

Filippo Contarini* ed Elisabetta Depace**

*Tra raccomandazioni e pittogrammi:
come gestire i nuovi “comandi gentili”?*

“Beh, se sono solo raccomandazioni e
immagini, allora non sono niente”
Un cancelliere del Tribunale federale svizzero

Abstract: The pandemic emergency has brought out the strong tendency in Switzerland to govern behaviours by means of recommendations, accompanied by visual elements. In this way, constitutionalists see liberal regulatory requirements respected, being able to regulate society without violating the principle of proportionality. Following the innovations of social marketing and neuromarketing, the state thus seeks to anticipate citizens’ feedbacks, questioning their subjectivity and restructuring the logic of consent. If citizens do not conform to the state’s indirect commands, their indiscipline is used as a pretext for the imposition of coercive emergency regulations. In this way the state reinforces its authority and simultaneously denies its responsibility for governmental action. Faced with these structural changes in the understanding of the liberal state, law faculties must respond by opening up to an interdisciplinary approach, in particular by establishing chairs of legal design.

Keywords: Swiss Law, Legal Design, Security State, “Conformativity”, Visiocracy.

Indice: 1. Introduzione. 2. Natura delle raccomandazioni nella pandemia di COVID-19 in Svizzera. 3. La nuova predilezione dei costituzionalisti per le raccomandazioni. 4. Il social marketing come strumento di interiorizzazione dell’autorità. 5. Il ruolo delle immagini nella “conformatività”. 6. La visiocracy e il nostro diritto. 7. Aprire le facoltà di giurisprudenza al legal design. 8. Conclusioni.

1. Introduzione

In Svizzera, i cittadini negli ultimi decenni da utenti disciplinati dal servizio pubblico sono diventati individui da accompagnare nelle loro libere scelte.

* Dr. iur. e incaricato d’insegnamento all’Università di Lucerna; PostDoc Mobility grantee del Fondo Nazionale Svizzero della Ricerca; filippo.contarini@ticino.com

** Dottoressa in Giurisprudenza dell’Università di Torino, Cand. Dr. iur. all’Università di Lucerna; elisabetta.depace@gmail.com

È sorta la convinzione che il modo più liberale di condurre i comportamenti individuali sia indicare raccomandazioni al posto di imporre regole giuridiche, moralizzando quindi l'attività statale. In questo articolo si propongono alcune riflessioni cursorie su questo nuovo approccio alla normatività statale, chiamata qui "conformatività". Si mostrerà che questi consigli comportamentali sono viepiù sostenuti da strategie di marketing e da supporti visuali (immagini, colori, pittogrammi, design accattivanti) per far sì che la società si conformi alle raccomandazioni proposte. I costituzionalisti svizzeri vedono con favore questo modo statale di condurre la società. Avendo certificato che non è accertabile quale sia la loro efficacia, le raccomandazioni risultano infatti giuridicamente innocue.¹ Questa rinuncia dei giuristi di fronte alla materialità del comando (anche se espresso solo come consiglio di comportamento) dà libero accesso alle evoluzioni biopolitiche dello Stato (post)moderno e comporta l'emersione di un nuovo soggetto di diritto.

Nell'analisi che segue si tratta in particolare la forma grafica che accompagna questa attività informativa statale, spogliandola della sua presunta neutralità. Notando che lo Stato usa la cosiddetta "eccedenza di senso" delle immagini per svincolarsi dai legami giuridici tradizionali, si questionano quali siano le interazioni dell'attività pubblica con altre discipline comunicative emergenti nello spazio sociale. Infine si propone che il mondo accademico apra i suoi margini disciplinari alle novità grafiche. Invece di ignorarle o reprimerle, deve indagare i loro funzionamenti, integrarli nei corsi accademici e fornire una critica costruttiva all'evoluzione visuale della comunicazione d'autorità. Un modo per farlo è aumentare la varietà delle figure professionali prodotte dalle facoltà di giurisprudenza, ad esempio formando i legal designer.

2. Natura delle raccomandazioni nella pandemia di COVID-19 in Svizzera

La Confederazione svizzera ha affrontato la pandemia COVID-19 affidandosi alla comunicazione dell'Ufficio federale di sanità pubblica (UFSP). Da qui venivano emanate raccomandazioni di comportamento per ridurre il rischio pandemico². La base legale di queste attività informative risiede nella Legge sulle Epidemie del 28.9.2012 (LEp).

Art. 9 cpv. 3 LEp – Informazione: "[L'UFSP] Pubblica raccomandazioni, che aggiorna regolarmente secondo lo stato della scienza, in merito ai provvedimenti da adottare

1 Cfr. Müller and Müller-Graf 1995: 388; tutte le citazioni qui riportate sono tradotte da noi direttamente in italiano.

2 In seguito, alcune raccomandazioni sono diventati obblighi. P.e. il 13.1.2021 la raccomandazione di lavorare da casa in vigore da alcuni mesi è diventata un obbligo (art. 11 cpv. 1 dell'Ordinanza sui provvedimenti per combattere l'epidemia di COVID-19 nella situazione particolare, RU 2021 7). Si noti che Cirigliano and Niemeyer (2020: nr. 27) consideravano la raccomandazione già come un obbligo. Si noti che Cirigliano è segretario centrale di un sindacato.

contro le malattie trasmissibili e sull'utilizzazione di agenti patogeni. Se sono coinvolti altri uffici federali, l'UFSP agisce d'intesa con questi ultimi”.

Lo scopo di questa norma di legge, a mente del governo, sarebbe permettere ai cittadini di decidere da soli³ su come comportarsi in caso di epidemia, basandosi sulle informazioni governative:

mediante informazioni, raccomandazioni e consulenze, gli individui o gruppi di individui con caratteristiche comuni (p. es. i portatori di una determinata malattia) devono [essere] incitati a proteggere se stessi e gli altri da un contagio. In base ad analisi della situazione [...] sono formulate raccomandazioni destinate a individui o a istituzioni. L'idea è di trasmettere e rafforzare il rispetto e la responsabilità nei confronti di sé stessi e degli altri.⁴ [...] In particolare negli ambiti in cui le decisioni e i comportamenti personali possono avere conseguenze per la propria salute o per la salute di terzi, devono essere offerte opzioni d'azione e basi decisionali allo scopo di promuovere la salute.⁵

Anche nella sua attività informativa pubblica il governo ha apertamente spiegato che l'obiettivo era trasmettere “responsabilità individuale e solidarietà”, dato che la pandemia toccava tutti quanti⁶.

La dottrina costituzionale sostiene che le raccomandazioni⁷, conformemente al principio di proporzionalità,⁸ siano un modo “più liberale”⁹ di agire dello Stato rispetto alle usuali norme giuridiche, dato che storicamente valgono come mere informazioni,¹⁰ che il diritto non riesce a intercettare come strutture normative. Ad esempio nel 1986, esplosa la centrale nucleare di Tschernobyl, una commissione chiamata a suggerire le misure di protezione nel caso di nuvole radioattive

3 V. già Müller and Müller-Graf 1995: 358; il tema dell'attività informativa dello Stato è stato oggetto del Convegno annuale della Società svizzera dei giuristi nel 1999.

4 Messaggio del 3 dicembre 2010 concernente la revisione della legge federale sulla lotta contro le malattie trasmissibili dell'essere umano (Legge sulle epidemie, LEp), Foglio Federale (FF) 2011 283: 329.

5 *Idem*: 337.

6 Swissinfo online 2020.

7 Tschannen 1999: 371 ss. distingue alcune caratteristiche tipiche delle raccomandazioni (e degli avvertimenti). In particolare, che titolari sono le autorità amministrative nell'esecuzione dei loro compiti, informando direttamente attraverso campagne pubblicitarie con l'aiuto di agenzie professionali l'intera popolazione e talvolta alcuni gruppi particolari (p.e. i giovani).

8 Mahon 1999: 249 nota che le raccomandazioni devono rispettare la legge, essere emanate dall'autorità competente nello svolgimento dei suoi compiti ed essere funzionali a un interesse pubblico. Infine, devono adempiere i requisiti dell'uguaglianza di trattamento e della buona fede.

9 Mahon 1999: 248.

10 Per Mahon 1999: 219 ss. le informazioni si muovono in una zona grigia fra il diritto e il non-diritto. La raccomandazione sarebbe una “informazione incitatrice” (“*Verhaltenslenkende Information*”: si noti che il concetto tedesco di *lenken*, ovvero condurre i comportamenti umani, nello spazio culturale italofono sembra non avere un equivalente semantico...), per cui lo Stato usa spot pubblicitari, esposizioni, regalini, ecc.; anche Müller and Müller-Graf 1995: 361, la definiscono una “zona grigia”; per Tschannen 1999: 361, le raccomandazioni vogliono essere “efficaci nei comportamenti” senza essere “efficaci nel diritto”.

raccomandò a tutti di pulire a fondo l'insalata. Di tutta risposta, il popolo smise di comprarla... Di fronte ai cali delle vendite i produttori fecero causa al governo rivolgendosi al Tribunale federale (TF) per essere risarciti. Questi negò però qualsiasi ruolo operativo del governo nell'attività informativa:

Il calo del consumo [di insalata] fa parte della stessa catena causale della paura della popolazione causata dalla semplice conoscenza delle radiazioni. Le comunicazioni [governative] in questione sono solo un elemento aggiuntivo in questa paura.¹¹

Quell'indicazione di lavare l'insalata

rispechiava solamente le conoscenze delle autorità sugli eventi e conteneva regole di condotta generalmente accettate.¹²

Per il TF mancava insomma un momento decisionale, l'attività governativa era a somma zero. Non possiamo però ingannarci: dietro alle raccomandazioni sta un retropensiero. Per il costituzionalista Tschannen esse sono dei surrogati normativi, usate:

1. quando emanare una regolamentazione senza ancora conoscere gli effetti dell'azione statale sarebbe irresponsabile. La raccomandazione varrebbe allora come una sorta di regolamentazione in prova;
2. quando appaia adeguato prendere misure contro un determinato fenomeno, ma manca consenso politico sufficiente per emanare una norma giuridica;
3. quando l'autorità amministrativa non sappia far fronte con mezzi propri all'incarico datole dallo Stato, rendendo necessario scaricare la responsabilità d'esecuzione direttamente sulle spalle dei cittadini;
4. infine, laddove la segmentazione sociale renda inefficace una regolamentazione unitaria. In questo caso la raccomandazione permette ai vari collettivi di adeguarsi in modo differente fra loro, ma conformemente alla proposta statale¹³.

