

Alessia Farano\*

*L'obbedienza al diritto tra ragioni e cause*

*Abstract:* The paper targets the interaction between new neuroscientific findings on decision-making and the theoretical concept of legal obedience.

Beyond the naturalistic framework, it will be argued that every legal system requires a specific model of agency, in whose definition the scientific claims have now a prominent role. The classic model of rational agent, issued from the Penal Enlightenment, will be challenged with respect to three main neuroscientific assumptions. The first one will be the reduction of the experience of agency under coercion; the second one will be the increasing role of emotions in the understanding of the so called 'neuromoral network'; the last one will be the 'bounded rationality' giving rise to nudging policies.

*Keywords:* Decision-making; Law and Emotions; Legal Obedience; Nudge; Neurolaw.

*Indice: Introduzione;* 1. Sul modello antropologico razionalista; 2. L'obbedienza cieca; 3. L'obbedienza emotiva; 4. L'obbedienza pungolata; 5. *Expertise* e decisore politico: il posto del diritto; *Conclusioni*.

## Introduzione

Almeno a partire dagli anni '90, dichiarati "Brain Decade", gli studi sul cervello umano – e le sue applicazioni tecnologiche, si pensi all'intelligenza artificiale – non cessano di produrre dati potenzialmente rilevanti per le scienze sociali.

Il diritto, in particolare, è apparso sin da subito come luogo elettivo di confronto e potenziale assorbimento delle informazioni sempre più dettagliate sul cervello umano provenienti da questa nuova area di studi. Se le neuroscienze assumono come obiettivo quello di spiegare scientificamente il comportamento dell'uomo, individuando le cause cerebrali dello stesso, è evidente che il diritto in quanto tecnica di condizionamento del comportamento sia inevitabilmente esposto al dialogo con le neuroscienze (Owen Jones, 2013).

Sul tenore di tale dialogo, se cioè si trasmuti in asservimento al discorso neuroscientifico, da questo mutuando strumenti epistemologici e contenuti concettuali, filosofia e scienza giuridica si trovano a discutere ormai da diversi decenni.

\* Ricercatrice di Filosofia del diritto alla LUISS. afarano@luiss.it

Perché se è chiaro che il naturalismo filosofico ha rappresentato terreno fertile per la riscrittura di concetti e categorie giuridiche, non è detto che sia questo il solo fondamento teorico dell'interesse che le scienze giuridiche vanno mostrando per le neuroscienze.

Nessun dubbio, infatti, sul debito che molti dei protagonisti della pagina di avvio delle nuove discipline – neuroetica e neurodiritto<sup>1</sup> – esibiscono nei confronti del metodo delle scienze naturali, in particolare delle neuroscienze. Il dibattito sul libero arbitrio ha infatti visto filosofi – si pensi ai coniugi Churchland (Churchland, 2005), – e giuristi (Greene e Cohen, 2004) – abdicare al loro ruolo *lato sensu* normativo, ripudiando così concetti e categorie sedimentatisi in secoli di pratiche, oltre che di riflessioni, normative.

Pur con le diversificazioni del caso, libertà e responsabilità giuridica – viste spesso come endiadi – si sono prestate a ipotesi di riscrittura in chiave neuroscientifica, riscrittura favorita, per l'appunto, dal naturalismo filosofico che sembrerebbe dominare l'approccio metodologico di filosofi e giuristi d'oltreoceano<sup>2</sup>.

Tuttavia, non è solo in continuità con tale matrice filosofica che può essere valorizzato il ruolo delle neuroscienze nella comprensione dei concetti filosofico-giuridici.

È infatti indubbia la rilevanza che gli studi neuroscientifici sul comportamento umano rivestono nell'elaborazione di modelli di comportamento, e di modelli di *razionalità*, ai quali il diritto deve inevitabilmente fare capo nel momento in cui è chiamato a regolare le condotte.

Il contributo delle neuroscienze cognitive nella comprensione di una delle categorie tradizionali del pensiero giuridico e politico della modernità – il concetto di obbedienza – è allora non trascurabile, dal momento che le neuroscienze delineano un'immagine profondamente innovativa della tradizionale antropologia filosofica cui il meccanismo norma-sanzione fa capo.

L'idealtipo di individuo “razionale”, che inserisce nel proprio circuito decisionale lo svantaggio della sanzione a fronte dell'utilità attesa dalla commissione di un illecito – ancora perdurante in definizioni di norma pure recenti, come quella di ‘ragione per l'azione’ – è senz'altro lontano dall'immagine restituitaci dalla psicologia cognitivista prima e dalle neuroscienze poi. E lo è in direzioni non sempre lineari.

