

La norma come strumento di autodeterminazione*

di
Eva Leccese*

SOMMARIO: 1. Autodeterminazione e salute - 2. Dalla definizione di salute al ruolo della norma - 3. Legge e persona: il ruolo delle scienze comportamentali e della Behavioral Law and Economics - 4. Le scienze cognitive e i modelli comportamentali proposti dal diritto: interazioni. La rivisitazione di alcuni concetti - 5. La Behavioral Law and Economics e le informazioni - 6. La formulazione della norma e il contributo delle scienze cognitive: dal contenuto al linguaggio - 7. Il ruolo delle scienze cognitive nell'AIR - 8. Sintesi conclusiva.

1. Autodeterminazione e salute.

Le considerazioni che seguono muovono dall'idea che la salute, come fondamentale diritto dell'individuo e interesse fondamentale della collettività, si tuteli anche con una buona norma. Da qui una riflessione sul ruolo della norma nella formazione della decisione in generale e, in particolare, in un ambito, come quello della salute, dove al singolo è rimessa la possibilità di scelta: solo in queste ipotesi possiamo parlare di autodeterminazione perché là dove la norma è imperativa l'autodeterminazione scompare, limitandosi nella scelta di adeguamento al comando. Ciò vale, ed accade, in tutti i campi e, con riferimento alla salute, è particolarmente evidente in questa fase della nostra vita e della nostra salute dominata e regolata dalla Pandemia in cui le giornate sono scandite dai notiziari e dalle informazioni relative all'andamento dei contagi e ai dati sul vaccino e i suoi effetti. Proprio l'esperienza della Pandemia fa riflettere su una circostanza: non sempre c'è esercizio di autodeterminazione nel senso vero della parola, intesa come punto di approdo di un processo di acquisizione di conoscenze ed elaborazione delle stesse alla luce della realtà che ci circonda e del proprio vissuto personale e delle scelte di vita. È fondamentale, per l'esercizio

* Professore ordinario di Diritto privato presso Università degli Studi G. d'Annunzio Chieti.

dell'autodeterminazione, una informazione di qualità, idonea, cioè, sotto il profilo strutturale, ad essere compresa e utilizzata; altrettanto fondamentale, è, più in generale, una buona norma. Così, e per esemplificare in via di anticipazione, abbiamo potuto scegliere se vaccinarci o meno, ma la quasi assoluta mancanza di conoscenza sugli effetti del vaccino e l'assenza di chiarezza sui pochi dati scientifici a disposizione hanno, in parte, depotenziato la scelta, riducendo la autodeterminazione a mera adesione fiduciaria ad una delle tesi proposte. Non abbiamo, invece, potuto "autodeterminarci" rispetto alla nostra libertà di movimento, di frequentazione, di indossare o meno la mascherina; il susseguirsi di *Dpcm* ha dato luogo ad una normativa stratificata, resa talora incomprensibile dai rinvii a catena, e molto spesso poco chiara (si pensi, ad es., all'utilizzo del termine "congiunti" in una delle tante decretazioni emergenziali).

La salute "fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività" appare il campo della nostra vita dove maggiormente dovrebbe essere tutelata l'autodeterminazione e dove le limitazioni poste al singolo sono in funzione dell'interesse dell'intera collettività, non solo nazionale.

Si richiama al riguardo il dettato dell'art. 32, 2, della costituzione e il limite imposto, pur nella obbligatorietà del trattamento sanitario dal rispetto della persona umana¹.

Il diritto all'autodeterminazione, con particolare riguardo alla vita e alla salute, appare così in bilico tra paternalismo/antipaternalismo² e limiti legati a motivi di interesse pubblico.

* Intervento al seminario sul tema "La tutela della salute tra principio dispositivo e libertà di autodeterminazione" – Cassino, Campus Folcara, 11 giugno 2021.

¹ "Si pensi, ad es., al diritto all'obiezione di coscienza o al diritto al consenso informato o, ancora, al diritto all'interruzione delle cure che trovano nella stessa Carta costituzionale un espresso riconoscimento; si pensi a quanto stabilito dall'art. 32, 2. c., Cost., in tema di TT.SS.OO.": così, V. Baldini, Relazione introduttiva al seminario sul tema "La tutela della salute tra principio dispositivo e libertà di autodeterminazione" – Cassino, Campus Folcara, 11 giugno 2021.

² Sul paternalismo, V. R. H. Thaler, C. R. Sunstein, *Nudge, Improving Decision about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, New Haven, 2008; la traduzione italiana, basata sull'edizione internazionale di *Nudge*, qui di seguito citata, è *Nudge. La spinta gentile*, Feltrinelli, 2017, p. 10 ss. V., sul punto, le definizioni di G. Maniaci *Contro il paternalismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLI (1), 2011, 133-159, 1-2. "Possiamo, in particolare, denominare paternalismo giuridico la concezione etico-politica in base alla quale lo Stato, o un soggetto autorizzato dallo Stato, può usare la (minaccia dell'uso della) forza, contro la volontà di un individuo adulto, anche qualora le sue scelte siano razionali e libere da coazione altrui, al

La riflessione sul significato dell'autodeterminazione intesa come "riconoscimento della capacità di scelta autonoma ed indipendente dell'individuo"³ apre un campo d'indagine, particolare e sicuramente specifico rispetto alla problematica generale, relativo al ruolo del legislatore nella concreta possibilità di esercizio del diritto alla scelta e, quindi, nella strutturazione della norma destinata a regolamentare scelte di salute e per la salute (che prevede, ad es., il diritto al consenso informato).

Sembra così possibile disegnare uno stretto legame tra norma, autodeterminazione e salute, dove funzione ruoli delle prime possono essere meglio definite partendo dal concetto di salute e collocando, in questo campo, anche l'autodeterminazione come una delle possibili declinazioni della prima (salute).

2. Dalla definizione di salute al ruolo della norma.

Appare utile al fine sopra indicato richiamare la definizione di salute, correntemente accettata, ed elaborata nel 1948 dall'OMS all'atto della sua costituzione, quale "stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non soltanto assenza di malattia".

Nella Conferenza internazionale svoltasi a l'Aja nel dicembre 2009 è stata proposta una nuova definizione di salute quale "capacità di adattarsi e di autogestirsi"; tale nozione enuncia un concetto dinamico - contrapposto a quello attuale, ritenuto dai più statico - il cui contenuto esprime capacità di adattamento a mutate realtà, quindi, in primo luogo, capacità di comprensione per l'accettazione dello stato e la determinazione all'adattamento. La salute, dunque, come capacità di autodeterminarsi.

Tale ultima definizione di salute (proposta e non ancora accolta) consente un ragionamento la cui conclusione prospetta una visione dell'autodeterminazione come coniugazione della salute. La capacità di adattamento e autogestione si esprime attraverso atti di autodeterminazione (preferenza per una cura o per una situazione tra

fine, esclusivo o principale, di tutelare (quelli che vengono considerati) i suoi interessi, ovvero (ciò che viene qualificato come) il suo bene (...). Possiamo denominare, invece, antipaternalismo giuridico moderato la concezione etico-politica in base alla quale lo Stato, o un soggetto autorizzato dallo Stato, non può usare la (minaccia dell'uso della) forza contro la volontà di un individuo adulto, al fine, esclusivo o principale, di evitare che questi, tramite un'azione o un'omissione, arrechi, o rischi in modo significativo di arrecare, a sé stesso (ciò che viene considerato) un danno. Si segnala il richiamo al concetto di paternalismo nel *dossier* a cura di M. Boschi e F. Lambiase, *Nudging. Il contributo di Thaler alla scienza economica e alcuni riflessi dell'economia comportamentale sulla valutazione delle politiche pubbliche*, in Senato della Repubblica, Ufficio Valutazione Impatto, *Esperienze*, 2018, N.31, p. 7 e p. 12.

³ S. Mangiameli, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 2009, p. 1 ss., nonché in *Teoria del diritto e dello Stato*, Aracne, Roma, 2009.

più opzioni); l'autodeterminazione, pertanto, si pone come estrinsecazione di capacità di adattamento e di autogestione, dunque di salute. L'adattamento e l'autogestione presuppongono consapevolezza della condizione personale (mutata o meno) e la capacità di accettazione ed adattamento implica scelte libere e autodeterminate; se l'autodeterminazione è il presupposto della capacità di adattarsi ed autogestirsi, e cioè della salute nella nuova definizione, ecco allora che l'autodeterminazione è essa stessa salute, e ciò pur in presenza di una malattia del corpo. Lo svolgimento della formula che propone la nuova definizione di salute, quale capacità di adattarsi e autogestirsi, porta, nel percorso appena delineato, al risultato conclusivo dell'autodeterminazione come declinazione della salute.

La definizione del 1948, sotto questo profilo appare inadeguata⁴: il benessere mentale e sociale può esserci anche in presenza di malattia fisica, se si ha la capacità di accettazione, adeguamento e autogestione e se il contesto sociale è "inclusivo". Il riferimento, inoltre, allo stato di completo benessere (stato di salute e stato d'animo) appare formula inadeguata ad esprimere la situazione dell'individuo reale, configurandosi alla stregua di formula utopica, che esprime una condizione effimera, destinata a fissare un attimo e non una situazione (relativamente) stabile. Si pensi, ad es., alle terapie oncologiche che in molti casi ripristinano una condizione fisica ottimale, definibile buona in termini medici, ma lasciano inalterate e, a volte immodificabili, stati d'animo, situazioni psicologiche, devastanti.