Dal profilo categoriale le raccomandazioni sono "atti materiali dalla struttura generale-astratta"¹⁴ in cui la cerchia delle persone coinvolte è simile a quella delle disposizioni generali¹⁵. Vi è un'intenzione normativa, sebbene non si ricorra alla forza del diritto. Si tratta di azioni amministrative informali unilaterali (non cooperative) attraverso le quali i privati vengono spinti a comportarsi volontariamente in un certo modo senza che siano esposti a una particolare forma giuridica. Nonostante l'intervento diretto sui cittadini, l'autorità non è quindi tenuta a garantire il diritto di essere sentiti¹⁶. Le raccomandazioni dipendono dai destinatari e per que-

11 DTF 116 II 480 p. 488, c. 3. c).

12 *Ibidem*.

13 Tschannen 1999: 376 ss.

14 Zünd and Errass 2020: 78; cfr. Kiener, Rüttsche and Kuhn 2015, nr. 428; v. anche Mahon 1999: 221 e Tschannen 1999: 375.

15 V. Tschopp-Christen 2009: 137.

16 Tschopp-Christen 2009: 166; Tschannen 1999: 449, chiede che l'efficacia della comunicazione sia verificata da esperti.

sto operano con gratificazioni e sanzioni esterne al diritto¹⁷. Lo Stato rinunciando alla *forma* della *norma* si accolla il rischio di non trovare la collaborazione di alcuni cittadini e di non avere strumenti giuridici per imporla¹⁸.

Nonostante l'assenza della forma, le raccomandazioni possono scatenare effetti giuridici, p.e. se causano un comportamento di massa, provocando così la violazione dei diritti di qualcuno.¹⁹ La loro impugnabilità non è però garantita. Gli atti materiali non mirano direttamente alla modifica del rapporto giuridico fra lo Stato e il cittadino²⁰, per cui l'assenza della forma giuridica ne condanna l'impugnabilità²¹. Essa può essere ‘restituita’ trasponendo l'atto materiale in una disposizione che ne verifichi la liceità (art. 25a PA)²². La singola persona deve in questo caso avere un interesse degno di protezione e un interesse pratico e attuale ad ottenere una disposizione formale dell'autorità²³. Tutto semplice? Assolutamente no: nel caso in cui il destinatario dell'atto materiale sia una cerchia indeterminata di persone, non basta che il singolo che voglia ottenere una nuova *forma* all'atto provi un interesse personale proprio e diretto, ma deve anche dimostrare perché sarebbe più svantaggiato rispetto ad altri a causa di quell'atto. Deve inoltre mostrare che l'intensità della lesione del suo interesse giustifichi una giuridificazione dell'atto materiale. Questa pretesa di individualizzazione ha la funzione di evitare azioni collettive²⁴ e rende la giustiziabilità della raccomandazione quasi irraggiungibile.

3. La nuova predilezione dei costituzionalisti per le raccomandazioni

Nella gestione emergenziale del COVID-19 sembra essere emersa una novità discorsiva riguardo le raccomandazioni. Considerando che la pandemia riguarda tutti indistintamente, una costituzionalista (e medico) ha consigliato allo Stato di usare le raccomandazioni come se fossero ‘norme monche’, forte della consapevolezza della loro non-giuridicità (e non-impugnabilità). Paradigmatica la posizione sulle cosiddette tracing apps da scaricare sui nostri smartphones²⁵: il governo avrebbe *do-vuto* raccomandare ai concittadini di scaricare la app,²⁶ mentre un obbligo avrebbe

17 Tschannen 1999: 376.

18 Tschopp-Christen 2009: 28 s. e gli studi citati.

19 Cfr. Mahon 1999: 247 s. e la letteratura citata; Tschannen 1999: 410, sostiene che gli interventi dell'amministrazione sulla libertà di una persona attraverso un atto materiale sono da valutare come nel caso di un atto giuridico. V. anche il Messaggio del 3 dicembre 2010 concernente la revisione della LEp (cit.): 338.

20 Tschopp-Christen 2009: 30.

21 Cfr. Tschopp-Christen 2009: 31; per un aumento dei margini di giustiziabilità v. già Mahon 1999: 258.

22 Kiener, Rüttsche and Kuhn 2015, nr. 328; si tratta di una concretizzazione dei diritti procedurali così come espressi negli artt. 6 e 13 CEDU, *idem*, nr. 432.

23 *Idem*, nr. 437 s.

24 Tschopp-Christen 2009: 138; Zünd and Errass 2020: 78.

25 Peraltro, considerata un “prodotto medico”, Vokinger 2020: 417.

26 Vokinger 2020: 421 s.) si chiedeva anche se il governo avrebbe avuto il dovere di sviluppare una app. la risposta era negativa perché ve ne erano già a disposizione sul mercato.

violato i diritti umani, non essendo né conforme al principio di proporzionalità, né alla protezione dei dati²⁷. Si mostrava sicura che la raccomandazione sarebbe stata seguita dai cittadini (o perlomeno dal 60% di loro), dato che i sondaggi dimostrerebbero che il popolo svizzero si fida delle sue autorità quando gli si dice cosa fare.²⁸ Infine l'autrice spiegava che la raccomandazione di scaricare la tracing app sarebbe dovuta essere rivista non appena fosse stata trovata una misura sanitaria alternativa meno invasiva nella vita del cittadino. Per questo il governo avrebbe dovuto controllare periodicamente se la raccomandazione fosse ancora adeguata²⁹. Se invece le condizioni sanitarie fossero cambiate in peggio, ecco che sarebbe stato possibile istituire l'obbligo di download³⁰. L'art. 7 LEp (ovvero il diritto di emergenza previsto per legge)³¹ avrebbe verosimilmente fornito la base giuridica sufficiente per un tale obbligo³². Si noti che fino a pochi anni fa il paradigma era il contrario: la dottrina chiedeva di gestire la crisi anzitutto attraverso l'emanazione regole eccezionali³³.

Nelle parole della costituzionalista troviamo un passaggio logico dalla raccomandazione all'obbligo che ci sembra essere sempre più comune nel pensiero costituzionale. Funziona da modello operativo 'multifase'. Anzitutto lo Stato emana una raccomandazione nell'aspettativa che i cittadini facciano quello che si dice loro. Nel caso in cui ciò non succeda, lo Stato impone un obbligo, dando la colpa agli stessi cittadini 'indisciplinati' per questo destino ineluttabile.³⁴ Chiaramente l'osservazione retrospettiva smaschererà poi la natura della raccomandazione. Si osservi ad esempio

27 Vokinger 2020: 423; già Tschannen 1999: 402, notava che nella dottrina i giuristi si affrettano a sostenere che anche le raccomandazioni devono sottostare ai diritti umani, ma all'atto pratico nessuno sa bene come. Tschannen 1999: 413, tende a minimizzare il rischio che le raccomandazioni diventino "macchinari ammaestranti che ruotano incessantemente". In quel caso, sarebbero sproporzionate. Per una giuridificazione delle raccomandazioni nel senso della conformità ai diritti umani v. già Müller and Müller-Graf 1995: 379 ss., che però in ambito sanitario peroravano la causa della diminuzione dell'autodeterminazione individuale.

28 Vokinger 2020: 421; NB: quelle affermazioni erano traballanti, espressione di una certa autoreferenza metodologica. Quando l'UFSP emanò una "forte raccomandazione" d'indossarla, subito la popolazione esprime in altri sondaggi (!) il bisogno che la politica emanasse un obbligo formale generale, v. Matt 2020. Nessuno infatti si atteneva alla raccomandazione! La teoria dei giochi spiega come mai: visto che dalla stampa si sapeva che la testa dello stesso UFSP non credeva nella bontà del provvedimento, ecco che di fronte all'incertezza nessuno era disposto a rinunciare alla propria libertà (a causa del cosiddetto "dominio strategico"), v. Pouly and Zitzler 2020.

29 Vokinger 2020: 422; già Müller and Müller-Graf 1995: 399 ss., spiegavano che l'informazione deve essere adeguata ad adempiere lo scopo, deve essere usato lo strumento informativo meno gravoso e l'informazione deve essere ragionevole.

30 Vokinger 2020: 423.

31 "Se una situazione straordinaria lo richiede, il Consiglio federale può ordinare i provvedimenti necessari per tutto il Paese o per talune parti di esso."