1 Nella prima conferenza dedicata alla neuroetica, questa veniva così definita: «the study of the ethical, legal and social questions that arise when scientific findings about the brain are carried into medical practice, legal interpretation and health and social policy. These findings are occurring in fields such as genetics, brain imaging, disease diagnosis and prediction. Neuroethics should examine how doctors, judges and lawyers, insurance executives and policy makers as well as the public will deal with them» (Marcus, 2002: iii). Il diritto – “neurodiritto” – era dunque già presente come linea di sviluppo di questa area di studi. Ma è la pubblicazione del numero monografico delle *Philosophical Transactions* della Royal Society (2004), di due anni successiva, che attesta la nascita di questo nuovo settore di studi: *NeuroLaw* o *Law and Neuroscience*.

2 Come tale naturalismo sia da ricondursi, nell'ambito della scienza giuridica, alla matrice del realismo giuridico è bene evidenziato da Brian Leiter (2007). Sull'eredità naturalistica del realismo giuridico cfr. Marzocco (2018: 135-191).

Questo perché se, a partire dagli studi pionieristici di Simon (1957) sulla *bounded rationality*, l'individuo risulta descritto come soggetto cognitivamente limitato, quasi vittima di *bias* ed errori cognitivi che incidono irrimediabilmente sull'assunzioni di decisioni, i più recenti studi neuroscientifici sul ruolo delle emozioni nel processo decisionale sembrerebbero rovesciare il rapporto dominativo tra ragione ed emozioni, indicando sempre più le seconde come veicolo di informazioni e detonatori di scelte morali.

Come questa congerie di informazioni, spesso di difficile riconducibilità a sistema, impatti le categorie giuridiche, in particolare la riflessione teorica sull'obbedienza – in virtù della differente caratura in termini di *folk psychology* dei modelli di azione giuridicamente rilevante – è tutto ancora da verificare. Obiettivo delle presenti riflessioni sarà, dunque, quello di indicare alcune possibili traiettorie di svolgimento di tale influenza, a partire da alcune celebri riflessioni che la filosofia del diritto ha condotto sul problema dell'obbedienza.

## 1. Sul modello antropologico razionalista

Le origini del modello di agente razionale, che inserisce la sanzione nel circuito decisionale, soppesando lo svantaggio derivante da questa con l'utilità del reato, risiedono, com'è noto, nelle riflessioni condotte nell'ambito dell'illuminismo penale.

Il processo di emancipazione del reato dal peccato – che ha rappresentato uno degli obiettivi più significativi dell'illuminismo penale – passa, infatti, anche per una precisa riscrittura antropologica del soggetto che delinque: non più mostro da eliminare o curare, bensì *homo oeconomicus*, che ricerca razionalmente il proprio interesse individuale.

In questo senso – e in Beccaria è chiarissimo – affinché la pena ottenga il suo effetto “basta che il male della pena ecced[a] il bene che nasce dal delitto [...] Tutto il più è dunque superfluo e perciò tirannico” (Beccaria, 1991: 78).

L'umanizzazione delle pene e il minimalismo penale, cioè, richiedono un'antropologia razionalista, in cui l'individuo che delinque è pensato come soggetto del tutto razionale, che in virtù del corretto uso della ragione strumentale è in grado di essere motivato dal legislatore che predispone la sanzione.

La pena come intimidazione agisce come leva del meccanismo decisionale, giacché i delitti, come afferma Audegean a proposito di Beccaria, “dipendono da una meccanica degli interessi che regola l'insieme delle azioni del mondo umano: sono soltanto il prodotto di un calcolo che tiene conto del guadagno atteso, della sanzione temuta e del rischio di essere scoperti” (Audegean, 2016: 5).

Coerentemente con questa impostazione antropologica, Beccaria suggeriva così al legislatore di utilizzare una tecnica di condizionamento delle condotte non già volta a modificare la natura del reo, quanto piuttosto a modificare i “parametri” del suo calcolo: il legislatore, cioè, avrebbe dovuto rendere l'osservanza del diritto più “interessante” della sua violazione, attraverso la minaccia di un male maggiore dell'utilità del delitto, e attraverso la prossimità temporale della sanzione con il delitto stesso.

Non v'è dubbio che il modello tratteggiato da Beccaria abbia rappresentato una soluzione di continuità radicale all'interno del pensiero giuridico e politico della modernità. Un modello, peraltro, assai duraturo, se è vero che lo stesso Kelsen lo assumerà quasi in modo irriflesso, come un dato a partire dal quale si dia la possibilità dell'ordine, la possibilità dell'efficacia del diritto.

Nel XIV paragrafo dei *Lineamenti* del '34, infatti, Kelsen ascrive al nesso tra sanzione e comportamento umano indesiderato la funzione di dispositivo in grado di incidere sul processo decisionale degli individui, indirizzandoli verso l'ottenimento di un certo "stato sociale desiderato" (Kelsen [1934]: 69).

La "privazione coattiva di un bene – vita, libertà, beni economici" è dunque pensata come leva di un meccanismo psicologico in grado di dissuadere gli individui dalla commissione di un atto indesiderato per l'ordinamento giuridico ("in ciò risiede l'efficacia dell'ordinamento giuridico", afferma apertamente Kelsen).