⁴ A. Gorgoni, *L'autodeterminazione nelle scelte di fine vita tra capacità e incapacità, disposizioni anticipate di trattamento e aiuto al suicidio*, in *Persona e Mercato*, 2020, p. 97: "Occorrerebbe però rivedere la nozione di salute, poiché quella attuale, racchiusa nella definizione accolta nel 1948 dal WHO, è divenuta anacronistica e causa di distorsioni sociali ed economiche. Ciò è ben spiegato in un interessante articolo di alcuni studiosi olandesi, nel quale si riporta quanto esposto nella Conferenza internazionale svoltasi a l'Aja nel dicembre 2009. In estrema sintesi, l'inattualità della definizione dell'WHO emergerebbe da quanto segue: 1) l'idea di «completo» stato di benessere induce ad attuare una politica di medicalizzazione eccessiva della società, costellata da persone reputate pressoché sempre malate; 2) molti pazienti sono affetti da patologie croniche con le quali, diversamente dal passato, convivono per diversi anni attraverso l'accettazione di un diverso stile di vita. Questa capacità di reazione e adattamento è minimizzata se non ignorata dall'attuale definizione di salute del WHO; 3) la completezza, in quanto espressione di assolutezza, è inoltre una condizione né operativa né misurabile, sebbene il WHO abbia sviluppato diversi sistemi «per classificare le malattie e descrivere gli aspetti della salute, della disabilità, del funzionamento e della qualità della vita». Si propone allora una definizione di salute dinamica, abbandonando quella statica del WHO, quale «capacità di adattarsi e di autogestirsi» rispetto alla patologia".

E non è mancato chi ha sottolineato come proprio questa frase “stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non soltanto assenza di malattia” abbia prodotto un eccesso di medicalizzazione⁵.

L'accettazione, primo passo per arrivare all'autodeterminazione, presuppone la comprensione ed è un momento del processo di autodeterminazione che comprende più fasi. Con riferimento alla salute, potremmo indicare i seguenti momenti: l'evento modificativo della salute (malattia) e la cura proposta che rappresentano il dato reale da comprendere ed elaborare; la successiva piena conoscenza del fatto, e cioè della malattia e della cura; l'accettazione di entrambi che si fonda su una adeguata informazione, presupposto indefettibile per la decisione⁶.

L'autodeterminazione necessita di conoscenza e consapevolezza. Per arrivare alla consapevolezza, la conoscenza presuppone la capacità di processare l'informazione attraverso la quale si è acquisita la conoscenza. L'informazione ha un ruolo fondamentale e per questo va intesa correttamente; la comprensione dell'informazione si fonda su due presupposti: la sua strutturazione, in termini chiari, esaustivi, ed il più possibile comprensibili a tutti, e la capacità di elaborarla.

Medesime considerazioni possono farsi per le norme alle quali adeguarsi. La norma contiene una indicazione prescrittiva la cui comprensione è sottoposta al medesimo processo di elaborazione dell'informazione; appare dunque fondamentale il compito del legislatore nella sua formulazione. Si segnala, e in via di anticipazione, quanto si afferma nella *Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 16 febbraio 2018 - Approvazione della Guida all'analisi e alla verifica dell'impatto della regolamentazione in*

⁵ U. Mattei, *Covid e Dpcm, delirio di positivismo normativo*, in *il Cambiamento*, 19.10.2020, www.ilcambiamento.it: “ci siamo ormai abituati, dal punto di vista della medicina, a una visione della cura come continuo intervento determinato e specifico su un sintomo e quindi alla continua assunzione di farmaci per risolvere determinati problemi e poi altri farmaci per risolvere i problemi causati dai farmaci stessi. E così via. È una visione meccanicistica della salute e del corpo fisico, specchio di ciò che avviene al corpo sociale”.

⁶ A. Gorgoni, *L'autodeterminazione nelle scelte di fine vita*, cit., p. 79, nt. 6: “La salute non è più intesa soltanto come assenza di malattia, poiché essa attiene, in modo preponderante, alla percezione che ciascuno ha di sé. Il malato non si confronta esclusivamente con la malattia in quanto tale, ma con le conseguenze di essa sul proprio stato d'animo, sulla condizione fisica e sulla qualità della vita. Ciò comporta, se non si vuole legittimare una forzatura della sfera più intima della persona, il rilievo giuridico di quelle decisioni frutto di un bilanciamento personale e intangibile in cui il trattamento sanitario prospettato venga rifiutato, non modificando a sufficienza la percezione che il malato ha della propria condizione esistenziale”.

attuazione del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 15 settembre 2017, n.1697: "Il sistema normativo incide sul benessere e sulla vita degli individui, delle imprese, degli enti e delle organizzazioni pubbliche e private, sulla concreta capacità di tutelare gli interessi pubblici, sulla competitività, l'attrattività e, in ultima analisi, la crescita del Paese. Affinché il quadro regolatorio sia efficace, coerente con i bisogni della collettività, ma anche attento ai costi che le norme impongono ai destinatari, è indispensabile assicurare una adeguata qualità delle norme: un concetto che non coincide con una maggiore o minore regolazione, ma che attiene al modo in cui le norme sono pensate, scritte, comunicate, attuate, valutate e, se necessario, corrette". Nella redazione della norma bisogna tener conto del destinatario della stessa e della sua capacità di adeguamento, di accettazione della prescrizione. Ciò vale, particolarmente, nel campo della salute.

Prima ancora della legge sul consenso informato, la Cassazione aveva affermato: "L'informazione cui il medico è tenuto in vista dell'espressione del consenso del paziente vale anche, ove il consenso sia prestato, a determinare nel paziente l'accettazione di quel che di non gradito può avvenire, in una sorta di condivisione della stessa speranza del medico che tutto vada bene; e che non si verifichi quanto di male potrebbe capitare, perché inevitabile"⁸.

Anche la norma deve essere idonea a determinare consenso ed accettazione nel destinatario.

L'autodeterminazione può proporsi, dunque, come esplicitazione della salute, perché esprime la capacità di adattarsi ad una fase della vita, segnata dalla malattia fisica, e di decidere di conseguenza.

3. Legge e persona: il ruolo delle scienze comportamentali e della *Behavioral Law and Economics*.

Da più parti si sottolinea la necessità di un approccio cognitivo al processo normativo e una prospettiva di ricerca volta, in particolare, a correlare capacità di decisione funzionale all'autodeterminazione, informazione, come presupposto dell'agire consapevole, e decisione finale non può prescindere da un'indagine comportamentale

⁷ In *GU*, 10 aprile 2018, n.83, a p. 7

⁸ Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Nuova Giur. Civ.*, 2010, 7-8, 1 ss.; 783 *Foro it.*, 2010, 7-8, 1, 2113 ss.

relativa ai soggetti cui la norma è destinata: è necessario che legislatore ed interprete si confrontino con questa realtà ed il rilievo è frequente, non solo in dottrina⁹. La citata Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 16 febbraio 2018 - *Approvazione della Guida all'analisi e alla verifica dell'impatto della regolamentazione in attuazione del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 15 settembre 2017, n.169* - si sofferma sulla necessità di indagini per contestualizzare gli interventi e sottolinea l'importanza, in questa fase, del contributo delle scienze cognitive, tracciandone profilo e ruoli¹⁰.

Riferimenti altrettanto significativi si trovano nel parere del Consiglio di Stato¹¹ che individua nella BLE una modalità veramente innovativa per rendere più efficaci le regole, sottolineando, al tempo stesso, come tale approccio sia "ancora, ingiustamente, inesplorato in Italia"¹².

⁹ "Gli studi giuridici – si è affermato (R. Caterina, *La mente intuitiva e il diritto*, in AA.VV., *Diritto, neuroscienze, scienze della cognizione*, a cura di E. Fabiani, S. Faro, N. Lettieri, Esi, Napoli, 2015, pp. 145-146) - hanno sempre mantenuto al centro dell'attenzione (...) un uomo auto-consapevole e riflessivo; i suoi processi mentali sono espliciti e deliberati, e rappresentabili in qualche linguaggio verbale o formale (...). La teoria della scelta razionale è insieme modello normativo e descrittivo; quand'anche non accompagnata da una convinta fiducia nella sua capacità di rappresentare il reale, essa è stata quantomeno vista come l'unico modello descrittivo possibile, al di fuori del quale possono tutt'al più darsi devianze individuali imprevedibili, fuori dalla possibilità di uno studio sistematico, presumibilmente destinate ad essere compensate da deviazioni di segno opposto (e forse anche eliminate dalla selezione operata dal mercato)". Ancora, si è posto in luce (F. Di Porto e N. Rangone, *Cognitive-based regulation: new challenges for regulators?*, *federalismi.it*, 20/2013) come le distorsioni di giudizio e la percezione individuale degli stimoli esterni offrano informazioni cruciali ai legislatori sulle reazioni degli utenti finali consentendo una migliore formulazione delle regole e risposte più adeguate all'interesse pubblico che intendono soddisfare. Su questi temi, anche A. Zoppini, *Le domande che ci propone l'economia comportamentale ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia»*, in *Oltre il soggetto razionale - Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, a cura di Giacomo Rojas Elgueta e Noah Vardi, Romatre-Press, Roma, 2014, p. 11 ss.

¹⁰ Sul punto, e più diffusamente, v. § 7.

¹¹ Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, n. 1458/2017, lettera e) § 38: "e) *L'approccio della "behavioural regulation"*.

38. Un modo veramente innovativo per ridurre e semplificare, ma soprattutto per rendere più efficaci le regole, del quale dovrebbero tener conto sia l'AIR sia la VIR, è rappresentato dall'analisi comportamentale applicata alla regolamentazione".

¹² V. osservazioni Consiglio di Stato, n. 1458/2017, cit., § 38: (pp. 35-36): "Le idee alla base di tale approccio – ancora, ingiustamente, inesplorato in Italia – sono essenzialmente tre e, segnatamente:

- la regolamentazione e la legislazione tradizionali assumono la razionalità dei destinatari, oppure presumono di conoscere le esigenze avvertite dai destinatari delle regole, nonostante tali presunzioni, non basate su solide verifiche, si rivelino spesso errate;
- il comportamento dei cittadini e delle imprese va orientato verso scelte responsabilizzanti e virtuose, per le quali occorre creare una specifica <<architettura delle scelte>> e dei percorsi incentivanti;

Questo profilo evidenzia una zona nuova, un po' trascurata dai giuristi, un'area che si pone ai confini tra diritto, economia e scienze comportamentali: le c.d. neuroscienze giuridiche o, più in generale, scienze cognitive.