32 Cfr. Biaggini 2017, nr. 16 ss. ad art. 36 Cost.

33 P.e. Rechsteiner 2016: 13.

34 Si noti che questo approccio 'multifase' era uno dei rischi prospettati dai critici del *nudging*, a cui Thaler and Sunstein già nella prima versione del loro bestseller, Thaler and Sunstein 2008: 236 ss., rispondevano spiegando che il loro obiettivo era dare più libertà decisionale, non diminuirli; nei capitoli 5 e 6 qui sotto mostriamo più da vicino il legame fra le raccomandazioni, le immagini e il *nudging*.

la presa di posizione del portavoce della polizia cantonale ticinese all'inizio del 2021, secondo cui durante la pandemia bisogna reprimere i comportamenti *scorretti* e le raccomandazioni avevano l'obiettivo di sensibilizzare al comportamento *corretto*:

Adesso, in questa fase della pandemia dove ci troviamo da quasi un anno a sensibilizzare le persone, con l'arrivo della possibilità di sanzionare con multe disciplinari dei comportamenti scorretti l'approccio della polizia sarà un po' diverso. Si privilegerà meno il dialogo e si andrà più sulla sanzione diretta.³⁵

Ne deriva che il consenso politico (in teoria alla base del modello dello Stato di diritto) non vale più come strumento *formale* legittimante ex-ante di un'attività regolatrice dello Stato. Esso è piuttosto *materiale*: vale come costruzione di un margine disciplinare a cui i cittadini devono adeguarsi senza che alcun dialogo sia necessario, 'costringendo' poi l'autorità ad adottare norme coercitive qualora l'aspettativa venga delusa. Infine, tutto viene sottoposto a referendum, per cui il consenso vale come sanatoria ex-post,³⁶ con la particolarità che un'opposizione alle regole da sanare causerebbe grande incertezza, un argomento ovviamente usato nella campagna di votazione³⁷. La *forma* viene quindi sostituita dalla *necessità*, sia al momento di emanare la norma emergenziale, sia al momento di catturare il consenso per sanarne la legittimità lacunosa.

4. Il social marketing come strumento di interiorizzazione dell'autorità

Sin dagli anni '50 il marketing è concepito come una tecnica di vendita e comunicazione. Essa è basata sul cosiddetto marketing-mix (4P): politica del prodotto, politica dei prezzi, politica della distribuzione e politica comunicativa³⁸. Dagli anni Settanta quelle tecniche hanno cominciato ad essere trasportate anche nella comunicazione a scopi sociali, il cosiddetto social marketing³⁹. L'idea è di influenzare attraverso messaggi persuasivi⁴⁰ un target di individui ad accettare, modificare o abbandonare volontariamente determinati comportamenti. Lo scopo è ottenere un vantaggio per gli individui e per l'intera società⁴¹, ottenere grandi risparmi, dare accesso a risultati quantificabili in relativamente breve tempo e affrontare problemi sanitari ad alto impatto sociale⁴². L'approccio è di tipo economico, punti

35 Quotidiano RSI.

36 Il 13.06.2021 il popolo svizzero (votante) ha approvato la Legge COVID-19 del 25 settembre 2020, un favore ribadito in via referendaria il 28.11.2021. Per una critica a quell'attività legislativa "sanatrice" v. Kley 2021.

37 "Un no comporterebbe grandi incertezze per loro e per i loro dipendenti.", argomenti a favore, nel Libretto di spiegazione alla Votazione popolare 2021.

38 Walsh, Desensiss and Kilian 2020: 7 s.

39 Kotler and Zaltman 1971.

40 Stanton and Varaldo 1986: 366.

41 Lee and Kotler 2015: 8.

42 Baum 2007.

di riferimento sono l'efficacia e l'efficienza.⁴³ I criteri scientifici usati per la sua valutazione sono il cambiamento dei comportamenti, la ricerca sui consumatori, la segmentazione, il targeting, lo scambio, la concorrenza e il marketing mix⁴⁴.

Spostando attenzione sul cliente, il marketing è progressivamente diventato una scienza comportamentale⁴⁵, chiedendosi come funzionino le reazioni percettive individuali e aprendosi al neuromarketing (o marketing comportamentale; anche nudge marketing). Si applicano “metodi neuroscientifici all'analisi e alla comprensione dei comportamenti economicamente rilevanti”⁴⁶. Se nel marketing commerciale ‘tradizionale’ le analisi erano condotte anzitutto tramite interviste, focus groups, ricerche ed osservazioni, con il neuromarketing si studiano le differenze individuali anche a livello biologico. L'idea è riuscire ad anticipare i desideri inconsci delle persone nonché il loro soddisfacimento, scoprendo i motivi che spingono i soggetti ad optare per una determinata scelta.⁴⁷ Si sviluppano così campagne mirate, stimolando feedback individuali⁴⁸. A questo pro vengono usati gli strumenti del nudging, ovvero quel modo di dare forma all'ambiente dell'individuo attraverso architetture decisionali che lo spingano a prendere decisioni utili per i suoi interessi. Secondo Thaler e Sunstein questo “paternalismo libertario” è necessario

quando l'individuo è disattento, le decisioni sono difficili, non sono previsti feedback immediati o quando non si riesca a tradurre le informazioni ricevute in uno schema di senso che già si possiede.⁴⁹

Influenzandone le scelte, ci si prefigge di massimizzare il benessere o la salute dell'individuo, ma anche della società tutta⁵⁰.

Lo Stato svizzero ha sposato i metodi del social marketing per condurre i comportamenti sociali dei cittadini. La crisi pandemica ha palesato questa tendenza. Sin dal febbraio 2020 l'UFSP per la sua campagna ha collaborato in modo strettissimo con un'agenzia pubblicitaria⁵¹ che ha fatto dell'uso del neuromarketing il suo marchio di fabbrica. Esso ha

43 V. p.e. Guatri and Vicari 1986: 10 s.

44 Luca and Suggs 2013; v. anche Lee and Kotler 2016: 481.

45 Lepore 2009.

46 Gallucci 2016: 24; la pubblicità agisce su una dimensione psicologica profonda, v. Gutjahr 2019: 13.

47 Gallucci 2016: 35.

48 Gallucci 2016: 11 ss.

49 V. sempre Thaler and Sunstein 2011: 91 ss.. Si noti che anche nel diritto sta emergendo un certo interesse per il *nudging*, v. Basel and Meier 2020 e Zorzetto and Ferraro 2019.

50 Cfr. Penna 2021: 127; Borden già nel 1942 sottolineava che “l'uso dell'influenza nelle relazioni commerciali è uno degli attributi fondamentali di una società libera, così come la persuasione e la contropersuasione sono esercitate liberamente in molti altri campi di una società libera”, cit. in Stanton and Valardo 1986: 366.

51 Nella crisi pandemica Covid-19 il team del BAG e l'agenzia Rod hanno lavorato in modo altamente integrato, tanto da essere diventati indistinguibili, v. Rodcast Folge 9; l'agenzia madre (Farner) ha chiamato quel rapporto di co-creazione interdisciplinare una “fusione” di Rod

un posto centrale: guida il nostro pensiero quotidiano, le strategie che sviluppiamo, gli slogan che scriviamo e le campagne che produciamo per i nostri clienti [... permettendo di...] *anticipare* i nuovi bisogni e comportamenti dei consumatori.⁵²

L'idea di fondo è riuscire a decodificare il mondo emozionale di chi ne è soggetto⁵³. Una decisione visuale fondamentale dell'agenzia di marketing è stata la scelta di orientarsi ai colori per segnalare il grado di pericolo⁵⁴. L'efficacia iniziale del rosso è documentata: nel marzo del 2020 il 92% delle persone intervistate in un sondaggio ha detto di aver visto i poster dell'UFSP sul COVID-19 più volte al giorno⁵⁵. Anche i pittogrammi sono considerati emblematici.⁵⁶ Come spiegava il responsabile della campagna dell'UFSP all'inizio della pandemia, lo scopo dell'attività informativa dello Stato non era sensibilizzare, ma piuttosto di "comunicare dure regole di comportamento e di igiene"⁵⁷. In seguito, in settembre, il UFSP ha moderato la propria *mission*, ritenendo che il compito della campagna fosse ora sensibilizzare i cittadini così da far prendere loro autonomamente le proprie decisioni.⁵⁸ Per i marketers invece la sensazione non è cambiata: l'idea è sempre stata che con la campagna si stavano dando "indicazioni su come agire" (*Handlungsanleitungen*)⁵⁹, facendo sì che le persone avessero sempre in mente le regole di igiene e di comportamento. In questo senso era sin da subito chiaro a tutti la necessità di usare imperativi, sebbene non siano uno strumento comune nel marketing⁶⁰. Chiaramente la campagna visuale da sola non bastava: gli studi nell'ambito delle scienze della salute in questo campo sono chiari: per ottenere cambiamenti comportamentali, gli interventi di social marketing devono essere accompagnati da un sostegno politico compatto⁶¹.

con l'UFSP, v. <https://www.farner.ch/2020/05/so-schuetzen-wir-uns-kampagne-erfolgskriterien-ko-kreation-farner-flash/> (il sito non è più funzionante e malauguratamente non abbiamo fatto dei printscreen); campi di attività di Rod sono content, campaigns, public affairs, publicity, venture e strategy, v. Persoenlich.com online 2019.

