

Giuseppe Grisi

*Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi*

*1. I fallimenti cognitivi e il diritto*

Siamo chiamati a discutere di *Behavioral Law and Economics* (più semplicemente *BLE*, per comodità, in appresso). Cominciamo, allora, col dire che la *BLE* è, nel contempo, un approccio e un elemento funzionale alla costruzione di un nuovo paradigma di individuo<sup>1</sup>. Ergo, non è solo un metodo (un canone utile da impiegare per far approdare la riflessione a risultati di qualche pregio), ma una chiave di lettura della realtà e una traccia per una strategia di intervento.

Se ci chiediamo, poi, in che consista la *BLE*, possiamo trovare una sintetica, quanto efficace, risposta guardando alle origini. La *BLE* costituisce sviluppo della *Law and Economics* ed è oggetto di scientifica attenzione da una trentina d'anni. La troviamo associata alla *Game Theory* (contrattazione, strategia) e alla *Public Choice Theory* (che è studio dei processi decisionali collettivi). Alla base, c'è l'economia comportamentale, che è *mix* di economia e psicologia; il fondamento, anzi, è psicologico e si connette alla *Prospect Theory* elaborata negli anni '70 del secolo scorso da Kahneman e Tversky<sup>2</sup>, psicologi entrambi. Col passare degli anni, le contaminazioni e le interferenze con altri ambiti scientifici si accentuano.

L'economia comportamentale studia le scelte e le decisioni individuali e le distorsioni cognitive (difetti sistematici nel processo decisionale, fallimenti

---

<sup>1</sup> Ciò che, peraltro, è bene evidenziato nella locandina di presentazione del convegno nell'ambito del quale mi è stata offerta l'opportunità di svolgere la relazione che, rielaborata, è trasfusa nel presente contributo.

<sup>2</sup> D. KAHNEMAN e A. TVERSKY, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, in *Econometrica*, 47 (1979), p. 263. Si segnala anche, tra i molti saggi costituenti sviluppo della ricerca condotta dagli stessi autori: ID., *Advances in Prospect Theory: Cumulative Representation of Uncertainty*, in *Journal of Risk and Uncertainty*, 5 (1992), p. 297.

sistematici nell'agire nel proprio interesse). Ci troviamo nel campo delle scienze cognitive<sup>3</sup> che, privilegiando un approccio inter-disciplinare allo studio della mente che coinvolge *in primis* la psicologia, la medicina, la filosofia, la sociologia, la matematica, l'informatica e le scienze naturali in generale, cercano risposte alle seguenti domande: come prendiamo le decisioni? quale modello decisionale determina le nostre azioni? quali effetti uno specifico stile decisionale ha sulla nostra vita e su quella degli altri?

Inutile dire che l'indagine sui presupposti della decisione interessa anche il diritto.

Si constata che l'*homo oeconomicus* razionale è una favola, perché la realtà rivela che l'individuo agisce quasi sempre irrazionalmente, in balia di distorsioni cognitive che sovente inducono scelte assurde e/o controproducenti. La razionalità limitata è la normalità e, ciò nondimeno, bisogna porsi l'obiettivo di eliminare o ridurre al minimo l'influenza negativa di dette distorsioni: echeggia la *pars destruens* di baconiana memoria<sup>4</sup>, *mutatis mutandis* ovviamente<sup>5</sup>. Può, allora, recuperarsi la razionalità, dare il là - avrebbe detto Sir Francis Bacon - alla *pars construens* che, imperniata sul procedimento induttivo, consente di raggiungere la conoscenza. La *BLE*, facendo tesoro del metodo baconiano, si alimenta della consapevolezza che il diritto può grandemente agevolare il compimento di questo percorso.