Le scienze cognitive si muovono tra l'altro nel campo dell'efficienza della norma, sotto il profilo della corrispondenza degli effetti all'intenzione del legislatore, e contribuiscono, con le scienze giuridiche, a disegnare il perimetro di un'area complessiva che abbraccia l'uomo nella sua dimensione globale e il suo agire, la persona e la regolamentazione della sua esistenza. Al riguardo, le implicazioni e le applicazioni possono essere molteplici e differenti, per quante sono le dimensioni dell'uomo che le scienze giuridiche tentano da sempre di sistemare in categorie e regole, dal sistema di protezione dei soggetti deboli all'esercizio della capacità contrattuale.

Fondamentale in questo campo diventa allora il contributo della *Behavioral Law and Economics*, "quale metodo di analisi del fenomeno giuridico che fa propri gli insegnamenti provenienti dalla psicologia cognitiva. In particolare, la disciplina della b. l. studia il comportamento umano al fine di prevedere in che modo gli individui rispondono agli incentivi posti dalle norme giuridiche. L'obiettivo è quello di costruire un modello di individuo più realistico rispetto a quello astratto e semplificato dell' *homo oeconomicus*, modello di razionalità che l'economia classica ci ha consegnato e che è sotteso al diritto privato così da poter anticipare, in modo più attendibile, le risposte dei singoli ai diversi regimi giuridici"¹³.

Il ruolo della *Behavioral Law and Economics*, anche in ambito non economico, ben si comprende ove si rifletta sulla circostanza che si deve a questo strumento di analisi del fenomeno giuridico la "destrutturazione" di alcuni pilastri del sistema, quale, ad esempio, la razionalità della scelta che è alla base di tante fattispecie previste dal diritto; ancora, si deve alla BLE l'aver sostituito all'uomo ideale l'uomo reale, l'aver proposto un nuovo modello di comportamento.

- per orientare le scelte dei cittadini e delle imprese occorre conoscere e sfruttare i cd. <<bias cognitivi>>, ossia alcune distorsioni naturali o altri errori sistematici e prevedibili del comportamento umano. Muovendo dalla conoscenza di tali *bias* è sufficiente una "spinta gentile" (*nudging*) che faccia leva su di essi per dirigere le <<scelte>> verso l'obiettivo avuto di mira".

¹³G. Rojas Elgueta, voce *Behavioral Law and Economics*, in *Dizionario di Economia e Finanza* (2012), *Treccani on line*.

Se si volesse fare una forzatura, traducendo l'intraducibile, per indicare il fenomeno in discorso dovrebbe essere utilizzata la formula "diritto comportamentale ed economia"; ma il diritto di per sé esprime modelli di comportamento. Le regole del diritto privato esprimono, nella maggior parte dei casi, modelli standardizzati che sottendono, un paradigma di comportamento normale ed un schema di razionalità che è quello dell'uomo perfettamente razionale, dell'*homo oeconomicus* che l'economia classica ci ha consegnato¹⁴; si pensi, tanto per esemplificare, al raggiungimento della piena capacità di intendere e volere fissato al raggiungimento del 18 ° anno di età, ai criteri di apprezzamento dell'errore, al comportamento secondo buona fede.

Tale modello di razionalità, elaborato sulla base del paradigma della scelta razionale, è stato messo in discussione dagli studi comportamentali, i cui risultati hanno dimostrato che l'*homo oeconomicus* dell'economia classica - e che si assume essere alla base della codificazione civilistica - è uno *standard* ideale, che non corrisponde alla realtà. Le persone vere non sono perfette¹⁵ e molte volte le distinzioni che il diritto appiattisce, perché standardizza, hanno, invece, importanza e ruolo nella realtà. Così, la differenza tra la sfera cognitiva e quella volitiva, che in termine giuridici si esprime con la locuzione capacità d'intendere e/o volere - e la cui distinzione è irrilevante sotto il profilo giuridico sicché (in)capacità/ di intendere e/o volere altro non appare essere che un'endiadi - diviene rilevante se riguardata alla luce dei risultati delle neuroscienze cognitive. In molti studi che si occupano del tema e del ruolo delle emozioni nei processi decisionali, sotto diversi profili e con differenti implicazioni, si descrivono i risultati di importanti ricerche ed esperimenti in campo neuroscientifico

¹⁴ La riflessione di A. Zoppini, *Le domande che ci propone l'economia comportamentale*, cit., p.14, è volta a segnalare come l'assunto del comportamento razionale sia alla base di un sistema (assiologico) che pone all'indice comportamenti decisionali non coerenti con quel paradigma, quale, ad es., la disciplina dell'incapacità naturale che ha un rilievo esclusivamente patrimoniale.

¹⁵ Osserva criticamente, ed altrettanto efficacemente, Thaler (R. H. Thaler, C. R. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile*, cit., p.12-13): "se leggete un manuale di economia, scoprirete che l'*homo oeconomicus* ha le facoltà intellettuali di Albert Einstein, una capacità di memoria paragonabile a quella del *Big Blue*, il supercomputer della Ibm, e una forza di volontà degna di Gandhi. Davvero. Ma le persone che conosciamo non sono fatte così. Le persone vere riescono a malapena a fare una divisione lunga senza usare una calcolatrice, qualche volta dimenticano il compleanno del marito o della moglie e il giorno di Capodanno accusano i postumi di una lunga bevuta. Non appartengono alla specie dell'*omo oeconomicus*, ma a quella dell'*homo sapiens*".

che hanno dimostrato come ad una perfetta ed integra capacità intellettuale (capacità d'intendere) si correla, talora, una assoluta incapacità di decidere (quindi capacità di volere)¹⁶.

Il metodo della *BLE*, utilizzato nello studio del mercato, e per sottoporre a vaglio e verifica i comportamenti degli operatori, ha trovato in realtà il campo elettivo di applicazione proprio nello studio degli strumenti a tutela della persona incapace, nell'istituto dell'amministrazione di sostegno (si parla, al riguardo di diritto sartoriale). Al fine di introdurre norme giuridiche efficienti, la *BLE* si avvale di strumenti mutuati dalla psicologia cognitiva: errori cognitivi, *bias*, euristiche¹⁷.

In tale più ampio contesto vanno segnalate le ricerche condotte dagli psicologi D. Kahneman e A. Tversky¹⁸ che hanno posto in luce come i processi decisionali individuali siano influenzati in primo luogo dalla coesistenza di due sistemi, intuitivo/veloce e riflessivo/lento¹⁹ e come le decisioni individuali siano il prodotto non di processi lineari e razionali, nella comune e classica accezione di scelta razionale, ma frutto di euristiche, *bias* ed errori cognitivi in genere.

¹⁶ Tra i casi di studio più noti, vi è il caso Elliot. Il Sig. Elliot era affetto da grave patologia tumorale alla corteccia prefrontale e prima di essere sottoposto all'operazione neurochirurgica per la rimozione della lesione fu sottoposto a test cognitivi per stabilire l'integrità delle funzioni cognitive che risultarono integre, sia prima che dopo l'intervento. A seguito dell'intervento, però, e pur avendo mantenuto intatte le capacità intellettive, di attenzione e di memoria, Elliot aveva perso la capacità di provare emozioni; il che ebbe conseguenze rilevanti sotto il profilo economico poiché la mancanza di emozioni, tra le quali il timore di perdere del denaro, lo rendeva indifferente al rischio economico inducendolo a fare investimenti molto rischiosi: era, quindi, capace di volere ma non d'intendere; così, e per esemplificare con riferimento al contratto, pur avendo Elliot la capacità di volere il contratto che si apprestava a concludere non aveva la capacità di valutarne le conseguenze economiche. V., per un'approfondita descrizione di questo caso e di altri, A. Forza, G. Menegon, R. Rumiat, *Il giudice emotivo*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 44 ss.; C. Bona, *Studio sul danno non patrimoniale*, Milano 2012, p. 23 ss.

¹⁷ Si riportano le definizioni tratte da C. Bona, R. Rumiat, *Psicologia cognitiva per il diritto*, Il Mulino, 2013, *Glossario*, p. 265 ss.: “<<Bias>>: errore sistematico distorsione del giudizio prodotta dall'applicazione di euristiche” (p. 265); “<<Euristica>>: procedura pratica e cognitivamente economica, molto efficiente, che viene adottata dagli individui in presenza di informazioni imperfette o incomplete” (p. 266); “<<Euristica della disponibilità o evocabilità>>: procedura adoperata per formulare stime e previsioni basandosi solo sulle informazioni che vengono rievocate più facilmente dalla memoria” (p. 266).

¹⁸ D. Kahneman, A. Tversky, *Choices, values, and frames*, Cambridge University Press, 2000.

¹⁹ D. Kahneman, *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, 2016. Riferimenti ai due sistemi cognitivi esplicitati da Kahneman, deliberativo (lento) e intuitivo (veloce), si trovano anche nella *Direttiva del presidente del Consiglio dei Ministri 16 febbraio 2018- Approvazione della Guida all'analisi e alla verifica dell'impatto della regolamentazione*, cit., dove si richiamano anche le euristiche e i *bias* (scheda 1, p. 20 ss.).

Gli studi di Kahneman ci hanno consegnato il sistema impulsivo, cioè risposta immediata allo stimolo (sistema 1), e il sistema riflessivo (sistema 2). Per la teoria del sistema duale esistono due modalità di pensiero: una modalità intuitiva, chiamata "sistema 1", e una modalità ragionante, "sistema 2". Nella prima modalità, gli individui prendono decisioni rapide, automatiche e senza sforzo basate su informazioni limitate e utilizzando una varietà di scorciatoie mentali, note come euristiche, mentre la seconda modalità sembra molto vicina ai presupposti tradizionali del processo decisionale razionale. Da questa teoria deriva che il processo decisionale non è sempre un processo razionale semplice, come anticipato dal modello economico standard; al contrario, le persone spesso si discostano, in modo sistematico e prevedibile, dalle aspettative del modello di scelta razionale. In particolare, possono mostrare razionalità limitata, forza di volontà limitata e interesse personale limitato. La "razionalità limitata"²⁰ riflette le limitate capacità cognitive umane (cioè computazionali, comprensione e memoria) che impediscono agli individui di elaborare le informazioni in modo razionale e che limitano la loro risoluzione dei problemi. La ricerca in economia comportamentale rivela che gli individui sono in grado di percepire, raccogliere ed elaborare solo una quantità limitata di informazioni alla volta; per essere precisi, è stato suggerito che sette informazioni sono il numero massimo che la persona media può elaborare razionalmente. Poiché le persone non hanno né capacità intellettuali illimitate né tempo illimitato, non ci si può aspettare che risolvano problemi difficili in modo ottimale.

