se e come lo Stato possa stabilire normative che impongano specifiche architetture di scelta, evitando di limitare eccessivamente la libertà delle piattaforme di progettare le proprie interfacce. Da un lato, vi è l'idea di fissare *standard* legali chiari e vincolanti che impediscano pratiche ingannevoli o eccessivamente persuasive; dall'altro, la preoccupazione è che un intervento troppo rigido possa ostacolare l'innovazione e risulti inefficace a fronte delle rapide evoluzioni tecnologiche. Un punto chiave sembra essere decidere se il *design* etico debba essere delineato minuziosamente da normative precise oppure se debba essere garantito alle piattaforme uno spazio discrezionale, purché vengano rispettati principi di trasparenza e tutela dell'utente. Un intervento legislativo molto dettagliato potrebbe risultare complesso da attuare e aggiornare, considerando la velocità con cui le piattaforme si evolvono. Una possibile alternativa potrebbe essere l'adozione di 'linee guida' flessibili, che stabiliscano i principi di base, lasciando alle piattaforme una certa libertà nella loro implementazione, purché rispettino obiettivi di equità e tutela della libertà di scelta dell'utente. Questa soluzione potrebbe permettere agli operatori digitali di adattare le normative ai propri modelli di *business* senza eludere l'obbligo di progettare architetture di scelta trasparenti e non manipolative. L'uso massiccio da parte delle istituzioni di tecniche derivate dalle scienze comportamentali porta, poi, con sé rischi significativi in termini

di legittimità democratica. Se il *nudging* viene percepito come uno strumento manipolativo, anche se in nome di un interesse collettivo, si corre il rischio di minare la fiducia nelle istituzioni e di creare uno scollamento tra il cittadino e lo Stato. L'utilizzo di tali tecniche, se non debitamente regolato, può apparire come una forma di paternalismo che riduce l'autonomia decisionale individuale e potrebbe essere percepito come una scorciatoia che aggira il dibattito democratico. Per questo, è essenziale che qualsiasi intervento legislativo sia accompagnato da una discussione pubblica trasparente, che coinvolga i cittadini e promuova la consapevolezza dei pro e contro legati all'adozione di tecniche di *nudging* nelle piattaforme *online*. Data la complessità della materia, un intervento legislativo che preveda l'uso di tecniche di *nudging* dovrebbe avvalersi di consulenze da parte di esperti in psicologia, neuroscienze, diritto e filosofia morale. Psicologi e neuroscienziati, ad esempio, possono aiutare a individuare le tecniche meno invasive e a progettare meccanismi che rispettino l'integrità cognitiva dell'utente, evitando che l'architettura delle scelte faccia leva su *bias* cognitivi in modo eccessivo. I giuristi, dal canto loro, possono contribuire a definire i limiti normativi che tutelino i diritti degli utenti, mentre i filosofi morali possono portare una prospettiva etica, aiutando a riflettere sui confini tra influenza legittima e manipolazione indebita. Affinché il *nudging* sia effettivamente compatibile con i principi democratici e costituzionali, inoltre, è cruciale che qualsiasi architettura delle scelte rispetti i diritti fondamentali degli individui, garantiti dalle costituzioni democratiche. Un *design* etico dovrebbe mirare a promuovere l'autonomia dell'utente, permettendogli di esercitare scelte consapevoli e informate, e non a limitarne la libertà per scopi di convenienza politica o economica. In questo senso, la regolamentazione del *nudging* dovrebbe non solo proteggere l'utente da pratiche manipolatorie, ma anche promuovere un'interfaccia che lo incentivi a prendere decisioni in modo consapevole. 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 manipolato-

rio 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.

Gli interrogativi che emergono da queste pagine, dunque, sono molti: in che modo può il legislatore imporre un particolare tipo di *design* non manipolatorio alle piattaforme? La struttura di questo *design* dovrebbe essere delineata da un testo di legge o, comunque, dovrebbe essere lasciato grande spazio di manovra agli agenti privati che operano *online*? L’utilizzo massivo, da parte delle istituzioni, di tecniche mutuate dalle *behavioral sciences* rischia di determinare problemi di legittimità e la concreta possibilità che i processi di controllo democratici vengano elusi?