La continuità rispetto al modello illuministico è evidente, almeno in questo preciso passaggio dei *Lineamenti*.

Ed averlo ricordato serve a indicare un punto non irrilevante ai fini delle presenti riflessioni, giacché dimostra quanto l'assunzione di un certo idealtipo di agente sia necessaria ad una teoria del diritto anche dichiaratamente non naturalistica, come senz'altro è stata la dottrina pura kelseniana. Se il diritto è "tecnica sociale", e fine specifico dell'ordinamento giuridico quello di "indurre gli uomini a seguire un comportamento contrario" al male minacciato dalla sanzione (Kelsen [1934]: 69), allora sarà necessario presupporre un'antropologia razionalista.

La medesima necessità è del resto evidente anche in un altro dei protagonisti del pensiero filosofico-giuridico del Novecento, Herbert Hart, il quale tematizzerà in modo ancora più esplicito tale presupposto.

Non è un caso che sia proprio il diritto penale ad aver rappresentato un banco di prova significativo della teoria del diritto di Hart, il quale, riflettendo sul ruolo della capacità "naturale" nei meccanismi istituzionali di attribuzione della responsabilità, indicava proprio nel possesso di certe facoltà razionali il presupposto dell'efficacia generale dell'ordinamento giuridico (Hart, 1968). Le scusanti, a cui sono dedicati molti dei saggi raccolti in *Responsibility and Punishment*, rappresenterebbero ragioni per l'azione, "reasons for exercising choice in the direction of obedience" (Hart, 1968: 44). La "direzione" dell'obbedienza, peraltro, misura lo spazio di autonomia della scelta rappresentata dall'obbedienza: l'individuo può scegliere se adeguare o meno il suo comportamento al precetto penale. L'argomento utilizzato da Hart, e definito "rule of law argument" da Gardner (2008: 26), reca tracce evidenti della medesima antropologia razionalista di stampo illuminista:

We introduce the individual's choice as one of the operative factors determining whether or not these sanctions shall be applied to him. He can weigh the cost to him of obeying the law—and of sacrificing some satisfaction in order to obey—against obtaining that satisfaction at the cost of paying 'the penalty'<sup>3</sup>.

3 Così prosegue: "Thirdly, by adopting this system of attaching excusing conditions we provide that, if the sanctions of the criminal law are applied, the pains of punishment will

## 2. L'obbedienza cieca

La necessità di conoscere il meccanismo decisionale umano per modificare le condotte sembra, allora, un'esigenza connaturata al diritto moderno (Punzi, 2018: 12 ss.), e di certo non smentita dalla teoria del diritto del Novecento.

Tuttavia, e questo è il punto rilevante ai fini del presente contributo, l'efficacia del diritto come condizione generale della sua esistenza – ce lo ha insegnato Kelsen – richiede, ben oltre Kelsen, di essere sottoposta ad un più attento scrutinio.

Giacché non è detto che la minaccia della sanzione abbia davvero l'esito di scoraggiare la commissione di reati<sup>4</sup>. Non è detto, in altri termini, che l'antropologia razionalista di cui si fa latore il meccanismo norma-sanzione sia idonea a rappresentare il corretto funzionamento del processo decisionale umano.

Anzi, alla luce delle più recenti scoperte neuroscientifiche, si direbbe tutt'altro.

Sono, oggi, le neuroscienze in grado di gettare luce sul mistero dell'obbedienza?

Un primo elemento utile potrebbe derivare dalla recente conferma neuroscientifica dei notissimi esperimenti di Milgram sull'obbedienza agli ordini.

Gli esperimenti condotti negli anni '60 con l'obiettivo di studiare il comportamento conformista degli individui, pronti ad obbedire ad ordini di cui pure non si condivideva il contenuto morale, sono stati di recente riproposti da Patrick Haggard e dal suo gruppo di ricerca (Haggard, 2016).

In questo secondo esperimento i volontari sono stati sottoposti a tecniche di scansione cerebrale durante il compimento delle operazioni, ovvero la somministrazione di scosse elettriche sia spontanea sia in ottemperanza a ordini ricevuti. I risultati dell'esperimento hanno attestato una mancata attivazione dei circuiti neuronali che presiedono alle azioni volontarie, tanto da spingere gli sperimentatori a parlare di "passività" dell'agente nel caso di obbedienza agli ordini dell'autorità.

I commenti degli stessi scienziati, peraltro, non si sono limitati alla descrizione dei risultati dell'esperimento, giacché, come leggiamo, si sono spinti a formulare dei giudizi in ordine al valore giuridico della eventuale causa di giustificazione:

Coercive orders thus influenced both explicit judgments of agency and the low-level subjective feeling of agency on which such judgments may be based [16]. The defense of "only obeying orders" is often treated with suspicion in law because of the clear secondary gain associated with denying responsibility. However, our result suggests that primary feelings and neurophysiological processing of agency are indeed reduced by coercion (Caspar, 2016: 589).

for each individual represent the price of some satisfaction obtained from breach of law" (Hart, 1968: 47).