4. Le scienze cognitive e i modelli comportamentali proposti dal diritto: interazioni. La rivisitazione di alcuni concetti.

Le indicazioni relative ai comportamenti umani, provenienti dalle scienze cognitive, sono molto rilevanti, sia in fase di progettazione della norma²¹ che nella fase della sua interpretazione ed applicazione; ciò, in particolare per quelle norme che pongono regole di comportamento e che sono destinate ad incidere immediatamente e

²⁰ Si fa qui riferimento al termine coniato da Herbert Simon, *A behavioural model of rational choice*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 1955, 99 ss.; H. Simon, *Information processing models of cognition*, in *Annual Review of Psychology*, 1979, pp. 363-396.

²¹ V. sul punto, e per una panoramica, in altri ordinamenti, dell'approccio cognitivo dei regolatori, N. Rangone, *Per un approccio cognitivo alla progettazione delle regole*, in AA.VV., *Diritto, neuroscienze, scienze della cognizione*, cit., p. 99 ss.

direttamente sul tessuto sociale²²: si pensi al *nudging*²³, realizzato grazie a disposizioni incentivanti, si pensi alle ancora attuali regole dettate in periodo di pandemia sul distanziamento (norme proibitive, che per funzionare hanno la necessità di essere recepite e “reagite” adeguatamente). È importante, dunque, capire il nesso, la relazione intrinseca, tra il comportamento umano e la regola che quel comportamento ha standardizzato²⁴. Altrettanto rilevante appare cogliere le reciproche influenze tra realtà e norma: la realtà sollecita la norma, ma la norma modifica la realtà e influenza il comportamento umano.

La norma sul divieto di fumo, ad esempio, ha sicuramente prodotto maggiori risultati delle informazioni mediche, anche di quelle che hanno il crisma della organizzazione mondiale della sanità, o delle scritte sui pacchetti di sigarette ed ha cambiato le abitudini di molti fumatori che stanno ore senza fumare, al cinema, al ristorante, in treno, in autobus ecc.; medesima considerazione può svolgersi per i rilevatori automatici di velocità: la sanzione pecuniaria si è rivelata più efficace dell’informazione sulla pericolosità dell’eccessiva velocità, mutando i comportamenti di guida. Altre volte, invece, è la realtà a modificare il sistema giuridico, come è accaduto con la normativa in materia di Unioni Civili che, quanto ad effetti, riproduce schemi e fattispecie tradizionalmente ed unicamente riconducibili al matrimonio; la realtà ha cambiato il sistema giuridico che, a sua volta, ha modificato il volto della società: film, serie tv, romanzi, fanno sempre riferimento a coppie anche omosessuali; medesimo discorso può farsi per la legge sul divorzio che ha consentito la nascita della c.d. famiglia allargata.

²² “L’interdisciplinarietà nell’ambito dell’ordinamento giuridico non può essere considerata separatamente dall’interdisciplinarietà del diritto con le altre scienze sociali”: P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Esi, 2006, p. 11.

²³ “Un esempio rilevante di innovazione sociale basata sulla conoscenza dei meccanismi psicologici è il concetto di Nudge”: M. Graffeo, N. Bonini, *Il ruolo della psicologia della decisione*, in AA.VV., *Diritto, neuroscienze, scienze della cognizione*, cit., p. 89.

²⁴ V., E. Fabiani, *Scienze cognitive e diritto. Riflessioni di uno studioso del processo civile*, in AA.VV., *Diritto, neuroscienze, scienze della cognizione*, cit., p. 278-279, evidenzia come i più recenti progressi delle scienze cognitive si rivelino di indubbio interesse anche in una prospettiva *de iure condendo* e sottolinea il contributo che le scienze cognitive potrebbero apportare alla possibile riforma del processo civile attraverso il ricorso “a quell’approccio che è stato efficacemente qualificato come <<approccio cognitivo allo studio delle norme giuridiche>>”.

L'apporto delle scienze cognitive può migliorare sensibilmente la capacità legislativa di regolare le condotte umane²⁵ e quella dell'interprete di comprenderle, rendendo così più equilibrato, in particolare nel campo specifico che qui ci occupa, quello che è stato definito il difficile rapporto tra iperprotezionismo legislativo ed anomia, nel segno del rispetto della dignità dell'uomo che realmente trovi espressioni nelle forme di regolamentazione di aspetti della vita privata²⁶.

La constatazione della fallibilità di un modello di uomo razionale, che il legislatore assume a schema di riferimento, è ampiamente dimostrata dalla evoluzione della società e della coscienza sociale che il legislatore fatica ad ingabbiare in schemi normativi; si pensi, ancora una volta, alle Unioni civili²⁷: ciò che alla coscienza dei più, e al senso comune²⁸, poteva apparire contro logica e ragione, è faticosamente divenuta

²⁵ "Quando si parla di neuroscienze e diritto si pensa oggi alla possibilità di avere conoscenze sulle basi neuronali del comportamento, ed è indubbio che tali conoscenze sono state rese possibili dalla disponibilità delle tecniche tomografiche e dalle immagini": A. Santosuosso, *Il dilemma del diritto di fronte alle neuroscienze*, in AA.VV., *Le neuroscienze e il diritto*, a cura di A. Santosuosso, Ibis, Como-Pavia, 2009, p.15.

²⁶ P. Stanzione, *Costituzione, diritto civile e soggetti deboli*, in *www.personaedanno.it*, 2010, § 2; si richiama, al riguardo, e come esempio di iperprotezionismo, il caso del consumatore; in direzione opposta (anomia), invece, il riferimento è ai conviventi e ai pazienti in stato vegetativo.

²⁷ Scrive S. Rodotà, *Diritto d'amore*, Laterza, 2015, p. 3 ss.: "Sono compatibili, sono pronunciabili insieme, le parole diritto e amore?(...) Il diritto è stato pesantemente usato come strumento di neutralizzazione dell'amore, quasi che, lasciato a se stesso, l'amore rischiasse di dissolvere l'ordine sociale (...) Siamo di fronte ad un conflitto, combattuto però non ad armi pari, con il potere concentrato sostanzialmente dalla parte del diritto, che lo esercita come strumento per il disciplinamento dell'amore, fino a negare alla persona la libertà di innamorarsi". Ancora, scrive Rodotà (p. 4), l'amore "consegna alla vita il massimo di soggettività, la immerge nelle passioni, evoca << gli spettri della discontinuità e dell'incoerenza >> (...) Dobbiamo allora chiederci ...se sia possibile l'integrazione dell'amore in una visione razionalistica del matrimonio, che di esso è stato riferimento costante, obbligato per il diritto (...) se il diritto vuole avvicinarsi all'amore, deve (...) trasformare tecnicamente sé stesso in un discorso aperto, capace di cogliere e accettare contingenza, variabilità e persino irrazionalità (p. 5)(...). Al diritto è legittimo chiedere un'assenza, ma non di abdicare al suo ruolo di garanzia di libertà e di diritti (...) Si tratta di rimuovere ostacoli, come dice con bella lingua l'art. 3 della Costituzione, per rendere concretamente possibile, in ogni momento della vita, l'eguaglianza (p.12)".

²⁸ "Molte convinzioni (...) nascono da elementi di realtà di carattere generale e, in quanto tali, riconosciuti dai più; si parla, in tal caso, di 'senso comune', cioè di convinzioni condivise dai più, anche se non sempre fondate": A. Forza, G. Menegon, R. Rumiati, *Il giudice emotivo*, cit., pp. 94-95. Sostengono gli autori (pp.46- 47): "Il mondo del diritto e della giustizia sono (...) ancora saldamente ancorati al senso comune" e ad una visione volontaristica dell'agire umano nella prospettiva (ordinaria e propria del senso comune) che "tende a rifiutare determinismi fisici, biologici ed evolutivi per privilegiare una visione del mondo umano che fa perno sulla volontà, sulla libera determinazione degli individui, sul libero arbitrio, sul primato della razionalità".

legge dello Stato, espressione, a sua volta, di comportamenti umani accettati e divenuti normali e razionali.

I risultati (e le impostazioni) degli studi cognitivi ed economici ad impostazione comportamentale sono utili e dovrebbero essere funzionali a quella che viene definita una buona “architettura delle scelte”²⁹.

In realtà si tratta di comprendere come legislatori e giudici possano articolare il confronto con le scienze cognitive senza intaccare, da un lato le caratteristiche di generalità ed astrattezza della norma, e, dall'altro contribuendo alla formazione di un diritto vivente che, come tale, abbia un aggancio nella realtà concreta, su cui va a incidere, e non il fondamento in un astratto concetto di “bene per il destinatario”.

Il confronto con le scienze cognitive³⁰ può diventare un metodo, così come suggeriscono la già citata Direttiva sull' Approvazione della Guida all'analisi e alla verifica dell'impatto della regolamentazione del 2018 e il Consiglio di Stato³¹, ma molti concetti vanno ripensati, primo tra tutti quello di razionalità³². A tale riguardo, e ad

²⁹ R. H. Thaler - C. R. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile*, cit., p. 91 ss.; R. Caterina, *Architettura delle scelte e tutela del consumatore*, in *Consumatori, diritto e mercato*, 2012, p.73 ss. (terminologia, questa, che troviamo anche nel parere del Consiglio di Stato, n. 1458/2017, cit.)

³⁰ Caterina, *Architettura delle scelte e tutela del consumatore*, cit., p.74, pone in luce come “un dialogo stretto con la psicologia della decisione sia necessario per realizzarne gli obiettivi, sia sotto il profilo della applicazione sia attraverso il perfezionamento delle regole esistenti”.