<sup>3</sup> Quale nota di colore, può segnalarsi come il richiamo alla cognizione sia oggi assai diffuso - lo si può definire 'di moda' - anche in contesti che propriamente scientifici non sono. Nell'aprile 2013 Fabrizio Barca, Ministro per la Coesione territoriale durante il Governo Monti, si è iscritto al PD e, nel cercare di far intendere a che tipo di partito miri, è ricorso - nel libro *La Traversata. Una nuova idea di partito e di governo*, Milano, Feltrinelli, 2013, p. 79 ss. - all'immagine di un partito che «persegue, accanto all'obiettivo tradizionale [...] di selezionare classe dirigente [...], l'obiettivo nuovo della mobilitazione cognitiva» (espressione ripresa da M. REVELLI, *Finale di partito*, Torino, Einaudi, 2013), che bene rende l'idea di un partito-palestra «mobilitatore di conoscenze», intento a promuovere e riempire di contenuti gli strumenti dello «sperimentalismo democratico». Si invoca la mobilitazione cognitiva per evidenziare, in soldoni, che ciò che realmente conta, più e al di là dell'adesione, è la partecipazione consapevole e critica al partito, è far lavorare il cervello e non dar retta alla pancia, agli umori e a ciò che l'istinto comanda di fare. Queste, riferite in modo spiccio, sono anche le coordinate di riferimento della *BLE*.

<sup>4</sup> Ricordata a Sir Francis Bacon, illustre filosofo, politico, saggista e giurista inglese (Londra 1561, Londra 1626), è l'elaborazione del noto metodo, utile all'acquisizione della conoscenza certa di un fenomeno, articolato in due distinte parti fondamentali: la *pars destruens* e la *pars construens*. La prima - come si evince dal noto *Novum Organum*, considerato l'opera principale del Nostro, risalente al 1620 - consiste, per l'appunto, nel far tabula rasa degli *idōla* e delle antiche conoscenze errate che, penetrati nell'intelletto umano fissandosi in profondità dentro di esso, assediano le menti in modo da ostacolare l'accesso alla verità

<sup>5</sup> Basti rilevare che Francis Bacon faceva riferimento alla comprensione dei fenomeni fisici.

Occorre mettere gli individui in condizione di riconoscere il pericolo perché possano evitarlo; e siccome non può pensarsi che essi, da soli, ce la facciano, ecco che la *BLE*, vocata allo studio delle implicazioni giuridiche delle distorsioni cui prima si accennava, è lì a fornire loro un contributo essenziale. Se, poi, si riflette sul costo sociale che gli errori individuali comportano, si scopre che, ad avvantaggiarsi, non è soltanto l'individuo, ma la società.

Sono l'egoismo e il tornaconto individuale, nella gran parte dei casi, a muovere il soggetto ad assumere determinate scelte e decisioni e, là dove i confini del lecito non risultino valicati, è bene che l'ordinamento di ciò prenda atto e faccia valere il principio secondo cui ciascuno è responsabile delle decisioni e delle scelte che liberamente assume e, di esse, prenda in carico le conseguenze, positive e/o negative che siano, rispondano o meno alle aspettative e ai propositi che ne hanno motivato l'adozione. Questo atteggiamento appare logico e razionale al cospetto di scelte e decisioni individuali che non prospettano implicazioni, ricadute e costi di ordine sociale, ma quando così non è la razionalità va recuperata ad altro livello, identificando un parametro di *benessere* e facendo sì che ad esso si riportino - per quanto possibile - le scelte e le decisioni individuali.

Si corrono, inevitabilmente, rischi operando in questa direzione<sup>6</sup>, ampiamente compensati però dai vantaggi - sociali e individuali - conseguibili. L'ordinamento non è insensibile a questa prospettiva, mostra anzi interesse per la promozione dell'agire razionale, ma poco si cura dei bisogni, dei desideri, delle aspirazioni del singolo individuo. L'idea di un 'diritto sartoriale', calibrato 'su misura', trova rari concreti riscontri<sup>7</sup>, mentre radicata è la tendenza ad ancorare la razionalità alla rispondenza a modelli astratti ed oggettivi (diligenza del buon padre di famiglia o *professionale*, correttezza, buona fede, ecc.) e a dar solo peso alla sussistenza

<sup>6</sup> I problemi maggiori - è superfluo rilevarlo - si addensano intorno all'identificazione del parametro di benessere cui si accenna. Quali scelte, insomma, sono da considerare irrazionali? Si risponde: quelle che non migliorano le condizioni di vita di chi le fa. E quelle che le migliorano nell'immediato e le peggiorano a più lungo termine? Sono anch'esse irrazionali? Una bella mangiata è irrazionale? Un buon sigaro al momento giusto è irrazionale? Una vacanza in una bella località esotica distrae dal risparmiare (dall'accantonare in vista della magra pensione) ed è perciò irrazionale? Se, poi, si punta più decisamente sulla dimensione sociale per dar consistenza al parametro di cui trattasi il problema permane e, forse, si ingigantisce, essendovi *in primis* da scongiurare il pericolo che tra esso e ciò che l'individuo è portato a considerare il meglio per sé sussista una divaricazione tanto netta da essere apprezzata quale indice di sopraffazione della libertà individuale.