4 Scrive, infatti, Fiandaca (2017: 49): "Tutte le volte in cui si è tentato di dimostrare scientificamente l'efficacia deterrente delle pene, effettuando apposite ricerche empiriche, i risultati sono apparsi contraddittori e incerti. Nessuna prova scientifica certa, dunque, finora suffraga l'efficacia dissuasiva della legge penale; questa efficacia rimane, a tutt'oggi, un'ipotesi di semplice buon senso". Su questo punto si veda De Francesco (2013).

Quale lettura avanzare, allora, di tali esperimenti?

Anzitutto, si potrebbe affermare che l'obbedienza ad un ordine "legittimo"<sup>5</sup> non sia il frutto di una scelta volontaria, razionale, comportando un adeguamento passivo del destinatario del comando al suo contenuto.

Certo, si potrebbe agevolmente obiettare che la norma – e l'obbedienza ad essa dovuta – non sia un comando, come almeno da Kelsen in poi la scienza giuridica ha imparato *contra* Austin; eppure, siamo davvero sicuri che la percezione soggettiva dell'obbligatorietà della norma si discosti in maniera significativa da questa ipotesi?

Allo stato, sul terreno delle scienze empiriche, non pare possibile rispondere univocamente.

Peraltro, resta come dato da problematizzare il resoconto autobiografico che di quegli stessi esperimenti, già a partire da Milgram, ci è stato trasmesso.

Coloro i quali non si erano rifiutati di ottemperare all'ordine di infliggere la scossa elettrica (percentuale non così alta come vuole la vulgata [de Swaan, 2015: 22 ss.]) riferivano di sentirsi pienamente responsabili di tale comportamento, rivendicavano la pena "razionalità" della scelta di infliggere la scossa elettrica. Si dichiaravano autori della stessa, adducendo come motivo – come ragione per l'azione? – l'obbedienza deliberata al comando.

### 3. L'obbedienza emotiva

Il secondo elemento su cui conviene riflettere è senz'altro il ruolo rivestito dalle emozioni nel processo decisionale umano, sul quale le neuroscienze, almeno a partire da Damasio, hanno contribuito in maniera significativa a gettare luce.

Nel fortunato libro del neuroscienziato portoghese, *L'errore di Cartesio* (Damasio, 1994), sono narrate le vicende di un giovane paziente, Elliot, il quale aveva riportato danni ad entrambi i lobi frontali, subendo un significativo cambiamento di personalità: era diventato improvvisamente freddo e distaccato, tanto da far dire ad amici e familiari che "Elliot non era più Elliot" (Damasio, 1994: 36). Il dato che suscitò una più attenta valutazione della vicenda da parte di Damasio fu che a questa incapacità di provare emozioni si accompagnava una inspiegabile incapacità di assumere decisioni. Pur mantenendo intatte tutte le sue facoltà cognitive – aveva un QI superiore alla media anche dopo il tumore che aveva leso tali aree cerebrali, e continuava a totalizzare punteggi molto alti a tutti i test psicologici cui veniva sottoposto – Elliot non riusciva più a decidere.

Dall'osservazione di questa correlazione, Damasio ricavò la sua celebre teoria del "marcatore somatico", ipotizzando la rilevanza delle emozioni nel processo decisionale, e aprendo la strada ad un filone di studi tuttora fiorente.

5 Gli esperimenti di Milgram fornirono risultati diversificati a seconda del valore percepito della legittimità dell'autorità (Hollander, 2015).

Al di là delle specifiche differenze di modelli esplicativi, i neuroscienziati sono oggi concordi nel rilevare l'attivazione congiunta dei circuiti neuronali coinvolti nella presa della decisione e di quelli elicitati dalle emozioni: entrambi concorrerebbero a formare il cd. "neuromoral network" (Mendez, 2009: 608 ss.), il circuito neuronale attivato durante la deliberazione morale.

Tra i più rilevanti esperimenti condotti sul punto meritano di essere citati almeno quelli relativi al ruolo del rimorso nella modulazione nell'assunzione di responsabilità e nella decisione su scelte future (Connolly, Zeelenberg, 2002), e gli esperimenti sul ruolo adattivo della paura nell'avversione al rischio.

Una ipotesi interpretativa di tali dati è che le emozioni siano portatrici di informazioni utili al processo decisionale, veicolando a livello intuitivo elementi per la deliberazione morale (Schwartz, Clore, 1988).