³¹ Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, n. 1458/2017, cit.

³² Su questi temi, v. G. Maniaci, *Contro il paternalismo giuridico*, cit.; in particolare, (p. 59), si afferma: “la razionalità va nettamente distinta dalla ragionevolezza ed è verosimilmente parte dell'autonomia dell'individuo, ma non la esaurisce, nel senso che una persona insufficientemente razionale sarà verosimilmente non autonoma, ma l'autonomia va ben oltre la razionalità”. Molto difficile, inoltre, appare “determinare le relazioni concettuali esistenti tra «razionalità» e capacità di intendere e volere», che non sono sinonimi. Posso dire con certezza che è possibile che qualcuno sia considerato incapace di intendere e volere o manchi di una qualche forma di competenza cognitiva o volitiva basica e non sia, tuttavia, giudicato irrazionale, nel senso che sarebbe strano giudicarlo tale” (p. 4, nt.11). Ancora, il soggetto può essere capace di intendere e volere e fare scelte che sono razionali nel suo sistema cognitivo, ma non appaiono tali al di fuori di tale sistema, perché non libere, in quanto frutto di pressioni psicologiche, condizionamenti sociali, familiari, provenienti comunque dal contesto nel quale il soggetto vive. Si fa l'esempio della violenza epistemica (p. 6): “il soggetto, a causa di gravi e continue discriminazioni sociali ed economiche, subite fin dall'infanzia, ha interiorizzato un'idea di sé distorta, un senso profondo di inferiorità rispetto ad altre etnie, gruppi sociali, che avrebbero il diritto, ad esempio, di umiliarlo, minacciarlo, picchiarlo, ecc., o, in generale, ha maturato un sentimento di odio o disprezzo nei confronti di se stesso, soprattutto in quanto appartenente ad un gruppo sociale discriminato fortemente”. V., anche, di M. Trimarchi, 2018, *Diritti umani e neuroscienze -I fondamenti scientifici dei diritti umani*, in www.isn-npf.net/diritti-umani-e-neuroscienze, 2018: “Generalmente la persona, per meccanismi legati alle funzioni superiori dei due emisferi cerebrali, non riesce a distinguere il <<vero>> dal <<falso>>: tutto ciò

avviso di chi scrive, bisogna distinguere la razionalità come capacità di raziocinio, espressione della facoltà di comprendere ed elaborare nozioni e di assumere decisioni logiche e conseguenti, dalla razionalità come nozione che esprime la conformità di un comportamento a un modello <<secondo ragione>>; la prima è un costrutto scientifico, estrinsecazione di un'attività cerebrale accertabile e misurabile in quanto espressione della facoltà di comprendere ed elaborare concetti, la seconda sociale, convenzionale, in quanto è influenzata e determinata dalle convenzioni sociali, dagli stereotipi, dal comune senso del pensare o, meglio, del pensare in senso comune, dalla morale, dalla religione, dalle regole sociali. Con riferimento alle regole sociali, esemplifica molto bene questa idea l'opera Brecht, *L'eccezione e la regola*, dove il padrone uccide il servo perché teme, anzi è certo che, questi lo ucciderà. In pieno deserto e in crisi d'acqua il servo (portatore) sta per offrire al padrone una borraccia con quel che resta della pochissima acqua a disposizione; in questo gesto però il padrone coglie solo il pericolo, non può neanche lontanamente immaginare, perché non appartiene al suo schema mentale, alla sua logica razionale, che il servo stia per offrirgli la sola poca acqua rimasta e coglie nel gesto del porgere la borraccia, l'azione di chi sta per estrarre un'arma e colpire. Questa è la regola, che il servo uccida il padrone, per vendicarsi dei soprusi e delle angherie subite nel tempo, non il contrario: Non è razionale, secondo gli schemi di quella società, che il servo sacrifichi il proprio interesse per aiutare il padrone; questo è un comportamento eccezionale e non normale, la regola prevede esattamente il contrario e, quindi, appartiene al buonsenso comune, alla razionalità, al comportamento che chiunque terrebbe" difendersi rimanere guardinghi nei confronti del servo, difendersi e prevenire qualsiasi suo comportamento pericoloso. È legittima difesa, dunque, aver ucciso il servo, sulla base del presupposto che questi, a sua volta, volesse uccidere il padrone: qualsiasi persona di buon senso si sarebbe comportata

che sente nel proprio cervello pensa che sia vero, perché non sa che in un certo momento della sua vita è stata condizionata a pensare in quel dato modo"; C. Bona, R. Rumiati, *Psicologia cognitiva per il diritto*, cit., p.149, i quali, posta la premessa per la quale "la razionalità è una nozione fondamentale per l'approccio normativo poiché permette di stabilire quali operazioni e azioni sono appropriate e quali no, quali obiettivi sono razionali e quali no", pongono l'attenzione sulla distinzione tra razionalità dei mezzi, che "prescrive il modo con cui raggiungere determinati obiettivi", e razionalità dei fini, che riguarda invece la determinazione degli obiettivi e "come tale ha evidentemente a che fare con la sfera dei principi etici e dei valori dell'uomo (...) riguarda il sistema di valori dell'uomo, sistema che risulta fortemente condizionato dalle differenze culturali e sociali, così come dai diversi momenti storico-politici".

così, perché è questa la regola sociale ed è questa regola che il giudice ha applicato, respingendo le accuse, e le pretese risarcitorie, della vedova³³.

Nel caso rappresentato, la norma sociale ha dato contenuto alla regola giuridica, ha rappresentato per il giudice il criterio interpretativo del fatto.

5. La *Behavioral Law and Economics* e le informazioni.

Si è sottolineato come l'informazione sia presupposto indispensabile di ogni decisione che aspiri ad essere razionale. In astratto, dunque, e in ottica *BLE*, "l'informazione è fattore efficace di prevenzione e cura delle distorsioni cognitive" e l'obbligo di informazione rimedio (ai fallimenti cognitivi) ³⁴. Proprio la riflessione sul ruolo dell'informazione induce ad evidenziare come anche l'informazione, se non adeguatamente strutturata, possa essere essa stessa fonte di distorsioni cognitive.

Una adeguata struttura dell'informazione deve tener conto in primo luogo del soggetto a cui è diretta (destinatario della stessa); deve, inoltre, essere ben calibrata poiché una sovrabbondanza di dati informativi o una informazione eccessivamente dettagliata, può portare al risultato opposto della disinformazione. Ciò appare particolarmente significativo ai nostri fini e in relazione al ruolo della norma è veicolo di informazione.

Secondo la prospettiva della *BLE* gli individui, in luogo di avere preferenze stabili, aspettative razionali e una ottimale capacità di processare le informazioni, mostrano in modo sistematico di soffrire di una razionalità limitata, di una volontà limitata e di un egoismo, inteso come tendenza a soddisfare il proprio interesse limitato. L'obiettivo è

³³ Da *L'eccezione e la regola*, rappresentazione didattica di Berthold Brecht (traduzione di Laura Pandolfi), <http://copioni.corrierespettacolo.it/>, pp. 19-20:

Il Giudice: "Allora posso pronunciare la sentenza. La corte considera come provato il fatto che il portatore non si è avvicinato al suo padrone con una pietra, ma con una borraccia. Ma anche ciò stabilito, si deve ritenere che il portatore con quella borraccia avesse piuttosto intenzione di uccidere il suo padrone, che non di offrirgli da bere. Il mercante e il portatore appartenevano a classi diverse, e il mercante doveva aspettarsi da lui il peggio. Non poteva credere a un atto di amicizia da parte del portatore, dato che (come ha confessato lui stesso) lo aveva maltrattato. La ragione lo avvertiva che stava correndo un grave pericolo. La completa solitudine in cui si trovava lo riempiva di logica preoccupazione. L'assenza di polizia e tribunali rendeva possibile al suo dipendente di estorcergli la sua parte di acqua, e anzi ve lo incoraggiava. L'accusato quindi ha agito in stato di legittima difesa, e poco importa che fosse realmente minacciato o che solo supponesse di esserlo: date le circostanze doveva necessariamente sentirsi in pericolo. L'accusato è pertanto assolto. L'istanza della moglie del defunto è respinta".

³⁴ G. Grisi, *Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi*, in *Oltre il soggetto razionale*, cit., p. 62 ss.

quello di verificare come la legge possa incentivare comportamenti efficienti mettendo in discussione la teoria microeconomica neoclassica della scelta razionale.

Nel processo decisionale sono distinguibili momenti giuridicamente rilevanti: attività, atti e condotte che il diritto disciplina. In questo quadro si inserisce, in posizione di primissimo piano l'informazione che è presupposto indispensabile di ogni decisione che aspiri ad essere razionale. Spesso, tuttavia, è proprio l'informazione ad essere fonte di distorsioni cognitive. La *BLE* percorre la strada della neutralizzazione delle distorsioni cognitive senza limitare la libertà di scelta³⁵.

La necessità di un'informazione capace di orientare, in grado di coniugare perfettamente informazione e determinazione, è da sempre al centro delle decisioni in materia di consenso informato. I giudici della Suprema Corte rinnovano, in ogni pronuncia in materia, la necessità non tanto di un'informazione freddamente volta alla trasmissione di dati utili alla decisione, quanto di un'informazione capace di orientare il paziente verso la scelta che meglio assecondi l'esigenza di benessere del medesimo³⁶.

La focalizzazione del destinatario dell'informazione, più che dell'informazione in sé, è indice di un mutamento di prospettiva nell'analisi e nella regolamentazione dei fenomeni sociali, dovuto anche al contributo della *BLE* che, come si è sottolineato³⁷, ha rovesciato la visione economicistica classica, ponendo in luce come oneri informativi, modalità e tempi di trasmissione della stessa vadano ripensati in funzione delle scelte e dei comportamenti concreti dei soggetti nel mercato e non sulla base di astratti modelli di scelte razionali.