52 Marchand 2021 (corsivo nostro).

53 Vengono usate ad esempio le risultanze degli studi di *eye-tracking*, i *cognitive biases* o il test dei 5 secondi. Gli intervistati da Gottstein (2019) notano che questo tipo di competenze è regolarmente impiegato su mandato della Confederazione; l'UFSP ribadisce di rifarsi alle risultanze empiriche, v. anche <https://www.spectra-online.ch/de/spectra/news/1die-erste-stop-aids-kampagne-ist-heute-noch-weltweit-ein-vorzeigemodell-fuer-erfolgreiches-social-marketing-r-389-29.html> (ultimo accesso 18.8.2022).

54 Werbewoche online 2020.

55 Loser and Zürcher 2020; sul ruolo dei colori per stimolare le emozioni si vedano gli studi di Eiseman 2017.

56 Persoenlich.com online 2020b.

57 Persoenlich.com online 2020c..

58 Rodcast Folge 9 2020.

59 Rod realisiert BAG Kampagne gegen Corona, Rod online 2020.

60 Quando è stato impartito un vero e proprio ordine ai giovani (indicando su un poster: "*Mach's einfach!*") che in tedesco significa sia "Renditi la vita semplice!", ma anche "Fallo e basta!", c'è stata un'ondata di indignazione fra gli esperti. I sondaggi indicano però che la maggior parte della popolazione non ha ritenuto il messaggio inadeguato, persoenlich.com online 2020b.

61 Laverack 2017.

5. Il ruolo delle immagini nella “conformatività”

Il punto forte della campagna constava nella distribuzione gratuita di centinaia di migliaia di poster, appesi un po’ ovunque⁶² su vetrine e per le strade svizzere.⁶³ Contenevano le raccomandazioni sanitarie e dei pittogrammi, come si vede nel poster qui sotto del 1.3.2021 (emanato più di un anno dopo lo scoppio dell’emergenza).



Poster rosso distribuito alla popolazione dall’Ufficio federale della sanità pubblica svizzero, versione del 1.3.2021. I vecchi poster si trovano variamente su google.com.

Il sito ufficiale del materiale visuale dell’UFSP con i poster attuali è <https://ufsp-coronavirus.ch/download/> (ultimo accesso: 18.8.2022).

Dal profilo testuale, questa forma di comunicazione è solo a prima vista un richiamo all’altruismo, all’inclusione e alla comunità. In realtà oltre alle raccomandazioni troviamo una serie di elementi comunicativi che rafforzano la posizione dell’autorità statale nella decisione su come le persone debbano comportarsi. La linguistica spiega che l’uso del pronome “noi” (“ci”) descrive anzitutto una po-

62 Già Müller, Müller-Graf 1995: 383 s. si chiedevano se una pressione psicologica costituita da pubblicità martellanti sia così diversa da un’oppressione sanzionatoria, e riconoscevano in un esempio pratico che l’attività di raccomandazione dello Stato aveva assunto la forma di un comando.

63 Erano stampati gratuitamente dallo Stato, ma anche la cittadinanza ha contribuito autonomamente scaricandoli da internet. A giugno 2020 c’erano già stati 500’000 download, v. Persoenlich.com 2020a.

sizione di potere.⁶⁴ Così anche l’uso dell’infinito iussivo (“tenersi”, “usare”), che crea una condizione di sospensione semantica. Esso ricorda che, al netto di tutti i richiami alla responsabilità individuale, l’autorità rimane saldamente nelle mani dell’emittente del messaggio (qui: lo Stato)⁶⁵.

Dal profilo pratico, se il neuromarketing in sé appare come concetto sovrastimato,⁶⁶ i marketers cercano di usarlo in modo produttivo. Il mix della percezione del testo⁶⁷ e dell’immagine⁶⁸ è particolarmente produttivo. In una ricerca condotta su chi viaggia senza biglietto ferroviario è stata analizzata l’efficacia di un poster raffigurante due occhi che osservavano il passeggero, e di un altro poster che riportava lo stesso soggetto fotografico, a cui era aggiunto un testo prescrittivo (dove si enunciava l’obbligatorietà del biglietto), e uno descrittivo (dove si asseriva che il comportamento più comune fra i viaggiatori che transitavano in quella stazione era di pagare il biglietto). Mentre con il primo cartellone i viaggiatori senza biglietto diminuivano dell’8% ca., nel secondo caso diminuivano del 53% ca.⁶⁹ L’immagine è peraltro centrale nel social marketing sanitario, ad esempio laddove ci sia un eccesso di informazioni.⁷⁰ Ecco che i pittogrammi,⁷¹ che a prima vista servono solo ad accompagnare le raccomandazioni, rendendole più facili da immaginare, hanno la funzione di rafforzare l’autorità dell’emittente del messaggio. Esse “eccedono”⁷² il contenuto di senso del testo che le accompagna ed esprimono il comando.⁷³ È un’autorità rafforzata dall’uso del nastro rosso e bianco da cantiere,

64 Per La Fauci 2016: 395 questo tipo di “noi” espresso da parte di chi “si prende cura” porta come significato che “tu fai come io dico e io, che lo dico, soprintendendo, partecipo”. Non è per contro un imperativo. Questo “noi” è espressione di dominio politico, non di empatia comunitaria: “in tali enti, chi impugna ultra-io, chi si autorizza a dire o viene lasciato dire noi si situa in una posizione di prominenza. Vi prende un potere, se non il potere: in qualche modo e comunque vada, con destrezza, con inganno, con violenza” (La Fauci 2016: 399). La Fauci sostiene che questo “forte tono paternalistico lo rende inadatto al discorso pubblico, come di norma è il discorso politico” (La Fauci 2016: 395). Non solo Cass Sunstein, ma l’intera crisi COVID-19 ne ha invece mostrato la forza nella società del rischio.

65 L’infinito iussivo emerge con forza in un poster COVID-19 dell’estate del 2020 in cui si indicava tutto in maiuscolo “RESTARE A CASA ANCHE CON IL BEL TEMPO. ORA PIÙ CHE MAI”. Lo iussivo è per definizione ambiguo. Come ben nota Scarpa 2017, “L’infinito verbale è un ordine, un comando, un’incitazione, un suggerimento, un consiglio, un supporto, un’istruzione, un’istigazione. Un promemoria. In esso, stato indefinito dell’atto e intimazione all’atto coincidono”.

66 Walsh, Deseniss and Kilian 2020: 58.

67 Leboff 2020: 120; Hofmann 2020: 22 ss.

68 Potter et al. 2014; Lindstrom 2005; Nel contesto dei social media si stima che usando immagini ci sia un miglioramento della trasmissione del contenuto fino al 65%, Klein et al. 2020, che consigliano di usare a fondo i social media.

69 Cominelli 2021: 135, citando Ayal et al. 2019.

70 P.e. Baker 2011.

71 Le persone rappresentate nei pittogrammi sono sempre *gender-neutral*, verosimilmente per risultare più inclusive possibile. Assomigliano però anche a dei fantasmi, “*quite literally the nonbeing of the subject*”, Goodrich 2013: 513.

72 Sul “supplément pericoloso” di Derrida e il concetto di “traccia” v. ora Weigel 2015: 28 ss.

73 Come spiega Goodrich, si possono intendere le immagini come “l’altro lato” del di-

che chiede alla cittadinanza di sentirsi travolti da un ambiente pericoloso e soggetto al cambiamento improvviso. Chiede di seguire le indicazioni del Capocantiere (qui: lo Stato).

Osserviamo più da vicino alcuni pittogrammi dei poster COVID-19 emanati fra il 2020 e il 2021. Spesso rimaneva immutato, sebbene il relativo testo “informativo” cambiasse e mutasse da un poster all’altro, talvolta addirittura diventando da una raccomandazione a una prescrizione. Il che suggerisce che in realtà la raccomandazione non fosse solo un’informazione, ma una particolare forma che chiameremmo “comando gentile” che imponeva “conformatività”⁷⁴ alla cittadinanza.

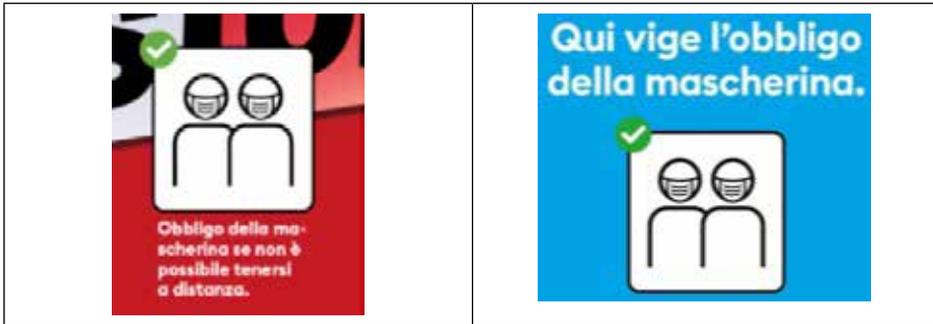


Pittogramma sull’uso delle mascherine estratto da un poster COVID-19 rosa dell’UFSP, 29.4.2020

Pittogramma sull’uso delle mascherine estratto da un poster COVID-19 arancione dell’UFSP, 9.10.2020

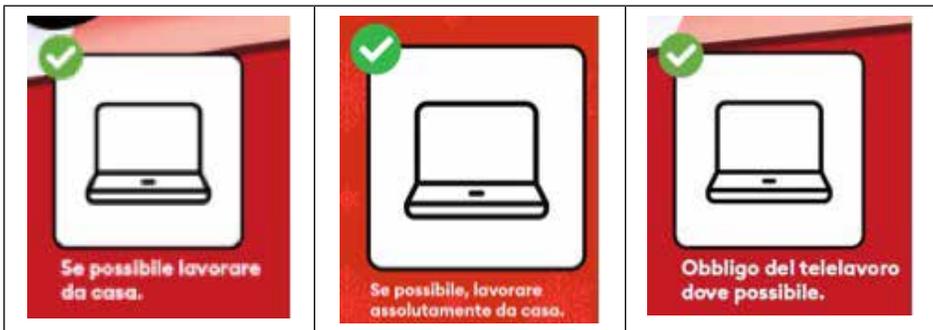
ritto, Goodrich 2016, min. 9.45. Ci si muove in quel che Luhmann 1995 in particolare: 170, chiama *Unrecht*, ovvero l’altro lato della differenza *Recht/Unrecht*. Non dissimilmente Agamben 2003: 52, si riferisce alla forza di legge (per motivi meramente digitali causati da Word, il barrato sostituisce qua la crociatura di Agamben nel testo originale).