Resta importante sottolineare, in chiusura, che ho iniziato il lavoro di ricerca che oggi si riassume in questo libro, nel lontano 2019, quando molti degli scenari qui descritti sembravano ancora alquanto futuribili, distopici e, a volte, liquidati come semplici deliri complottistici. Ora, nel 2025, sono invece parte della nostra quotidianità e, quasi, non fanno più neanche scalpore e notizia.

La distopia è reale, ma gli interrogativi su ipotetici interventi di risoluzione restano. L’obiettivo del presente lavoro era appunto quello di farli emergere. In questo senso esso va considerato come uno studio preliminare ad una nuova e più ampia ricerca, che di fronte a trasformazioni così rapide, così pervasive, così inarrestabili diventa sempre più necessaria.

INDICE

Introduzione.....	7
1. <i>L'evoluzione del modello di agente decisore</i>	<i>8</i>
2. <i>La società dell'influenza comportamentale.....</i>	<i>10</i>
3. <i>Il diritto alla prova dei colossi del Web</i>	<i>10</i>
I. L'evoluzione del modello di agente decisore.....	13
1. <i>Il contributo dell'economia comportamentale</i>	<i>13</i>
1.1. <i>Dall'homo juridicus all'Umano</i>	<i>13</i>
1.2. <i>Alle origini dell'economia comportamentale: H.A. Simon</i>	<i>15</i>
1.3. <i>Euristiche e biases: Kahneman e Tversky</i>	<i>21</i>
2. <i>Umani vs Econi: la teoria del nudge di Sunstein e Thaler</i>	<i>32</i>
2.1. <i>Una spinta 'gentile'</i>	<i>32</i>
2.2. <i>L'anropologia sottesa alla teoria del nudge.....</i>	<i>40</i>
2.3. <i>L'architettura delle scelte.....</i>	<i>47</i>
II. La società dell'influenza comportamentale	53
1. <i>Le behavioral sciences al servizio degli attori privati: il capitalismo della sorveglianza</i>	<i>53</i>
1.1. <i>Il mercato dell'attenzione: estrazione dei dati, profilazione dell'utente, influenza comportamentale</i>	<i>53</i>
1.2. <i>Il potere di influenza e il business della realtà</i>	<i>63</i>
1.2.1. <i>L'ideale skinneriano</i>	<i>67</i>
1.2.2. <i>Sorveglianza continua.....</i>	<i>70</i>
2. <i>Gli effetti del potere di influenza</i>	<i>80</i>
2.1. <i>Profilazione e filter bubble.....</i>	<i>80</i>
2.2. <i>Danni sociali. Proliferazione di fake news e manipolazione di massa</i>	<i>85</i>
2.2.1. <i>Cambridge Analytica</i>	<i>100</i>
2.3. <i>Danni individuali agli utenti</i>	<i>109</i>

III. Il diritto alla prova del potere dei colossi del <i>Web</i>	119
1. <i>Il diritto debole</i>	119
1.1. <i>Libertà di scelta o manipolazione?</i>	119
1.1.1. <i>La vicenda processuale di Cambridge Analytica</i>	121
1.2. <i>Il focus sul consenso nel GDPR</i>	127
1.3. <i>La Legge Federale sulla protezione dei dati in Svizzera</i>	138
2. <i>Il nudging come strumento di ‘contro-manipolazione’</i>	140
2.1. <i>Una forma di normatività alternativa ai circuiti giuridici classici: il nudging</i>	140
2.1.1. <i>Nudge e diritto</i>	143
2.1.2. <i>Nudge e paternalismo</i>	158
2.1.3. <i>Nudge e utilitarismo</i>	171
2.2. <i>Oltre la manipolazione: le ‘strategie di awakening’ come strategie per limitare il potere manipolatorio degli attori privati</i> ...	182
Riepilogo e conclusioni.....	195

RINGRAZIAMENTI

Questa monografia è il risultato di un percorso di ricerca e approfondimento che non sarebbe stato possibile senza il supporto e il contributo di molte persone, alle quali desidero esprimere la mia sincera gratitudine.