³⁵ G. Grisi, *Gli obblighi informativi*, cit., p. 64: "la *BLE* suggerisce che è forse giunto il momento di puntare i riflettori verso un'informazione al servizio del benessere".

³⁶ Cass., 19 settembre 2019, n. 23328 in *CED Cassazione*, 2019; *Studium juris*, 2020, 4, 486: "il consenso informato deve basarsi su informazioni dettagliate, idonee a fornire la piena conoscenza della natura, portata ed estensione dell'intervento medico-chirurgico, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative, non essendo all'uopo idonea la sottoscrizione, da parte del paziente, di un modulo del tutto generico, né rilevando, ai fini della completezza ed effettività del consenso, la qualità del paziente, che incide unicamente sulle modalità dell'informazione, da adattarsi al suo livello culturale mediante un linguaggio a lui comprensibile, secondo il suo stato soggettivo ed il grado delle conoscenze specifiche di cui dispone (...). Il paziente ha la legittima pretesa di conoscere con la necessaria e ragionevole precisione le conseguenze dell'intervento medico, onde prepararsi ad affrontarle con maggiore e migliore consapevolezza, atteso che la nostra Costituzione sancisce il rispetto della persona umana in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua essenza psicofisica, in considerazione del fascio di convinzioni morali, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive".

³⁷ A. Zoppini, *Le domande che ci propone l'economia comportamentale*, cit., p.17.

La correlazione tra capacità di decisione e informazione apre il campo ad una serie di riflessioni ispirate alla BLE e relative da un lato alla struttura dell'informazione dall'altro alla capacità di processare l'informazione: in entrambi i casi è necessario il confronto con le capacità cognitive del soggetto agente³⁸. L'informazione di per se stessa può essere non rilevante o non determinante nel processo decisionale se non strutturata in maniera adeguata da poter essere recepita e utilizzata. Particolarmente incisiva al riguardo la metafora dell'«informazione fredda» e dell'«informazione calda»³⁹, idonea la prima alla formulazione di un consenso giuridicamente vincolante, funzionale la seconda all'espressione di un consenso realmente consapevole. Viene in gioco, in questa prospettiva, la trasparenza l'informazione consumeristica che - si segnala - sta ad indicare «la necessaria tensione dell'informazione alla conoscenza reale ed effettiva» e segna il passaggio da un'informazione «fredda» ad un'informazione «calda», cioè capace di orientare. In tale contesto, particolarmente importante può essere il contributo della BLE⁴⁰.

Proprio nel settore dei consumatori si indica⁴¹ uno dei luoghi «in cui l'incontro - o, meglio, il dialogo - tra diritto e scienze cognitive si è realizzato e via via sviluppato con esiti non disprezzabili». Emblematica al riguardo la relazione introduttiva al codice del consumo che esplicitamente dichiara l'adesione a più moderne tesi ricostruttive del comportamento economico del consumatore riformulate «grazie al contributo dei

³⁸ R. Caterina, *Processi cognitivi e regole giuridiche*, in *Sistemi intelligenti*, 2007, p. 382: «Nelle sue scelte, il legislatore ha bisogno di modelli dei processi cognitivi e decisionali degli esseri umani. La tendenza a trascurare le probabilità molto basse, o l'*overconfidence*, potranno sconsigliare di riporre troppa fiducia nelle sanzioni ex post; i limiti della capacità umana di processare informazioni potranno sconsigliare una regolamentazione precisa e articolata, ma troppo complessa e difficile da comprendere e memorizzare; e così via. In ogni caso, è facile pronosticare scarse possibilità di successo ove il legislatore muova da una rappresentazione troppo ottimistica delle capacità cognitive dei destinatari delle regole (...) Al legislatore, ma anche al giurista nella sua opera di applicazione ed integrazione delle regole giuridiche, è necessario sapere come gli esseri umani processano informazioni, costruiscono rappresentazioni, prendono decisioni. Naturalmente, si può far ricorso al senso comune; ma in questa direzione si apre un'importante prospettiva di dialogo con le scienze cognitive».

³⁹ G. Grisi, *Gli obblighi informativi*, cit., p.68.

⁴⁰ G. Grisi, *Gli obblighi informativi*, op. loc. ult. cit.: «L'elaborazione della BLE diventa, allora, più che utile: la definirei un punto di riferimento obbligato».

⁴¹ G. Grisi, *Gli obblighi informativi*, cit., p. 72; A. Gentili, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Oltre il soggetto razionale*, cit., p. 99. «De jure condito la legislazione recente di fonte comunitaria non manca affatto di interventi leggibili nell'ottica del governo legale delle debolezze cognitive (intendere) e valutative (volere)».

primi studiosi, che hanno introdotto principi di analisi sociologica e psicologica nella più generale teoria del consumatore”.

Ancora, e con riferimento alle modalità di assolvere agli obblighi di informazione, si indica nell’ art. 125-bis T.U.B. (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385) un esempio concreto dell’opzione del legislatore per “una informazione sintetica e non analitica, selettiva in relazione alla scelta che il soggetto opera e non fondata sul presupposto di una generale e autonoma capacità valutativa”⁴².

Un cenno, infine, al ruolo svolto nella strutturazione di questa “nuova informazione” dall’inferenza statistica delle conseguenze che si determinano: essa “assume un ruolo dirimente al fine di valutare la correttezza delle informazioni trasmesse e dal comportamento statisticamente rilevante dei consumatori può trarsi una prova delle capacità selettive dell’informazione trasmessa”⁴³.

6. La formulazione della norma e il contributo delle scienze cognitive: dal contenuto al linguaggio.

Le ricerche condotte dalle scienze cognitive in ambito giuridico sull’efficienza della norma, chiamano in causa anche il profilo della sua strutturazione, quanto a contenuti e linguaggio, nella composizione di una relazione che individua ai due poli 1) il legislatore e la struttura della prescrizione normativa, anche sotto il profilo della formulazione della norma, e, quindi, il linguaggio⁴⁴, da una parte, e 2) il destinatario della prescrizione, dall’altra.

⁴² A. Zoppini, *Le domande che ci propone l’economia comportamentale*, cit., p.19: “l’art. 125-bis T.U.B. (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385) impone all’operatore professionale di trasmettere l’informazione in modo «chiaro e conciso», il che sottende che, nel modello cognitivo assunto dal legislatore, il numero di informazioni che il consumatore può realisticamente comprendere, elaborare e recepire è naturalmente esiguo e limitato. Parimenti, l’art. 124 T.U.B. prevede che gli intermediari forniscano alla clientela, anche sulla base delle «preferenze espresse», «le informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, al fine di prendere una decisione informata e consapevole». Il che significa che ciò che rileva sono (solo) le informazioni sulle quali si appunta l’attenzione del consumatore, in quanto idonee a consentirgli l’adozione di una scelta di consumo comparativamente consapevole”.

⁴³ A. Zoppini, *Le domande che ci propone l’economia comportamentale*, cit., p. 21.

⁴⁴ M. Martino, *Coerenza linguistica e codificazione: il ruolo selettivo e correttivo delle tassonomie*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, I, 79 ss.: “Le scelte linguistiche sottese al codificare, in definitiva, non sono banali scelte stilistiche (...) Esse implicano ripercussioni sul processo di implementazione giuridica delle regole e, al contempo, richiedono una significativa capacità di previsione dei redattori delle norme in merito alla propensione dei destinatari sia di operare – per esempio in

Nel parere del Consiglio di Stato, si legge:

“Un modo veramente innovativo per ridurre e semplificare, ma soprattutto per rendere più efficaci le regole (...) è rappresentato dall’analisi comportamentale applicata alla regolamentazione”. Il suggerimento delle scienze comportamentali in generale, e della *BLE* in particolare, confinato per molto tempo in una zona poco esplorata, assurge a dignità di metodo di produzione delle regole, a garanzia di effettività delle stesse indice di un mutamento culturale la cui necessità viene segnalata dal Consiglio di Stato⁴⁵.

La dottrina, ha rammentato come l’effettività delle regole non possa prescindere dalla conoscenza dei soggetti chiamati a darne attuazione; conoscenza chiarezza, coerenze e accessibilità delle regole sono ulteriori condizione di effettività. È il problema della qualità della regola, da riguardarsi sia sotto il profilo strutturale che formale; sotto il primo aspetto la norma deve contenere le informazioni chiare, sintetiche e idonee a determinare, nel destinatario, una acquisizione consapevole⁴⁶.

Così, ad es., è stato dimostrato come un sovraccarico informativo (*information overload bias*)⁴⁷ possa determinare un *deficit* cognitivo, impedendo di comprendere e, conseguentemente, di utilizzare le informazioni a disposizione. L’effettività delle regole dipende, inoltre da molteplici fattori. Viene in considerazione l’esistenza di

ragione del metodo della <<sussunzione>> – a un livello esplicito entro il perimetro argomentativo che fa salvo il testo della legge (“*in claris non fit interpretatio*”) sia, a un livello sovente inespresso, di scavalcare il medesimo perimetro mediante noti argomenti retorici che facciano capo, tra gli altri criteri, proprio a quello della coerenza logico-dogmatica”.

⁴⁵ Consiglio di Stato, n. 1458/2017, cit., punto 38, p. 35; ancora, si afferma (punto 30, pp.27-28: “Va scongiurata una fallacia logica purtroppo ricorrente nel concepire il rapporto ... tra normazione e ‘soluzione dei problemi’ Si intende far riferimento a quella sorta di ‘illusione normativa’ che conduce sovente i regolatori (specialmente quelli appartenenti a culture, come la nostra, ancora condizionate da un astratto ‘idealismo giuridico’) a riposare sull’errato convincimento che il mero varo di una regola consenta di risolvere un problema o, in altre parole, che le ‘parole della legge’ posseggano un’intima forza quasi trascendente e demiurgica che le renda in grado, da sole, di modificare il ‘reale’. Al contrario, la regola, se ben congegnata, può costituire semmai il presupposto – necessario, ma non sufficiente – per l’avvio di un problema a soluzione, soluzione che deve, tuttavia, ricercarsi sempre nell’attuazione fattiva e pratica della regola medesima e nella verifica empirica della sua efficacia e della sua efficienza.
b) *La necessità di un cambiamento culturale* (n. 32) Il successo di un tale programma postula – ad avviso di questo Consiglio di Stato – un necessario cambio di paradigma nell’atteggiamento dei regolatori”.