L'idea dominante all'interno degli studi neuroscientifici, allora, è l'inestricabilità di funzioni cognitive ed emotive, come si legge in un autorevole studio:

the so-called cognitive brain functions, such as attention, perception, learning and memory, and decision-making can no longer be seen as separate and distinct from emotions; instead, they are inextricably infused with emotional assessments and feelings that accompany them (Jonhston, Olson, 2015: 306-307).

La distonia rispetto all'idealtipo di agente razionale, che si è visto informare il meccanismo dell'obbedienza norma-sanzione, è evidente.

È ancora possibile, alla luce dei dati oggi disponibili, ritenere valido il modello di agente razionale che soppesa l'utilità derivante dalla commissione dell'illecito con lo svantaggio della sanzione?

Anche in questo caso, le ricerche sono solo all'inizio, e i risultati sono spesso di non immediata riconducibilità ad un solo modello. E, tuttavia, vale senz'altro la pena riflettere criticamente sull'antropologia razionalista che ha tradizionalmente articolato in termini dicotomici "ragione" e "passione", e alla quale pure rimandano i nostri sistemi giuridici (Coppola, 2021).

#### 4. L'obbedienza 'pungolata'

Se le due direzioni fino ad ora richiamate, e su cui le neuroscienze potrebbero incidere all'interno del dibattito filosofico-giuridico sull'obbedienza – l'affievolimento del senso di *agency* nel caso di obbedienza ad un comando, e il ruolo delle emozioni nel processo decisionale – restano solo potenzialmente percorribili, c'è una terza via che molti ordinamenti giuridici hanno già intrapreso.

Gli studi sulla "razionalità limitata" di Simon, che pure lo stesso riteneva incompleti per la mancata presa in carico del ruolo delle emozioni (Simon, 1983: 29), hanno infatti rappresentato la base scientifica di politiche legislative volte a influenzare il comportamento dei cittadini senza il ricorso al circuito norma-sanzione.

Il riferimento è, ovviamente, alle politiche di *nudging*, basate sul best-seller di Cass Sunstein e Richard Thaler (2009). La "spinta gentile", una delle possibili

traduzioni di “nudge”, che il legislatore attua attraverso tale tecnica legislativa, è modellata sfruttando gli errori cognitivi che gli individui inconsciamente compiono nell’assunzione di decisioni.

I riferimenti scientifici dei due economisti consistono, come si anticipava, nei lavori di Simon sulla “*bounded rationality*”, poi meglio articolati dai due psicologi israeliani Amos Tversky e Daniel Kahneman (1974), i quali hanno individuato euristiche, scorciatoie che rendono un processo cognitivo meno dispendioso, e distorsioni cognitive nel modo di ragionare degli esseri umani.

Il presupposto teorico di fondo è che la nostra mente funzioni su due circuiti, il sistema 1 – intuitivo, primordiale, veloce – e il sistema 2 – riflessivo, evolutivamente successivo, lento –, e che le nostre scelte spesso siano il frutto del mero attivarsi del sistema 1, senza il vaglio (di razionalità, si sarebbe tentati di dire), del sistema 2 (Kahnemann, 2008).

Gli esperimenti condotti dai due psicologi mostrerebbero chiaramente che il sistema 1 interviene falsando la ‘correttezza’<sup>6</sup> del ragionamento, ad esempio cedendo all’euristica dell’ancoraggio, che consiste nell’elaborazione di una stima numerica in funzione non già di un calcolo basato su dati rilevanti, bensì parametrata ad un’‘ancora’, un valore numerico associato e finanche del tutto irrilevante (Gilbert, 2002).

A partire da tali esperimenti, Sunstein e Thaler hanno prospettato due idealtipi: gli ‘Econi’, individui dalla razionalità perfetta, suscettibili agli incentivi, e autori sempre e solo di scelte riflessive, vagliate dal sistema 2; e gli ‘Umani’, soggetti alle euristiche e alle distorsioni cognitive, suscettibili a incentivi ma anche inconsapevolmente esposti al potere condizionante di ‘pungoli’, autori spesso di scelte irriflesse, prodotte dal mero sistema 1. La dicotomia, in effetti, serve a mettere in dubbio la verosimiglianza del modello di razionalità strumentale ipostatizzato dall’*homo oeconomicus*<sup>7</sup>, a questo opponendo il concreto funzionamento della razionalità umana, che pare fisiologicamente lontano da un’idea di agente che valuta e soppesa l’utilità del comportamento conforme alle norme.

‘Sfruttando’ questa naturale predisposizione alla decisione irriflessa, allora, Sunstein e Thaler sostengono che sia possibile e auspicabile indirizzare il comportamento degli individui senza ricorrere al meccanismo norma-sanzione, meccanismo che, peraltro, alla luce delle precedenti considerazioni relative al ruolo delle emozioni, appare sempre meno adatto a dar conto dell’effettivo adeguarsi dei consociati alle norme.