⁷⁴ Dopo aver elaborato questo termine abbiamo scoperto le note parole certo più autorevoli delle nostre di Sabino Cassese del 2009, secondo cui “al diritto ‘macchina dell’obbedienza’ oggi si affianca sempre più di frequente il diritto ‘regola di conformazione’. Questo diritto non richiede obbedienza. Esso organizza i modi dell’osservanza in maniera diversa, spingendo i destinatari a conformarsi, oppure creando sistemi di convenienze, che inducono al consenso con le prescrizioni delle norme”, in *Eclissi o rinascita del diritto?*, cit. da Ferrarese 2012: 111.



Pittogramma sull'uso delle mascherine estratto da un poster COVID-19 rosso dell'UFSP, 29.10.2020

Pittogramma sull'uso delle mascherine estratto da un poster COVID-19 azzurro dell'UFSP, 7.9.2020



Pittogramma sul telelavoro estratto da un poster COVID-19 rosso dell'UFSP, 29.10.2020

Pittogramma sul telelavoro estratto da un poster COVID-19 rosso dell'UFSP, 9.12.2020

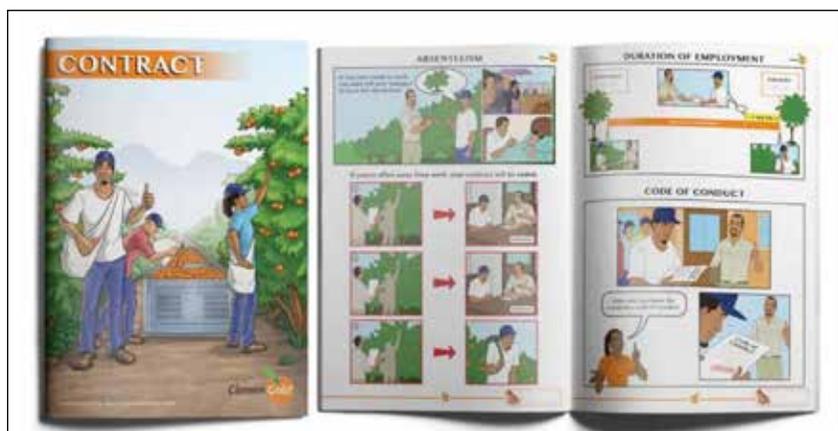
Pittogramma sul telelavoro estratto da un poster COVID-19 rosso dell'UFSP, 1.3.2021

Dalla “seconda ondata” pandemica all’angolo in alto a sinistra dei vari pittogrammi è stata posta una spunta verde. Essa accompagna indistintamente raccomandazioni e obblighi. Usa la logica della “check-list”, come se l’osservatore fosse posto di fronte a un compito che era “to do”, suggerendo addirittura che esso sia già stato compiuto. La spunta verde opera un re-entry: l’osservatore che non si sia ancora conformato viene esposto a un’implicita comunicazione di biasimo, di senso di ritardo nell’osservatore che non si sia ancora conformato. La spunta verde imposta d’autorità istilla insomma un senso di colpa. È piuttosto chiaro che questa comunicazione non è solo informativa, ma è piuttosto una spinta dolce (un nudge) per condurre l’osservatore ad adempiere il suo compito. In questo senso è un “comando gentile”.



Spunta verde estratto da un poster COVID-19 rosso dell'UFSP, 29.10.2020

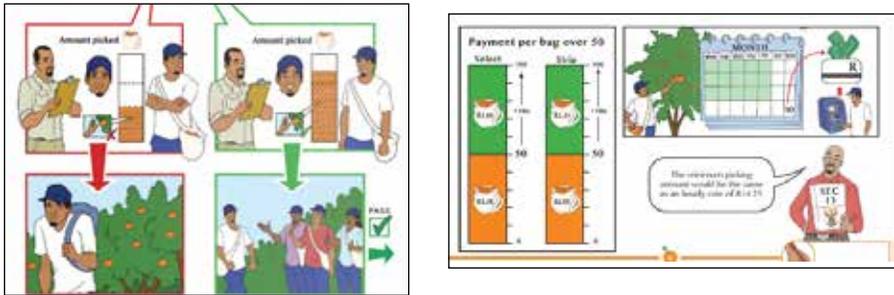
Il comando per immagini sta emergendo anche nel diritto privato, dove si fanno strada i *visual contracts*⁷⁵, di cui l'esempio sudafricano disegnato da Creative Contracts è paradigmatico. Consiste in un contratto stipulato fra agricoltori e lavoratori nella forma del fumetto. L'obiettivo è rendere consapevoli i lavoratori, spesso analfabeti, della prestazione che devono al datore di lavoro. Devono impegnarsi, essere puntuali e lavorare in modo igienico e sicuro. Il comic contract appare più efficace del linguaggio semplificato⁷⁶, e verosimilmente migliora la vita dei lavoratori⁷⁷.



⁷⁵ V. Brunschwig 2019; Kohlmeier 2018; v. anche per un'altra fattispecie contrattuale McGuire and Andersen 2019; sul *legal design* v. anche Passera 2015.

⁷⁶ Ogni epoca ha vissuto le sue spinte semplificatrici, che hanno sempre provocato cambiamenti strutturali dell'approccio sociale al diritto. Per un approfondimento, v. Schott 2011.

⁷⁷ "Ecco perché vogliamo fare contratti che tutti possano capire. [...] Crediamo anche che nessuno debba subire l'indignazione di vedersi presentare un contratto che deve firmare ma che non può capire.", Creative Contracts, <https://creative-contracts.com/why-we-do-it/> (accessed 8 August, 2022).



Estratti del contratto visuale “Clemengold” per Indigo Fruit (Pty) Ltd, © Creative Contracts, <https://creative-contracts.com/clemengold/> (ultimo accesso: 18.8.2022).

Si noti però l’ottica unilaterale, quella del datore di lavoro che impone doveri al lavoratore. Ad esempio il diritto d’assentarsi per un funerale è riformulato come dovere di comunicazione verso il datore di lavoro. I disegni indicano a quali dispositivi debba attenersi per avere successo, ergo sono disciplinanti. Qualora il lavoratore riesca a rispettare le consegne, ecco che i suoi colleghi sono disegnati in posizione ilare e soddisfatta, di accoglienza, le logiche di inclusione del gruppo ricalcano i valori del datore di lavoro. Se invece il lavoratore è deludente nella sua prestazione, deve lasciare l’azienda nella *solitudine*. Anche in questo caso, come per i poster COVID-19, troviamo la spunta verde a simbolizzare la “conformatività”.



Estratto del contratto visuale “Clemengold” per Indigo Fruit (Pty) Ltd, © Creative Contracts, <https://creative-contracts.com/clemengold/> (ultimo accesso: 18.8.2022), p. 3.

Possiamo veramente dire che il comic contract sudafricano trasponga il diritto in immagini? La risposta è affermativa solo nel caso in cui si intenda il diritto come un linguaggio di trasmissione del *comando*. Solo nel caso in cui la vita e la comunità del lavoratore dipenda dal dispositivo di senso dato dal datore di lavoro. Tutto è diverso se il diritto viene inteso come linguaggio che guida il conflitto a due voci. Che nel mondo del lavoro significa: la voce del padrone e la voce dei lavoratori, con i rispettivi punti di vista e i diversi valori di gruppo. Rinnequando questa seconda

prospettiva (che potremmo definire come *sindacale*), il comic contract sudafricano è monco. Nel diritto civile anche il datore di lavoro si carica di oneri e rischi, che si traducono in diritti per i lavoratori. Eppure in questo comic contract non troviamo una trasposizione grafica dei dispositivi disciplinanti il datore di lavoro, che è invece ricostruito come autorità neutrale. Come nel caso dei poster COVID-19, di nuovo l'immagine viene qui usata come espressione di autorità⁷⁸.

6. La visiocracy e il nostro diritto

Già due decenni fa alcune voci nel costituzionalismo svizzero hanno messo in guardia sui rischi dell'attività "informativa" dello Stato, che sembra agire sulle coscienze dei cittadini, fino a solleticare la propaganda.⁷⁹ Gli si contrappone Cass Sunstein, secondo il quale bisogna relativizzare l'idea che tutti gli umani sappiano o vogliano prendere decisioni, e che anzi bisogna mettere in conto il valore dell'inerzia. L'approccio paternalista libertario garantirebbe libertà nella società, minimizzando il costo che ogni decisione porta con sé⁸⁰.