⁴⁶ N. Rangone, *Strumenti tradizionali e nuovi per l’effettività delle decisioni amministrative* - Relazione al convegno AIPDA su *Decisioni amministrative e processi deliberativi, panel relativo a Decisioni amministrative ed effettività*, Bergamo 5-6-7 ottobre 2017, p. 23, in www.aipda.it

⁴⁷ N. Rangone, *op. ult. cit.*, p.17.

norme sociali ⁴⁸, l'influenza del comportamento degli altri, la capacità di calcolare il rischio. Si tratta di fattori

che, nell'insieme, fanno comprendere come i singoli processi decisionali evidenzino, di volta in volta, percorsi non lineari, non perfettamente razionali, e non sempre uguali. Ora, se è vero che non può farsi ricorso alla "normazione individuale" è anche vero, però, che il legislatore, senza privare la norma dei suoi caratteri di generalità ed astrattezza, deve dialogare con le scienze cognitive, acquisirne i risultati e sulla base anche di questa acquisizione elaborare la norma destinata alla persona reale e non ideale che decide con il sistema 1 e non con il sistema 2⁴⁹.

È questo il tema del linguaggio.

Si legge sul sito dell'Istituto di teoria e tecnica dell'informazione giuridica, alla voce linguaggio giuridico⁵⁰: "il diritto, considerato nella varietà dei suoi aspetti teorici e operativi, come oggetto conoscitivo da comunicare e come contenuto da comprendere ed interpretare, si serve del linguaggio. La qualità e il rigore terminologico nei discorsi e nei testi giuridici dipendono in gran parte dalla coerenza fra l'organizzazione lessicale e l'organizzazione concettuale (...) Due sono gli obiettivi verso un 'buon diritto: costruire una rete globale in cui le fonti giuridiche multilivello e multilingue siano coerentemente integrate e migliorare la redazione dell'atto giuridico *ab origine*".

⁴⁸ Il grado di resistenza delle norme sociali rispetto alle regole formali viene esemplificato da G. Resta (*Gratuità e solidarietà: fondamenti emotivi e 'irrazionali'*), in *Oltre il soggetto razionale*, cit., p. 129 ss.) con la pratica dei *Potlach*, in uso in alcune tribù di Nativi americani della costa nordoccidentale del Pacifico degli Stati Uniti e del Canada. Esempio di economia del dono, perché fondato sulla reciprocità dello scambio dei doni, il *Potlach* è una cerimonia rituale, celebrata in occasione di feste e banchetti e caratterizzata dal momento culminante dello scambio dei doni, occasione di ostentazione di ricchezza e, quindi, espressione dello *status* del donante, manifestazione del suo prestigio, della sua ricchezza e, quindi, dell'importanza nella società. Una sorta di sfida, dunque, al dono economicamente più importante, alla maggior ricchezza donata; nella reciprocità della ostentazione si celava però il profilo negativo della pratica poiché molti doni erano presi a prestito, con conseguente squilibrio nelle relazioni sociali ed economiche. Ritenuta pratica dispendiosa, improduttiva e contraria all'etica del lavoro e ai valori delle società americane e canadesi è stata resa illegale in Canada e negli Stati Uniti alla fine del XIX secolo ma la pratica non fu mai abbandonata, nonostante la previsione di sanzioni penali, fino a che il divieto di celebrazione di *Potlach* fu rimosso nel 1951.

⁴⁹ R. Caterina, *La mente intuitiva e il diritto*, cit., p. 145 ss., evidenzia l'impatto, nelle scienze giuridiche, delle ricerche condotte dalle scienze cognitive, dovuto in particolare alla *BLE*, che ha messo in crisi il paradigma dell'uomo razionale e la teoria della scelta razionale, portando alla luce la separazione tra decisione e consapevolezza: non tutte le decisioni, infatti sono consapevoli, frutto, cioè, dell'attivazione del sistema 2 che, invece, gli studi giuridici hanno sempre mantenuto al centro dell'attenzione.

⁵⁰ http://www.ittig.cnr.it/ambiti/ITTIG/Ricerca/Linguaggio_giuridico

Il linguaggio deve essere chiaro e facilmente comprensibile.

Nella documentazione dell'Ufficio di Valutazione Impatto del Senato, si sottolinea la necessità che il legislatore conosca e quindi deliberi adottando decisioni informate e consapevoli; obiettivo della valutazione è renderlo "edotto delle conseguenze delle proprie scelte, promuovendo la conoscenza e la trasparenza di informazioni fondamentali per il processo decisionale"⁵¹.

A tal fine, la formulazione chiara non basta: è necessario che anche la terminologia sia appropriata per essere incisiva.

"Il linguaggio" - afferma Rescigno⁵² - "deve essere asservito al diritto; in realtà ne diventa spesso il padrone (...) i termini conati dal diritto, anche quando rispondono ad una coerente precisione, debbono essere tradotti perché siano intellegibili alla stregua del linguaggio usato come strumento di comunicazione sociale; e per il diritto si avverte la necessità, propria di ogni settore tecnico, che la lingua non divenga una gabbia o prigionia".

Rilette ora, alla luce dell'evoluzione degli studi cognitivi del diritto, le parole di Rescigno evocano immediatamente l'immagine dell'interazione tra sistema intuitivo e sistema riflessivo e, conseguentemente, l'impatto che un termine ha nel processo di elaborazione del contenuto linguistico della disposizione, e ciò a prescindere da ogni considerazione relativa all'apprezzamento della natura, dispositiva e imperativa, della norma.

Si è posto in luce come gli studi psicologici hanno scoperto che l'utilizzo di una determinata terminologia induca nell'interlocutore mutamenti nel comportamento "immediati e misurabili nella facilità con cui sono evocate molte parole correlate"⁵³. Ed appare intuitivo come sicuramente abbia un effetto differente essere definito "sano" in luogo di "persona non affetta da patologie", oppure, utilizzare l'espressione "cura di

⁵¹ Senato della Repubblica, Ufficio Valutazione Impatto, 2017-2018, Un anno di valutazione in Senato, www.senato.it/ufficiovalutazioneimpatto

⁵² P. Rescigno, *Su diritto e linguaggio: tre considerazioni*, in *Giur. it.*, 1998, p. 5 ss.

⁵³ R. Caterina, *La mente intuitiva e il diritto*, cit., p. 144. Scrive Caterina (p. 145): "Ad esempio, è dimostrato che è possibile influenzare i pensieri e anche i comportamenti delle persone attraverso stimoli di cui non sono neppure consapevoli. In un noto esperimento, l'essere esposti, in un semplice gioco linguistico, a parole connesse alla vecchiaia faceva sì che i soggetti dell'esperimento rallentassero il passo nel percorrere il corridoio".

sostegno” piuttosto che cura palliativa o valutare l’esito di una terapia medica in termini di probabilità di guarigione e non di decesso.

Con riferimento alle scienze cognitive, autorevole quanto illustre dottrina⁵⁴ affermava alcuni anni fa:

“La neuroscienza ha messo in luce che, tanto nel cervello umano come nel cervello di altri animali, operano neuroni chiamati <<neuroni specchio>>, che reagiscono ai comportamenti dei terzi come se si trattasse di comportamenti propri dell’operatore. I neuroni specchio, l’empatia, l’imitazione, infine la norma (il coordinamento sociale non ricorre alla lingua). Non ho padronanza del sapere né esperienza nell’area della psicologia, ma mi sembra ovvio che, se mi trovo in una moltitudine, mi sento sicuramente di non essere disapprovato (e, quindi, di non subire sanzioni) se mi comporto come gli altri. E lo studioso (*il riferimento è a Pinker 2002*), ci insegna che il desiderio di comportarsi come i vicini sia alla base della consuetudine. In misura più estesa, ci viene detto che l’imitazione ha una parte di rilievo nella nascita della consuetudine (e, in genere, della convenzione sociale).

Tanto il giurista (e, con lui, talora, il filosofo del diritto) si tiene lontano dall’idea del diritto inconscio, quanto lo psicologo è familiare alla ricchezza del mondo che ci appartiene senza che noi lo conosciamo. E lo psicologo incontra i cognitivisti (tra loro, giureconsulti sapienti), pronti a divulgare fra i giuristi le buone novelle”.

In questa mutata dimensione, ben possono essere apprezzati i contributi delle scienze cognitive, sia sotto il profilo degli studi sui meccanismi che presiedono al linguaggio, che sotto quelli degli effetti delle espressioni linguistiche (consapevolezza fonologica, capacità di codifica).

7. Il ruolo delle scienze cognitive nell’AIR.

Di tale importanza dà atto il regolatore: si riporta qui di seguito uno stralcio significativo della *Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 16 febbraio 2018- Approvazione della Guida all’analisi e alla verifica dell’impatto della regolamentazione in attuazione del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 15 settembre 2017, n.169*⁵⁵

⁵⁴ R. Sacco, *Il diritto muto - Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Il Mulino, 2015, pp. 129-130.

⁵⁵ in *GU*, 10 aprile 2018, n.83, Scheda 1, p.20.

Scheda 1 - Spunti e riflessioni derivanti dalle scienze cognitive

Già da diversi anni gli studi di psicologia cognitiva hanno messo in evidenza i forti limiti delle ipotesi di razionalità su cui poggiano i modelli economici tradizionali. Anche grazie ai passi avanti fatti e alle evidenze messe a disposizione dalle scienze cognitive, è possibile affermare che esistono due diversi sistemi cognitivi che governano i comportamenti umani: quello deliberativo, che è più razionale e analitico, ma anche più lento; e quello intuitivo, più veloce, spesso irrazionale e basato su scelte istintive. I due sistemi non solo convivono, ma interagiscono nel corso della definizione di scelte che, sulla base delle convinzioni prevalenti, dovrebbero rispondere solo a motivazioni razionali. Succede, quindi, che in decisioni di consumo e investimento, e specialmente in quelle molto rilevanti, gli individui siano influenzati in modo dirimente da fattori anche non razionali, comportandosi in modo a volte incoerente rispetto a quanto previsto dalle tradizionali ipotesi di massimizzazione dell'utilità e del profitto.