In riferimento all’euristica dell’ancoraggio prima menzionata, ad esempio, è stato provato che si può ottenere un risultato sensibilmente maggiore nelle donazioni chiedendo una cifra molto alta, o comunque associando alla richiesta un valore numerico alto.

6 Su come Sunstein e Thaler continuino ad utilizzare un’idea di razionalità perfetta, quella degli *Econs*, rispetto alla quale la razionalità limitata sarebbe, appunto, una sorta di degenerazione, si veda Bombelli, 2019.

7 Modello, peraltro, sulla cui condivisione all’interno delle stesse scienze economiche sono stati avanzati giustamente dei dubbi, come evidenzia Zorzetto, 2019.

Ma l'impiego concreto della tecnica normativa del *nudging* – sul cui valore giuridico si concentrano le riflessioni dei giuristi europei (Alemanno, Sibony, 2015) – conosce ad oggi molte forme, in particolar modo riconducibili ai sistemi legislativi che hanno espressamente previsto la presenza di esperti di *Behavioural Sciences* all'interno del circuito di formazione della legge (GB<sup>8</sup> e Usa<sup>9</sup>, ad esempio). L'esempio più noto è senz'altro la normativa di *default* sulla donazione di organi, che sfrutta la tendenza all'inerzia per indirizzare le scelte collettive – la donazione – rendendo più 'gravosa', perché cognitivamente più dispendiosa, l'opzione contraria.

Lo scarto che introduce l'impiego delle tecniche di *nudging* quanto ai rapporti tra modello antropologico – il 'biased nudged man' (Zorzetto, 2019: 73 ss.) – e condizionamento delle condotte – l'obbedienza – è significativo. Le traiettorie tratteggiate sino ad ora precipitano in questa prima, decisiva, riformulazione dello schema di razionalità, che tuttavia ha sollevato non poche critiche. Sunstein e Thaler oppongono all'*homo oeconomicus* – nient'altro che idealtipo dalla sovraumana razionalità perfetta – l'*homo sapiens*, l'individuo 'troppo umano' che ragiona e decide spesso in modo irriflesso, incorrendo in euristiche e *bias* (Sunstein e Thaler: 49 ss.).

L'assunzione da parte del legislatore di tale modello, informato, evidentemente, anche ai risultati di esperimenti neuroscientifici, ha fatto avanzare dubbi sul fondamento teorico di tale incorporazione. Il legislatore si comporterebbe, per usare le categorie della sociologia della scienza, in modo 'deferente' (Haack, 1999: 192), mutuando dalle scienze cognitive modelli di razionalità in modo del tutto a-critico.

All'accusa di naturalismo<sup>10</sup> – che pure può essere condivisibilmente rivolta a molte delle intersezioni sino ad ora praticate tra neuroscienze e diritto – potrebbe però opporsi l'argomento avanzato in apertura: se fine del sistema giuridico è indirizzare le condotte, la conoscenza del meccanismo decisionale umano sarà necessaria per ottenere un livello di efficacia tale per cui quell'ordinamento possa dirsi esistente.

Atteso che non solo la sanzione è in grado di agire come leva del comportamento, ma anche i 'pungoli' – immaginati a partire dal nuovo patrimonio di conoscenze sul funzionamento della mente – il problema sembra piuttosto quello di assicurare la trasparenza della scelta politica che di tali conoscenze si sia giovata.

Problema non ancora postosi con le prime due ipotesi esaminate, e che con l'uso del *nudge* diventa, invece, non ulteriormente eludibile.

8 Nel regno Unito è, infatti, prevista espressamente una "Nudge Unit" (ufficialmente, BIT o Behavioural Insights Unit collegata al Gabinetto del Primo Ministro).

9 Cass Sunstein è stato a capo dell'Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA) durante la Presidenza Obama, implementando così le politiche di *nudging*.

10 Così i rilievi sollevati da Galletti e Vida: "È il mare dell'analisi di "fatti" il cui significato non è la condotta umana ma la natura umana. Il *nudge* è la riproposta di una concezione naturalistica della "natura umana", che ha, come sappiamo, un fascino intramontabile, oppure la giustificazione di sistemi di sorveglianza pervasivi delle nostre preferenze o inclinazioni? Secondo i fautori delle spinte gentili, nessuna delle due. Secondo noi, invece, entrambe" (Galletti, Vida, 2018: 333).

## 5. *Expertise* e decisore politico: il posto del diritto

La legislazione ‘*evidence-based*’, infatti, ha trovato proprio nel *nudge* un banco di prova assai importante, giacché i paesi che maggiormente hanno attinto a tale tecnica normativa hanno espressamente previsto delle istituzioni *ad hoc*, con funzione consultiva, che entrano a tutti gli effetti nel processo deliberativo pubblico.