Fra queste due voci si apre la discussione sul ruolo dell'immagine nel diritto. Goodrich esprime con il concetto di *visiocracy* il momento governamentale in cui la parola e il visuale si intersecano. L'immagine porterebbe con sé, nascosta, una 'eccedenza' di senso e quindi d'autorità⁸¹. A nostro modo di vedere, questo è proprio l'elemento chiave di quella nuova forma di normatività che chiamiamo "conformatività". Il mix fra immagine e raccomandazioni diventa particolarmente efficace in quel mondo dove prevale la logica del comando. In tale contesto, l'uso delle raccomandazioni non è una forma "più liberale"⁸² di espressione dello Stato, ma proprio il suo contrario. La raccomandazione

78 Proprio il paternalismo è uno dei rilievi più criticati del nudging, cfr. Zorretto and Ferraro 2019: 90; Thaler and Sunstein 2021: 312 ss. ribadiscono però che i *nudge* come pensati da loro abbiano l'obiettivo di aiutare le persone a raggiungere i propri obiettivi.

79 Müller and Müller-Graf 1995: 366 ss.. Il loro approccio è ribadito in Müller 2020.

80 Sunstein 2015: 129 ss.; è qui in questione il concetto di libera volontà nel senso di Hegel 1979: § 4.

81 "L'autorità del diritto dipende dalla sua visibilità, e pur tuttavia la fonte della legge è un sovrano assente", Goodrich 2013: 505; anche Goodrich richiama Agamben e nota che questi riferendosi all'immagine nel diritto parlerebbe di *effectus*, inteso come effettività, Goodrich 2013: 512; per un'introduzione ai diversi approcci alla visualizzazione giuridica v. sempre Brunnschwig 2021; si noti l'acuta osservazione di Giddens 2020: 13, per il quale anche il testo scritto nella logica visuale può ricoprire la funzione dell'immagine. Richiamando Vismann, afferma che persino l'apparenza delle lettere può fungere da vettore di sovranità; in questo senso ha ragione – rifacendosi a Marin – Cecchi 2016: location kindle 1569/2914, ricordando che il potere dell'immagine deriva dall'interazione tra l'estetica e la politica attraverso l'istituzione della sua efficacia. Il patto di mutua legittimazione tra la norma giuridica e immagine non giustifica l'atto legislativo, bensì il potere sovrano; Marin è un riferimento anche per Weigel 2015: 21 s.; in generale sul potere persuasivo v. anche Moroni and Lorini 2016.

82 Come visto, l'opinione dominante fra giuriste e giuristi svizzeri.

non [assume la] forma chiara di un imperativo, bensì quella più subdola, del consiglio, dell'invito, dell'avvertimento dati in nome della sicurezza, in modo che l'obbedienza a un comando prende la forma di una cooperazione e, spesso, quella di un comando dato a sé stessi. Non penso solo alla sfera della pubblicità e a quella delle prescrizioni di sicurezza date in forma di invito, ma anche alla sfera dei dispositivi tecnologici. [...] Il libero cittadino delle società democratico-tecnologiche è un essere che incessantemente obbedisce nel gesto stesso con cui impartisce un comando.⁸³

Si tratta di una vivida espressione dello Stato di sicurezza, ovvero:

[quel] processo che sta trasformando le democrazie occidentali [...]. La parola 'sicurezza' è entrata a tal punto nel lessico politico che possiamo dire, senza paura di sbagliare, che la 'ragion di sicurezza' ha preso il posto di quella che un tempo si chiamava la 'ragion di Stato'. [...] La sicurezza di cui si parla oggi [...] mira a stabilire un nuovo tipo di rapporti fra le persone, basato su un controllo generalizzato e illimitato [...]. Nello Stato di sicurezza si osserva una tendenza irrefrenabile verso una depolitizzazione progressiva dei cittadini, la cui partecipazione alla vita politica si riduce ai sondaggi elettorali. [...] D'altra parte lo Stato di sicurezza è uno Stato di polizia, poiché attraverso l'eclissi del potere giudiziario generalizza quei margini discrezionali della polizia che, in uno stato di emergenza divenuto la norma, sono sempre più determinanti.⁸⁴

La logica della raccomandazione e dei dispositivi visuali (e la passione con cui i costituzionalisti li accolgono oggi) va discussa come dispositivo dello Stato di sicurezza. Bisogna rimettere al centro dell'analisi giuridica il rapporto "liturgico" (e fondante) fra la sovranità e l'estetica.⁸⁵ L'uso pervasivo delle immagini e dei pittoگرامmi coincide con il momento anomico dello Stato di eccezione.⁸⁶ Esso descrive una pretesa d'autorità totale o, come spiega Agamben,

si fonda sulla finzione essenziale per cui l'anomia [...] è ancora in relazione con l'ordine giuridico e il potere di sospendere la norma è in presa immediata sulla vita.⁸⁷

Sia le raccomandazioni, sia le immagini non hanno *forma* giuridica. Sono elementi giuridici non-normativi. Comandando, danno però *forma* al cittadino. Emerge una classe di "norme anomiche" che chiedono la conformazione al comando senza che si possano interrogare le logiche del potere.

Il diritto delle raccomandazioni per immagini si giustifica dichiarandosi utile per il soggetto di diritto: ne garantisce ad esempio la sicurezza e la salute. Essi prendono il posto del dono dallo Stato sovrano al cittadino, un surrogato del momento di reciprocità fondante il momento giuridico. L'intangibilità del corpo aggredito

83 Agamben 2017: 106; si noti che già nel 1995 Müller and Müller-Graf 1995: 385 osservando l'attività di raccomandazione della Confederazione in un *case study* si rendevano conto del problema.

84 Agamben 2016; sul concetto di dittatura v. ora Portinaro 2019.

85 Heritier 2014: 150.

86 Agamben 2003: 11.

87 Agamben 2003: 110.

dal virus assurge a simbolo sacrale. L'attività visuale, ergo biopolitica, indica però a quale corpo (statistico) miri questa tecnica del dono da parte dello Stato al cittadino⁸⁸. Questi non vale come ente in sé, ma deve essere pronto a ricevere il dono, deve conformarsi. Non potendo lo Stato operare con la realtà, (ergo: non essendo i cittadini ancora “conformi”) lo Stato presume il consenso della cittadinanza, recuperandolo poi ex-post. Quest'attività di governo è invasiva, ed è contraddistinta dall'intrasparenza. Proprio su questo punto si devono chinare i giuristi, come indicato da Thaler e Sunstein discutendo dei modi in cui lo Stato debba affacciarsi alle logiche del nudging⁸⁹.

7. Aprire le facoltà di giurisprudenza al *legal design*

L'evoluzione dello Stato di eccezione nella globalizzazione sembra difficilmente arrestabile. Come giuristi dobbiamo chiederci quale contributo possiamo dare. La domanda è urgente proprio in Svizzera, dove i costituzionalisti cullano l'idea che lo Stato sia un attore neutrale della società⁹⁰ e sono piuttosto inclini a comprimere il significato della “volontà” del cittadino⁹¹. Riprendendo i poster COVID-19, ci viene da dire che pochi giuristi svizzeri siano disposti a interrogare in senso critico, come invece fanno i linguisti, “chi autorizza chi dice noi a dire noi?”⁹².

Una possibile soluzione è aumentare la varietà dell'insegnamento nelle facoltà di diritto, considerando il *legal design* come nuova disciplina che vada oltre il campo del solo *legal tech*. Laddove lo Stato si legittima attraverso strategie di marketing, ecco che il mondo accademico ha il dovere di trattare la questione in senso critico. Le facoltà devono conoscere la “conformatività”, questionarla e criticarla. I giuristi non solo devono frequentare corsi di economia comportamentale, ma anche di *legal design* – e parimenti i *legal designer* devono far parte dei laureati delle facoltà di giurisprudenza. Come spiega Hagan, pioniera di questo ambito, l'idea di entrare con il *legal design*⁹³ nelle facoltà di diritto non riguarda solo la rappresentazione in immagini di un diritto verbocentrico, ma anche di usare gli strumenti sviluppati dal marketing per ridisegnare l'intero impianto giuridico⁹⁴, discutendo la retorica del pensiero progettuale centrato sui bisogni umani (*human centred design*). La

88 Cfr. sul diritto e il dono Heritier 2013: 183.

89 Thaler and Sunstein 2021: 326, richiamando Rawls.

90 Lo si nota dalle parole di Tschannen 1999, sia a p. 377 (“Pertanto, bisogna dare allo Stato il merito di non emettere avvertimenti e raccomandazioni per pura cattiveria”), sia a p. 436 (“qui lo Stato deve rimanere neutrale dal profilo valoriale”, discutendo della campagna Stop-AIDS. La crisi sul coronavirus sembra mostrarci che la neutralità valoriale non esista, ma sia piuttosto oggetto di negoziazione sociale).

91 Si pensi alla sopracitata rinuncia alla dimensione del consenso in Vokinger 2020. Ad ogni modo Tschannen 1999: 413 ha intravisto il problema. Sul concetto di volontà v. brevemente anche Agamben 2017: 110 ss.