Le persone ricorrono frequentemente a regole **euristiche** che consentono di semplificare i processi decisionali e di effettuare le proprie scelte non solo risparmiando tempo, ma anche riducendo le informazioni necessarie. Ciò, tuttavia, può determinare errori cognitivi e scelte che, in ultima analisi, riducono il benessere. (...)

- Uno dei più potenti pregiudizi cognitivi (o **bias**) è quello dell'**ancoraggio (o punto di partenza)**, secondo cui le valutazioni degli individui sono fortemente condizionate da eventuali informazioni o valori di partenza che vengono loro suggeriti o sono comunque disponibili. Non sapendo che valori attribuire a un determinato fenomeno (ad esempio, la probabilità che si verifichi un certo evento), le persone si ancorano a eventuali punti di partenza e da lì procedono secondo processi di aggiustamento graduale ma nella maggior parte dei casi insufficiente. (...)

- Numerosi esperimenti hanno dimostrato che le scelte degli individui possono essere significativamente influenzate dal modo in cui un determinato problema viene loro esposto o dal modo in cui sono loro presentate una serie di alternative (c.d. **ramingo effetto**).

(...)

- Nel raccogliere e selezionare informazioni, l'individuo tende a prediligere quella che conferma le proprie ipotesi di partenza, piuttosto che quella che possa minarle (c.d. **bis della conferma**).

Il filone dell'economia comportamentale ha approfondito, anche attraverso il ricorso a esperimenti, il modo in cui il funzionamento dei due sistemi preposti al ragionamento, quello

deliberativo e quello intuitivo, incide nella formazione delle scelte degli individui, fornendo spunti molto utili anche per coloro che sono chiamati a definire regole di comportamento. Nel corso dell'Air (e, più in generale, nell'ambito dell'attività di regolazione) assume, quindi, un ruolo determinante la conoscenza delle principali regole euristiche che le scienze cognitive hanno messo in luce, adottando soluzioni volte a limitare conseguenze non volute o ad aumentare l'efficacia degli interventi normativi. Tra queste, si ritiene utile sottolineare le seguenti:

- Le c.d. regole di default, ovvero il regime regolatorio che vige in assenza di una scelta specifica, risultano determinanti nell'indirizzare le decisioni individuali. Una robusta letteratura scientifica dimostra che se la regola di default prevede che le persone debbano esprimere esplicitamente la loro preferenza per una determinata opzione al fine di accedervi (ad esempio, una forma di previdenza complementare), il loro tasso di adesione sarà molto inferiore rispetto al caso in cui l'opzione sia attribuita in modo automatico ed essi debbano dichiarare di non volerli aderire.

L'aderenza al default, inoltre, è più frequente nel caso di decisioni complesse o particolarmente rilevanti.

- Sebbene, come già illustrato in precedenza, le norme che facilitano la disponibilità di informazioni a beneficio dei consumatori possano produrre elevati benefici a fronte di costi contenuti, non basta rendere obbligatorie determinate informazioni, né è sufficiente preoccuparsi della loro quantità: occorre anche renderle fruibili in base alle caratteristiche (età, livello di istruzione, ecc.) dei destinatari e con un ramingo adeguato.

(...).

Nel corso dell'Air, la previsione di possibili reazioni anche non razionali dei soggetti regolati può essere supportata dalla consultazione: nell'ambito delle interazioni che, con tecniche diverse, possono avvenire nel corso dell'istruttoria normativa tra l'amministrazione e i destinatari delle norme, occorrerebbe porre particolare attenzione all'emergere di fattori che possono dare luogo a errori cognitivi o che possono svelare il ricorso a regole euristiche da parte di determinati gruppi di destinatari.

8. Sintesi conclusiva.

Possono in conclusione indicarsi alcuni esempi di normative che, alla luce delle considerazioni sopra esposte e nel contesto qui considerato, potrebbero essere definite “virtuose”: il codice del consumo e la normativa sul consenso informato.

1) Il Codice del consumo

Si legge nella relazione al codice del Consumo, al punto 2⁵⁶:

2. Analisi economica del diritto dei consumatori.

“La necessità di riordinare e armonizzare la normativa in tema di tutela dei consumatori e degli utenti rappresenta, in modo esplicito, la principale finalità perseguita con l’attività di compilazione concretizzata nel codice del consumo. Anche al di là dei riferimenti di natura giuridica, tale obiettivo trova solide giustificazioni formali nelle teorie economiche e commerciali sui processi di acquisto e di consumo. Tali dottrine, infatti, rappresentano l’esito di una complessa evoluzione, che parte dai modelli classici e neoclassici sul consumatore, incentrate sugli assiomi della razionalità assoluta e della completa informazione degli attori economici. Le più moderne tesi ricostruttive sono state radicalmente riformulate, grazie al contributo dei primi studiosi, che hanno introdotto principi di analisi sociologica e psicologica nella più generale <<teoria del consumatore>>. Lo sviluppo dei nuovi studi ha consentito di identificare le dimensioni connotanti la strutturale debolezza del consumatore. Ne è derivato un ricco quadro concettuale, idoneo a descrivere e interpretare comportamenti e processi d’acquisto. In questa cornice, si delineano i principi sottostanti al fabbisogno di tutela del consumatore. È proprio il portato di tali teorie che, in modo più o meno esplicito, ha guidato tanto il processo di riordino e armonizzazione delle norme, quanto il risalto attribuito alla finalità di tutela del consumatore nella <<regolazione e nell’esercizio di tutte le attività economiche>>.

La codificazione della normativa in materia di tutela dei consumatori e degli utenti è stata condotta, pertanto, con riferimento a un contorno di teorie e modelli concettuali consolidati, nella letteratura economica sul comportamento del consumatore e, più in generale, negli studi delle tecniche di mercato e del *marketing*”.

2) Consenso informato:

⁵⁶ Decreto legislativo recante codice del consumo, a norma dell’articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229, *Relazione*.

La legge sul consenso informato (L. 22 dicembre 2017, n. 219) mostra un profilo di sicuro rilievo ai fini del discorso che si sta svolgendo, e ciò anche volendo solo considerare il profilo della tecnica legislativa e del linguaggio utilizzato (e prescindendo dunque dalla portata fortemente innovata sotto il profilo dell'intensità dei valori affermati e del livello della loro tutela)⁵⁷.

La normativa è diretta alla persona "vera", che soffre, che ha bisogno di fidarsi ed affidarsi, che può non riuscire ad avere piena comprensione della terminologia utilizzata, per carenze culturali, competenze specifiche, limiti cognitivi, stati emozionali. Viene in primo luogo considerazione la disposizione di cui al secondo comma dell'art. 1, che costruisce e definisce il rapporto medico paziente:

2. È promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico. Contribuiscono alla relazione di cura, in base alle rispettive competenze, gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'équipe sanitaria. In tale relazione sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo.

Relazione, dunque, di fiducia che coinvolge la persona in tutta la sua dimensione affettivo-relazionale, superando il concetto giuridico di legame familiare e allargando il campo sino a ricomprendere le "persone di fiducia", i legami amicali. Molto lontano dunque, dalla fredda proposizione di un rapporto di prestazione professionale.

La considerazione delle capacità cognitive, della eventuale incapacità elaborativa, della emotività del soggetto e del ruolo delle emozioni sembra informare il disposto di cui al comma 3 che ipotizza la possibilità di rifiuto da parte del paziente di ricevere le informazioni e la possibilità che altri le ricevano, esprimendo poi il consenso in sua vece:

⁵⁷ Art. 1. Consenso informato 1. La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'auto-determinazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge.

“3. Ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell’eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell’accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi. Può rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni ovvero indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece se il paziente lo vuole (...).

La considerazione della “persona reale” trova poi attuazione concreta anche nella norma (comma 4) che prevede le modalità di acquisizione del consenso informato “nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente” anche “attraverso dispositivi che le consentano di comunicare” (si pensi, ad es., al *Brain computer Interface*).

Nella medesima direzione, di comprensione cioè dei delicati meccanismi che presiedono alla determinazione, sembra essere indirizzata la regola comma 5, art.1) che prevede la promozione “ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica” nell’ipotesi di rinuncia o rifiuto da parte del paziente, di trattamenti necessari alla sopravvivenza; e, ancora, la norma di cui al comma 10, in materia di formazione del medico che, in linea con un mutato concetto di salute (non coincidente con l’assenza di malattia) dispone che “la formazione iniziale e continua dei medici e de-gli altri esercenti le professioni sanitarie comprende la formazione in materia di relazione e di comunicazione con il paziente, di terapia del dolore e di cure palliative”.

In chiusura, e a conclusione di questo breve *iter*, la norma sui minori e gli incapaci:

Art. 3. Minori e incapaci 1. La persona minore di età o incapace ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione, nel rispetto dei diritti di cui all’articolo 1, comma 1. Deve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà.

La salute, dunque, come è diritto fondamentale della persona, in considerazione della nuova definizione proposta di salute, si esercita **anche** con l’autodeterminazione e come interesse fondamentale della collettività si tutela **anche** con una buona norma.

La norma è fondamentale per l'autodeterminazione e l'autodeterminazione è declinazione della salute nella sua nuova (proposta) accezione dinamica. La tutela dell'autodeterminazione attraverso la "buona regola", come tutela sostanziale e non formale è tutela della salute "come bene complesso privato e pubblico"⁵⁸.

dirittifondamentali.it

⁵⁸ Così E. Bocchini nella Relazione: "Principio dispositivo e disciplina della salute in ambito privatistico" tenuta nell'ambito del seminario sul tema "La tutela della salute tra principio dispositivo e libertà di autodeterminazione" – Cassino, Campus Folcara, 11 giugno 2021.