Il ‘quinto potere’ di cui qualche decennio fa riferiva Sheila Jasanoff, proprio in riferimento al ruolo rivestito dagli esperti nella formazione della volontà politica (Jasanoff, 1990), sembrerebbe consolidatosi anche in Europa. Ora come allora restano intatte le perplessità che la presenza di esperti nel circuito decisionale pubblico solleva. Anzitutto in relazione all’ambiguità del ruolo degli esperti, alla loro natura ‘*ancipite*’ – politica e scientifica allo stesso tempo (Marzocco, 2020: 182) – e al rapporto tra questi e comunità scientifica.

Sunstein e Thaler, economisti stimati (Thaler è stato insignito del premio Nobel in Economia nel 2017) e in prima persona coinvolti come esperti nel procedimento legislativo, non sono neuro-scienziati, eppure da neuroscienziati e psicologi, senz’altro influenti all’interno delle comunità scientifiche di riferimento, hanno mutuato alcune significative teorie sul funzionamento della mente.

Ci si potrebbe, allora, legittimamente chiedere se il modello della razionalità ‘*nudged*’ sia davvero il più affidabile possibile, e se sia l’unico al quale il legislatore debba parametrare la misura dell’obbedienza. Non era stato lo stesso Simon, del resto, a mettere in luce l’insufficienza del suo modello, per la mancata presa in carico del ruolo specifico delle emozioni nel processo decisionale?

In secondo luogo, ma le questioni non sono irrelate, i dati scientifici di cui si serve il legislatore – anche nella elaborazione di un modello di agente destinataria della regolazione – andrebbero inseriti nel circuito di validazione epistemico-democratica.

La pubblicità del percorso di formazione della legge su base scientifica – anche le spinte gentili, dunque – e la sua sottoposizione al vaglio dell’opinione pubblica informata potrebbero essere elementi utili anche a superare le accuse di paternalismo ‘poco libertario’ che il *nudge* porta con sé (Lavazza, 2011: 478 ss.).

## Conclusioni

L’aver posto brevemente l’accento sul ‘quinto potere’ rappresentato dai comitati tecnico-scientifici aiuta a calibrare anche il problema dal quale queste riflessioni hanno preso l’avvio, ovvero il rapporto tra modelli di razionalità e obbedienza.

Non è certo accogliendo in modo acritico qualsiasi risultato provenga dalle scienze empiriche, in questo caso le neuroscienze, che è possibile avanzare nella migliore comprensione dell’azione umana da regolare, eppure da questi risultati non pare davvero potersi prescindere.

Se, come si è visto, sembra essere connaturata al diretto moderno l’esigenza di conoscere il comportamento umano per poterlo regolare (Punzi, 2018), e

se la scienza è senz'altro 'autorità epistemica' principale all'interno dei nostri 'Knowledge States' (Jasanoff, 2012), non potrà di certo escludersi che essa concorra a produrre quei modelli di razionalità cui il legislatore dovrà in ogni caso rifarsi.

E, tuttavia, il diritto opererà inevitabilmente una trasfigurazione dei dati pure rilevanti che le scienze emergenti ad esso forniranno. La costruzione del modello di razionalità adottato dal legislatore è, non potrebbe essere diversamente, una costruzione, che seleziona dati mettendoli in forma, 'modellizzandoli' per l'appunto.

Certo, il modello, proprio come per le scienze naturali, sarà tanto più affidabile quanto più in grado di rendere conto di quella porzione di realtà – il comportamento decisionale umano – che assume come suo oggetto. Ma lo scarto, che rende possibile la scelta tra diversi modelli – e qui la sutura con il problema politico dell'uso della legislazione 'evidence based' – richiede sempre di essere giustificato, di essere cioè immesso nel circuito di validazione pubblico. Solo così la regolazione pubblica su base scientifica potrà superare le accuse tanto metodologiche – di naturalismo – quanto teleologiche – di paternalismo.

## Bibliografia

- Abramst K., Kerentt H. (2010), "Who's Afraid of Law and Emotions?", in *Minnesota Law Review*, 94: 1999-2063.
- Alemanno, A., Sibony, L. (EDS.) (2015), *Nudge and the law. A European perspective*, Oxford: Hart Publishing.
- Audegean P. (2014), *Cesare Beccaria filosofo europeo*, Roma: Carocci.
- Audegean P. (2016), "Critica della ragion penale. Beccaria e la filosofia", in *Diritto penale contemporaneo*, 1-8.
- Beccaria C. (1991 [1764]), *Dei delitti e delle pene*, Milano: Feltrinelli.
- Bombelli G. (2019), "Processi decisionali e categorie giuridiche: tra razionalità "classica" e spunti dal nudging", in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 18: 25-40.
- Caspar E. A., Christensen J. F., Cleeremans A., Haggard P. (2016), "Coercion Changes the Sense of Agency in the Human Brain", in *Current Biology*, 26: 585-592.
- Churchland P. (2005), "Moral Decision-Making and the Brain", in J. Illes (a cura di), *Neuroethics. Defining the Issues in Theory, Practice, and Policy*, Oxford: Oxford University Press.
- Clore G. L., Palmer J. (2009), "Affective Guidance of Intelligent Agents: How Emotion Controls Cognition", in *Cognitive System Research*, 10: 21-30.