<sup>7</sup> Può segnalarsi, al fine, l'istituto dell'amministrazione di sostegno, introdotto nel codice civile ad opera della l. 9 gennaio 2004, n. 6.

o meno di tale corrispondenza. La *BLE* si propone di andare oltre questo modello, giudicato più che inutile inadeguato in quanto non consente di cogliere e valutare dati - il riferimento non è esclusivo a quelli che solo l'apprezzamento della natura umana nella sua complessità e nelle sue mille sfaccettature rende percepibili - riconosciuti di essenziale rilievo nell'economia del processo decisionale individuale, nelle scelte di autonomia.

## 2. *L'informazione nel processo decisionale*

Si è parlato, a ragion veduta, di processo decisionale. La dimensione procedimentale è, infatti, immanente ad ogni decisione, quand'anche istintivamente o avventatamente adottata. Nello svolgersi di questo processo sono ben distinguibili momenti giuridicamente rilevanti: attività, atti e condotte cui il diritto riconosce significato e che talora, più o meno puntualmente, disciplina. Si inserisce in questo quadro, in posizione di primissimo piano, l'informazione, che - inutile dirlo - è presupposto indispensabile di ogni decisione che aspiri ad essere razionale. In ottica *BLE*, la conclusione da trarre sembra ovvia: l'informazione è fattore efficace di prevenzione e cura delle distorsioni cognitive.

L'esito cui siamo pervenuti è condivisibile e rassicurante, ma sarebbe ingenuo e semplicistico fermarsi ad esso. La realtà è più complessa e, non di rado, rivela che l'informazione è essa stessa fonte di distorsioni cognitive.

C'è, al fondo, immanente e ineliminabile, l'ambiguità del linguaggio<sup>8</sup>; e la valutazione va, poi, operata tenendo conto che ci sono informazioni e informazioni e che sono tutt'altro che indifferenti in relazione all'obiettivo dato il mezzo utilizzato per trasmetterle e le modalità concrete della comunicazione. Senza pregiudizi, va quindi ampliato il raggio della riflessione: ciò che è indispensabile ai fini della trattazione del tema che ho l'onere di affrontare, il quale, avendo diretto ed esclusivo riferimento agli obblighi di informazione<sup>9</sup>, più di altri consente di verificare l'importanza,

---

<sup>8</sup> Interessanti, al riguardo, le considerazioni espresse da R. VIALE, *Diversità culturale e cognizione*, in R. CATERINA (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, Milano, Mondadori, 2008, p. 221 ss. D'altronde, gli *idōla* da Francis Bacon ritenuti più pericolosi sono quelli del foro, in quanto basati sul presupposto che la ragione sia in grado di dominare le parole, mentre queste in realtà distorcono le facoltà razionali. Trattansi degli errori delle «reciproche relazioni del genere umano», del linguaggio che è convenzionale ed equivoco.

<sup>9</sup> Per una delimitazione dei confini propriamente riferibili a quest'ambito sia consentito

non tanto e non solo dell'informazione in sé, ma della quantità e qualità dell'informazione resa.

### 3. L'obbligo di informazione come 'rimedio'

Nel solco sin qui tracciato, l'interrogativo cui dobbiamo dare risposta può così formularsi: quando, come e in che misura gli obblighi informativi costituiscono un rimedio efficiente ai fallimenti cognitivi? Ci si perdoni l'impiego disinvolto del termine 'rimedio', che tuttavia bene rispecchia il concetto che si vuole esprimere e che, forse, potrà apparire non proprio inconferente ove si consideri che «sulla prospettiva *rimediale* giova intendersi perché su di essa incombono interpretazioni e letture diverse»<sup>10</sup>.