Innanzitutto, desidero ringraziare il Prof. Alberto Artosi, per la sua guida preziosa e il costante incoraggiamento sin da quando ero una giovane e, un po' spaesata, studentessa seduta sempre in prima fila alle sue lezioni di Logica e Argomentazione.

Un ringraziamento speciale va, poi, a Michele Ubertone per il confronto intellettuale e il sostegno ricevuto durante la fase di ricerca e scrittura. Il suo contributo critico e le sue osservazioni sono stati fondamentali per questo lavoro.

Desidero, inoltre, ringraziare il Prof. Giorgio Bongiovanni, il Prof. Alessandro Serpe e la Prof.ssa Silvia Vida per il loro supporto scientifico e morale.

Alla mia famiglia, devo il più grande riconoscimento: il loro sostegno incondizionato, la pazienza e la vicinanza sono stati fondamentali in ogni fase di questo percorso. Grazie per aver creduto in me anche nei momenti di maggiore difficoltà.

Un ringraziamento speciale va anche ai miei amici di una vita, per l'incoraggiamento e la leggerezza dei momenti condivisi durante questo percorso.

Infine, un grazie ai lettori: auspico che questo lavoro possa rappresentare un contributo utile e offrire spunti di riflessione sul tema trattato.

Un'anima per il diritto: andare più in alto

Collana diretta da Geraldina Boni

1. COSTANTINO-M. FABRIS, *Foro interno. Genesi ed evoluzione dell'istituto canonistico*, 2020.
2. GERALDINA BONI, *La recente attività normativa ecclesiale: finis terrae per lo ius canonicum? Per una valorizzazione del ruolo del Pontificio Consiglio per i testi legislativi e della scienza giuridica nella Chiesa*, 2021.
3. *Libertà, dubbio, coscienza morale. L'eredità di un Maestro: Arturo Carlo Jemolo (1891-1981)*, a cura di BEATRICE SERRA, 2022.
4. *Dante e Diritto. Un cammino tra storia e attualità*, a cura di FEDERICO CASOLARI, ALESSIA LEGNANI ANNICHINI, GIORGIO SPEDICATO, 2022.
5. BEATRICE SERRA, Intimum, privatum, secretum. *Sul concetto di riservatezza nel diritto canonico*, 2022.
6. *Forever Young. Celebrating 50 Years of the World Heritage Convention*, 2 Voll., edited by ELISA BARONCINI, BERT DEMARSIN, ANA GEMMA LÓPEZ MARTÍN, RAQUEL REGUEIRO DUBRA, RUXANDRA-IULIA STOICA, 2023.
7. *La sinodalità nell'attività normativa della Chiesa. Il contributo della scienza canonistica alla formazione di proposte di legge*, a cura di ILARIA ZUANAZZI, MARIA CHIARA RUSCAZIO, VALERIO GIGLIOTTI, 2023.
8. LAURA MARIA FRANCIOSI, *La disciplina degli interessi nei contratti internazionali. Un'analisi di diritto comparato*, 2023.
9. ALBERTO TOMER, *Il nuovo assetto del Sovrano Militare Ordine di Malta. La riforma del 2022 nella fedeltà a una storia millenaria*, 2023.
10. Lex generalis omnium. *Un diritto del passato nel presente*, a cura di ALESSIA LEGNANI ANNICHINI, GIANNI SANTUCCI, 2023.
11. *Diritto, religione, coscienza: il valore dell'equilibrio. Liber Amicorum per Erminia Camassa*, a cura di FRANCESCA OLIOSI, 2023.
12. *I 40 anni del Codex Iuris Canonici*, a cura di ALBERTO TOMER, 2024.
13. ILARIA ZUANAZZI, *La conciliazione nel diritto della Chiesa. Principi generali e applicazioni nella giustizia amministrativa*, 2024.
14. MARTA TARONI, *Le nuove forme di normatività. Il diritto alla prova delle behavioral sciences*, 2025.

Pubblicato nel mese
di aprile del 2025

14

Un'anima per il diritto: andare più in alto

Collana diretta da Geraldina Boni

issn 2724-4660