- Connolly T., Zeelenberg M. (2002), "Regret in Decision-making", *Current Directions in Psychological Science*, 11: 212-216.
- Coppola F. (2021), *The Emotional Brain and the Guilty Mind: Novel Paradigms of Culpability and Punishment*, Oxford: Hart Publishing.
- Damasio A. R. (1994), *Descartes's Error. Emotion, Reason, and the Human Brain*, New York, tr. it. 1994, *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, Milano: Feltrinelli.
- De Francesco V. (2013), *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013.
- De Swaan A. (2015), *Reparto assassini. La mentalità dell'omicidio di massa*, Torino: Einaudi.
- Farano A., Marzocco V. (2020). "Expertise tecniche e decisori politici razionalità legislativa e uso dell'argomento scientifico nella produzione del diritto emergenziale", in S. Staiano (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 149-185.
- Fiandaca G., *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari: Laterza
- Galletti M., Vida S. (2018), *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, Roma: IF Press.
- Gardner J. (2008), "Introduction", in H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law* [1968], Oxford: Oxford University Press.
- Greene, J.; Cohen, J. (2004), "For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything.", in *Philosophical Transactions of the Royal Society B*, 359: 1775-1785.
- Haack S. (1999), "Defending Science – Within Reason", in *Principia*, (3)2: 187-211.
- Hart H. L. A. (1981), *Responsabilità e pena. Saggi di filosofia del diritto* [1968], Milano: Edizioni di Comunità.
- Hart H. L. A. (2008), "Legal Responsibility and Excuses", in *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* [1968], Oxford: Oxford University Press.
- Hollander M. M. (2015), "The repertoire of resistance: Non-compliance with directives in Milgram's 'obedience' experiments", in *British Journal of Social Psychology*, 54: 425-444.
- Jasanoff S. (1990), *The Fifth Branch. Science Advisers as Policymakers*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Jasanoff S. (2012), *Science and Public Reason*, New York: Routledge.
- Jonhston E., Olson L. (2015), *The Feeling Brain: The Biology and Psychology of Emotions*, New York: Norton Professional Books.

- Kahneman D. (2008), *Pensieri lenti e veloci*, Milano: Feltrinelli.
- Kahneman D., Tversky A. (1979), "Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk", in *Econometrica*, 47: 111-132.
- Kelsen H. (2000), *Lineamenti di dottrina pura del diritto* [1934], Torino: Einaudi.
- Lavazza A. (2011), "Le neuroscienze rivalutano alcune forme di paternalismo?", in *Filosofia politica*, 3: 469-491.
- Leiter B. (2007), *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford: Oxford University Press.
- Marcus S. J. (a cura di) (2002), *Neuroethics: Mapping the Field. Conference Proceedings*, New York.
- Maroney T. A. (2006), "Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field", in *Law and Human Behaviour*, 30:119-142.
- Marzocco V. (2018), *Nella mente del giudice. Il contributo di Jerome Frank al realismo giuridico americano*, Torino: Giappichelli.
- Mendez F. M. (2009), "The Neurobiology of Moral Behavior: Review and Neuropsychiatric Implications", in *CNS Spectrum*, 14: 608-620.
- Owen Jones D. (2013), "Seven Ways Neuroscience Aids Law", in A. Battro, S. Dehaene, W. Singer (eds), *Neurosciences and the Human Person: New Perspectives on Human Activities*, Scripta Varia, 121: 1-14.
- Punzi A. (2018), *Diritto in formazione. Lezioni di metodologia della scienza giuridica*, Torino: Giappichelli.
- Schwartz N., "Feeling as Information" in P. Van Lange, A. Kruglanski, E. Higgins (eds), *Handbook of Theories of Social Psychology*, Oaks, CA: (2011) SAGE Publications, 562.
- Schwartz N., Clore G. L (1988), "How Do I Feel about It? The Informative Function of Mood" in K Fiedler, J. Forgas (eds), *Affect, Cognition, and Social Behavior* (Toronto: Hogrefe)
- Simon, H.A. (1957), *Models of Man: Social and Rational; Mathematical Essays on Rational Human Behavior in Society Setting*, New York: Wiley.
- Simon, H.A. (1983), *Reason in Human Affairs*, Stanford: Stanford University Press.
- Thaler, R.H. (2000), "From Homo Economicus to Homo Sapiens", in *Journal of Economic Perspectives*, 14 (1): 133-141.

Thaler, R.H., Sunstein, C.R. (2008), *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New York: Yale University Press; tr. it. 2014 *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano: Feltrinelli.

Zorzetto, S. (2019), "Rational, Reasonable and Nudged Man", in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 19: 73-94.