92 La Fauci 2016: 399; la domanda è posta anche da chi si occupa di integrazione degli stranieri, v. Prodolliet 2020.

93 V. sempre Brunschwig 2021.

94 Hagan 2021, cap. 1 *Legal design: what is legal design*.

filosofia del diritto deve accompagnare questo sviluppo, perché per ora il motore del cambiamento proposto dai *legal designer* risiede solo nell'incomprensibilità del linguaggio giuridico, da semplificare attraverso le immagini sia in ambito privato, sia pubblico⁹⁵. Ecco quindi l'arrivo di *journey maps* progettuali (illustrando visualmente l'esperienza dell'utente che entra in contatto con il diritto); le *personas* come riferimento di fondo (cioè i profili di utenti con caratteristiche, necessità e problemi comuni ad utenti reali); le *user stories* a loro volta spiegherebbero come una persona utilizzerà un nuovo servizio giuridico⁹⁶. I marketers e gli economisti comportamentali sono entrati nelle logiche giuridiche e stanno questionando la volontà e il consenso come fonti del diritto liberale. Manca però coscienza del ruolo della reciprocità nel diritto.

I giuristi sembrano osservare queste evoluzioni con sufficienza, non si rendono conto dell'importanza di dare impulsi di pensiero a questi designer. Lasciano il dominio al discorso economico. Dovrebbero dare forma a queste novità⁹⁷, e invece le subiscono e interiorizzando acriticamente. Si tratta di un errore strategico: proprio perché le logiche della “conformatività” stanno dilagando, è compito delle facoltà giuridiche creare consapevolezza fra gli attori di questo campo sul contesto in cui si muovono, ricordando che la società liberale deve riuscire ad essere refrattaria alle logiche di sudditanza.

8. Conclusioni

Abbiamo mostrato in questa nostra breve rassegna che le logiche della “conformatività” e del comando stanno dilagando attraverso lo Stato di sicurezza. Le raccomandazioni e i pittogrammi devono essere trattati con attenzione da chi si impegna a favore di una società democratica. I giuristi si liberano del problema cassando questi fenomeni come non-diritto, fingendo che le logiche governamentali non siano già penetrate in profondo nei nostri automatismi giuridici. Ciò che accomuna le esperienze di *legal design* mostrate, ovvero i poster Covid 19 e i visual contracts, tra cui l'esempio sudafricano, è l'essere create nelle migliori intenzioni, ma alla prova dei fatti sono esperienze visuali unilaterali. Esprimono autorità, chiedono sudditanza usando gli strumenti del nudging. Manca trasparenza sull'interesse “conformativo” di chi guida la produzione dell'immagine.

I rischi sono evidenti. Al netto degli annunci roboanti, con queste attività visuali non si chiede al cittadino di essere solidale o responsabile, ma di sottoporsi in modo disciplinato all'autorità dell'estensore del messaggio. Attraverso la “eccedenza di senso” dell'immagine imposta “dall'alto” viene compressa la complessità della soggettività e la pluralità di punti di osservazione. Stiamo assistendo alla creazione di complesse norme semi-giuridiche e semi-verbali, pura espressione d'autorità che

95 Hagan 2021, cap. 1 Legal Design, Key Challenges For Legal Design.

96 Hagan 2021, cap. 2 Design Mindset, paragrafo “users at the center and Get Specific, Go for Extreme”.

97 Per contro stanno riflettendo bene sulla questione Zorzetto and Ferraro 2019.

attraverso di esse si slega da qualsiasi responsabilità. Si tratta di strumenti di auto-legittimazione mascherati dalla logica del dono. È compito del diritto moderno vegliare che al centro di tutti i pensieri non stia soltanto l'indisciplina del cittadino che non si conforma, ma la reciprocità vissuta: vale per l'amministrazione, vale per i contratti privati. Il diritto e in particolare le facoltà di giurisprudenza devono garantire che ogni individuo non sia considerato solo un suddito, ma un soggetto paritario in una società di uguali.

Bibliografia

- Agamben G. 2003, *Stato di eccezione. Homo sacer, II, I*, Torino: Bollati Boringhieri.
- Agamben G. 2016, "Dallo stato di diritto allo stato di sicurezza", *sinistrainrete.it* 11.1.2016, traduzione. Available at: <https://www.sinistrainrete.info/politica/6426-giorgio-agamben-dallo-stato-di-diritto-allo-stato-di-sicurezza.html> (accessed 18 August 2022).
- Agamben G. 2017, *Creazione e anarchia. L'opera nell'età della religione capitalistica*, Vicenza: Neri Pozza.
- Baker D. W. 2011, "‘Teach to Goal’: Theory and Design Principles of an Intervention to Improve Heart Failure Self-Management Skills of Patients with Low Health Literacy", *Journal of Health Communication* 16 (Suppl 3): 73-88.
- Basel J. and Meier M. S. 2020, "Nudging: rechtliche Grauzonen und moralische Fallstricke", *Jusletter* 21. September 2020.
- Baum F. 2007, "Cracking the nut of health equity: Top down and bottom up pressure for action on the social determinants of health", *Promotion & Education* 14: 90-95.
- Biaggini G. 2017, *BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2a ed., Zürich: Orell Füssli.
- Brunschwig C. 2019, "Contract Comics and the Visualization, Audio-Visualization, and Multisensorization of Law", *The University of Western Australia Law Review* 46 (2): 191-217.
- Brunschwig C. 2021, "Visual Law and Legal Design: Questions and Tentative Answers", in E. Schweighofer et al (ed.), *Proceedings of the 24th International Legal Informatics Symposium IRIS 2021*, Bern: Editions Weblaw: 179-230.
- Cecchi D. 2016, *Immagini Mancanti. L'estetica del documentario nell'epoca dell'intermedialità*, Cosenza: Pellegrini (versione Kindle per Amazon).
- Cirigliano L. and Niemeyer J. 2020, "Homeoffice: rechtliche Regelungen sowie Mustervertrag für die Praxis", *Jusletter* 30. November 2020.

- Cominelli L. 2021, "Watching-eye effect e nudge conformistico: meta-analisi di un'ottemperanza inconsapevole", *Teoria e Critica della Regolazione Sociale* 1: 133-150.
- Eiseman L. 2017, *The complete color harmony. New and revised, expert color information for professional color results*, Beverly MA: Quarto Publishing Plc.
- Ferrarese M. R. 2012, *Prima lezione di diritto globale*, Roma/Bari: Laterza.
- Gallucci F. 2016, *Neuromarketing*, Milano: EGEA.
- Giddens T. 2020, "Keeping Up Textual Appearances: The Road Vehicles (Display of Registration Marks). Regulations 2001", *Law, Technology and Humans* 2 (1): 1-16.
- Goodrich P. 2013, "Visiocracy: On the futures of the fingerpost", *Critical Inquiry* 39 (3): 498-531.
- Goodrich P. 2016, "Visiocracy and Grammatology of Images", Princeton University 9.4.2016, intervento con S. Weigel. Available at: <https://www.youtube.com/watch?v=kme6P1gzSIY> (accessed August 18, 2022).
- Gottstein D. 2019, "Kaufentscheid: Kunden wollen emotional abgeholt werden", *Marketing & Kommunikation* 9: 8-11.
- Guatri L. and Vicari S. 1986, *Il Marketing*, 3° ed., Milano: Giuffrè.
- Gutjahr G. 2019, *Markenpsychologie. Wie marken wirken – Was Marken stark macht*, 4° ed., Wiesbaden: Springer Gabler.
- Hagan M. 2021, *Law by Design, working prototype of a book*. Available at: <https://www.lawbydesign.co/> (accessed August 18, 2022).
- Hegel G. W. F. 1979, *Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, in: Werke. Band 7, Frankfurt a.M: Suhrkamp.
- Heritier P. 2013, "From Text to Image: The Sacred Foundation of Western Institutional Order: Legal-Semiotic Perspectives", *International Journal for the Semiotics of Law* 26: 163-190.
- Heritier P. 2014, "Legal Liturgies: The Aesthetic Foundation of Positive Law", *Pólemos* 8 (1): 137-152.
- Hofmann A. 2020, *Visuelle Markenkraft. Mit den richtigen Signalen die Markenattraktivität steigern*, Wiesbaden: Springer Gabler.
- Kiener R., Rütsche B. and Kuhn M. 2015, *Öffentliches Verfahrensrecht*, 2a ed., Zürich/St. Gallen: Dike.
- Klein E. G., Roberts K., Manganello J., Mcadams R. and Mckenzie L. 2020, "When Social Media Images and Messages Don't Match: Attention to Text versus Imagery to Effec-

- tively Convey Safety Information on Social Media”, *Journal of Health Communication* 25 (11): 879-884. Available at: <https://doi.org/10.1080/10810730.2020.1853282> (accessed August 18, 2022).
- Kley A. 2021, “Änderung des Covid-19-Gesetzes ist ein weiterhin verfassungswidriges Vorhaben”, *NZZ Online* 20.10.2021. Available at: <https://www.nzz.ch/meinung/aenderung-des-covid-19-gesetzes-ein-weiterhin-verfassungswidriges-vorhaben-id.1650569?reduced=true> (accessed August 18, 2022).
- Kohlmeier A. 2018, “Legal Design, Die Perfekte Kombination aus Recht und Design”, Available at: <https://lrz.legal.de/lrz/legal-design> (accessed August 18, 2022).
- Kotler P. and Zaltman G. 1971, “Social marketing: an approach to planned social change”, *Journal of Marketing* 35 (3): 3-12.
- La Fauci N. 2016, “Noi, persona politica”, in R. Librandi and R. Piro (eds.), *L'italiano della politica e la politica per l'italiano, Atti del XI Convegno ASLI Associazione per la Storia della Lingua Italiana (Napoli, 20-22 novembre 2014)*, Firenze: Franco Cesati: 387-400.
- Laverack G. 2017, “The Challenge of Behaviour Change and Health Promotion”, *Challenges* 8 (2) 25.
- Leboff G. 2020, *Myths of Marketing. Banish the Misconceptions and Become a Great Marketer*, New York: Kogan Page.
- Lee N. R. and Kotler P. 2015, *Social Marketing. Changing Behaviors for good*, 5a ed., Thousand Oaks: Sage.
- Lepore A. 2009, “Lineamenti di Storia del Marketing”, in M. Taccolini (ed.), *Nuovi Percorsi della Storia Economica*, Milano: Vita e Pensiero: 258-264.
- Libretto di spiegazione alla Votazione popolare 2021. 28.11.2021: 37. Available at: https://www.admin.ch/dam/gov/it/Dokumentation/Abstimmungen/November2021/Abstimmungsbrochure_28-11-2021_it.pdf (accessed August 18, 2022).
- Lindstrom M. 2005, “Broad Sensory Branding”, *Journal of Product and Brand Management* 14 (2): 79-83.
- Loser, P. and Zürcher C. 2020, “Nun beginnt der Kampf gegen die Sorglosigkeit”, *Tagesanzeiger Online* 16.06.2020. Available at: <https://www.tagesanzeiger.ch/nun-beginnt-der-kampf-gegen-die-sorglosigkeit-417431765085> (accessed August 18, 2022).
- Luca, N. R. and Suggs L. S. 2013, “Theory and Model Use in Social Marketing Health Interventions”, *Journal of Health Communication* 18 (1): 20-40.
- Luhmann N. 1995, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Mahon P. 1999, “L'information par les autorités”, *Rapports et communications à la Société suisse des juristes* 133 (3): 199-352.

- Marchand V. 2021, "Marketing comportemental : Farner Consulting propose la méthode Coglode. Didier Bonvin répond à nos questions", *cominmag.ch online* 4.2.2021. Available at: <https://cominmag.ch/marketing-comportemental-farner-consulting-propose-la-methode-coglode/> (accessed August 18, 2022).
- Matt, R. von 2020, "Maskentragen in Zug und Bus – An die Empfehlung hält sich (fast) niemand", *srf online* 11.06.2020. Available at: <https://www.srf.ch/news/schweiz/maskentragen-in-zug-und-bus-an-die-empfehlung-haelt-sich-fast-niemand> (accessed August 18, 2022).
- McGuire J. and Andersen C. 2019, "Improving Aurecon's Employment Contracts through Visualisation", *The University of Western Australia Law Review* 46 (2): 218-236.
- Moroni S. and Lorini G. 2017, "Graphic rules in planning: A critical exploration of normative drawings starting from zoning maps and form-based codes", *Planning Theory* 16 (3): 318-338.
- Müller M. 2020, "Perspektiven der schweizerischen Rechtsstaatlichkeit", in O. Diggelmann, M. Hertig Randall and B. Schindler (eds.), *Verfassungsrecht der Schweiz, Band II*, Zürich/Basel/Genf: Schulthess: 1147-1164.
- Müller M. and Müller-Graf T. 1995, "Staatliche Empfehlungen. Gedanken zu Rechtscharakter und Grundrechtsrelevanz", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 114 (1): 357-405.
- Quotidiano RSI 2021, "Giro di vite per chi non rispetta le regole", 31.01.2021. Min. 1.20-4.20. Available at: <https://tp.srgssr.ch/p/rsi/portal-detail?urn=urn:rsi:video:13793203&autoplay=true&hideendscreen=1> (accessed October 6, 2022).
- Passera S. 2015, "Beyond the Wall of Text: How Information Design Can Make Contracts User-Friendly", in A. Marcus (ed.), *Design, User Experience, and Usability: Users and Interactions. 4th International Conference, DUXU 2015, Held as Part of HCI International 2015, Los Angeles, CA, USA, August 2-7, 2015, Proceedings, Part II*, Cham: Springer: 341-352.
- Penna T. 2021, "Nudging, informed consent and public health: Dangerous liaisons between law and neuroscience or opportunity for the future?", *Teoria e Critica della Regolazione Sociale* 1: 117-131.
- Persoendlich.com online 2019. 7.2.2019. Available at: <https://www.persoendlich.com/werbung/wir-mussen-in-neuen-formaten-denken> (accessed August 18, 2022).
- Persoendlich.com 2020a, "BAG-Kampagne wechselt von pink auf blau" Available at: <https://www.persoendlich.com/kategorie-werbung/bag-kampagne-wechselt-von-pink-auf-blau> (accessed August 18, 2022).
- Persoendlich.com online 2020b. 11.11.2020. Available at: <https://www.persoendlich.com/kategorie-werbung/ich-dachte-oft-uber-eigenverantwortung-nach> (accessed August 18, 2022).

- Persoendlich.com online 2020c. 2.3.2020, <https://www.persoendlich.com/kategorie-werbung/hoffentlich-gibt-es-kein-corona-fatigue> (accessed August 18, 2022).
- Portinaro P. P. 2019, "Dittatura. Il potere nello stato d'eccezione", in *Teoria politica. Nuova serie Annali*, online 9/2019. Available at: <http://journals.openedition.org/tp/799> (accessed August 18, 2022).
- Pouly M. and Eckart Z. 2020, "Von Schutzmasken und anderen Dilemmata", in: *Der offizielle Blog der Hochschule Luzern – Informatik*, 16.06.2020. Available at: <https://hub.hslu.ch/informatik/von-schutzmasken-und-anderen-dilemma-ov-maskenpflicht-corona/> (accessed August 18, 2022).
- Potter M. C., Wyble B., Haggmann C. E. and McCourt E. S. 2014, "Detecting meaning in RSVP at 13 Ms per picture", *Attention Perception & Psychophysics* 76 (2): 270–279.
- Prodoliet S. 2020, "Ein Neues Wir braucht das Land", *Terra cognita* 36: 6-7.
- Rechsteiner D. 2016, *Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen. Unter besonderer Berücksichtigung des Rechts bei Katastrophen*, Diss., Zürich/St.Gallen: Dike.
- Rod online 2020. 24.3.2020. Available at: <https://www.rod.ag/de/news/rod-realisiert-bag-kampagne-gegen-corona/> (accessed August 18, 2022).
- Rodcast Folge 9 2020, 28.9.2020. Available at: <https://www.rod.ag/de/news/beim-farb-konzept-hatten-wir-einen-guten-riecher/> (accessed August 18, 2022);
- Scarpa T. 2017, "L'infinito e i post-it. Su 'Promemoria' di Andrea Bajani", *Il primo amore online* 31.12.2017. Non più disponibile online (ora in parte riproposto, modificato, su: <https://arrocobarocco.wordpress.com/2019/02/24/infinito-infinito-iussivo/>, (accessed August 18, 2022).
- Schott C. 2011, "Einfachheit als Leitbild des Rechts und der Gesetzgebung", in H. Lück et al. (cur.), *Thesaurus historiae iuris. Clausdieter Schott zum 75. Geburtstag*, Halle an der Saale: Junkermann: 125-150.
- Stanton W. J. And Varaldo R. 1986, *Marketing*, Bologna: Il Mulino.
- Sunstein C. 2015, *Choosing Not to Choose. Understanding the Value of Choice*, New York: Oxford University Press.
- Swissinfo online 2020, 27.2.2020. Available at: <https://www.swissinfo.ch/ger/bund-zaeht-im-kampf-gegen-coronavirus-auf-eigenverantwortung/45584292> (accessed August 18, 2022).
- Thaler R. H. and Sunstein C. R. 2008, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven/London: Yale University Press.
- Thaler R. H. and Sunstein C. R. 2021, *Nudge. The Final Edition*, New Haven/London: Yale University Press.

- Tschannen P. 1999, “Amtliche Warnungen und Empfehlungen”, *Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins* 133: 353-455.
- Tschopp-Christen M. 2009, *Rechtsschutz gegenüber Realakten des Bundes (Artikel 25a VwVG)*, Diss., Zürich: Schulthess.
- Vokinger K. N. 2020, “Die digitale Bekämpfung von Covid-19 und die Rolle des Bundes(rates)”, *Schweizerische Juristen-Zeitung* 116: 412-423.
- Walsh G., Deseniss A. and Kilian T. 2020, *Marketing. Eine Einführung auf der Grundlage von Case Studies*, 3a ed., Berlin: Springer Gabler.
- Weigel S. 2015, *Grammatologie der Bilder*, Berlin: Suhrkamp.
- Werbewoche online 2020. 28.10.2020. Available at: <https://www.werbewoche.ch/de/werbung/kampagnen/2020-10-28/rod-setzt-die-corona-kampagne-des-bag-auf-rot/> (accessed August 18, 2022).
- Zaltman G. 2003, *Come pensano i consumatori. Quello che il cliente non dice e la concorrenza non sa*, Milano: Rizzoli.
- Zorzetto S. and Ferraro F. 2019, “Legislation and Nudging. Towards a Suitable Definition”, in A. D. Oliver-Lalana (ed.), *Conceptions and Misconceptions of Legislation*, Cham: Springer: 107-129.
- Zünd A. and Errass C. 2020, “Pandemie – Justiz – Menschenrechte”, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Sondernummer Pandemie und Recht: 69-92.