Se - come si è visto - con le distorsioni cognitive occorre fare i conti, tre sono le opzioni prospettabili: lasciare che esse operino dovendosi in ogni caso far salva la libertà del soggetto di autodeterminarsi<sup>11</sup>, impedire *ab ovo* la scelta irrazionale mediante l'introduzione di regole proibitive, trovare una strada che consenta di neutralizzare (*in toto* o in parte) le distorsioni senza limitare la libertà di scelta.

La seconda tra le risposte ipotizzate è la più improbabile, per tante ragioni tutte agevolmente intuibili e, fondamentalmente, perché è illusorio credere che le distorsioni cognitive possano essere (in questo o in altro modo) eliminate. E ammesso si possa impedire all'individuo di scegliere, sarebbe folle pensare che questa via sia praticabile su larga scala<sup>12</sup>. Non va, ciò nondimeno, escluso che una così drastica soluzione possa rivelarsi in qualche sporadico caso utile e giustificata, per cui - alla fin fine - non è da scartare la coesistenza delle tre alternative poc'anzi prospettate, che è, anzi, in qualche misura, auspicabile, ferma restando l'esigenza di dare ad

---

il rinvio a G. GRISI, voce *Informazione (obblighi di)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali IV*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 595 ss.

<sup>10</sup> Così A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 299.

<sup>11</sup> Utile e interessante, al riguardo, è la lettura di J. WRIGHT e D. GINSBURG, *Free to Err? Behavioral Law and Economics and its Implication for Liberty*, in [www.libertylawsite.org](http://www.libertylawsite.org). Si tende, in quest'ottica, ad assicurare un'offerta ampia di opzioni, a fronte della quale ognuno è libero di regolarsi come meglio crede. La logica del *laissez-faire*, tuttavia, non è inconciliabile con la possibilità di attivare *ex post*, presenti certe circostanze, una reazione tesa a riparare o a vanificare gli effetti della scelta adottata.

<sup>12</sup> Non c'è individuo che accetterebbe di buon grado di essere espropriato della libertà di assumere decisioni in piena autonomia e responsabilità.

ognuna il giusto peso, valutandone attentamente l'efficacia nello specifico dei casi considerati e alla luce delle circostanze di volta in volta presenti. È, perciò, ammissibile una risposta articolata al problema, perché una via può risultare praticabile e migliore delle altre in taluni casi, ma non in ogni evenienza. La *BLE* di ciò ha consapevolezza<sup>13</sup>, ma professa nel contempo la sua tendenziale preferenza per la terza delle opzioni descritte e - mi sembra di poter dire - saggiamente.

Se, dunque, trattasi di minimizzare la negativa influenza delle distorsioni senza sacrificare la libertà di scelta, non c'è che far leva su «interventi di regolazione»<sup>14</sup> che, ove riferiti al fenomeno contrattuale, ne delineino una disciplina atta ad elevare al più alto livello le *chance* di realizzazione degli interessi coinvolti, cioè capace - per dirla con parole semplici che richi amino l'argomentazione dianzi svolta - di massimizzare il benessere dei soggetti interessati. Si può far leva, allo scopo, anche sulla previsione di obblighi di informazione, in linea peraltro con la prospettiva<sup>15</sup> che all'informazione guarda come ad un momento chiave della regolazione del mercato<sup>16</sup>.

#### 4. L'informazione, tra autodeterminazione e 'benessere'

Si è sempre per lo più valorizzata l'immagine dell'informazione al servizio dell'autodeterminazione, ma la *BLE* suggerisce che è forse giunto il momento di puntare i riflettori verso un'informazione al servizio del benessere. E se è vero - com'è vero - che libertà di scegliere (autodeterminazione) e benessere non sempre coincidono ed, anzi, spesso, collidono, negare di essere al cospetto di un passaggio significativo diventa, francamente, difficile. È mestieri, allora, vagliare il dato normativo per verificare

<sup>13</sup> Si veda C. JOLLS, C. R. SUNSTEIN e R. H. THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in *Stanford Law Review*, 50 (1998), p. 1471 ss..

<sup>14</sup> E il «regolatore» - per dirla con R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, Feltrinelli, 2009, p. 9 (il volume reca la traduzione, ad opera di A. Olivieri per i tipi di Feltrinelli, di *Nudge. Improving Decision about Health, Wealth, and Happiness*, celebre libro pubblicato da Yale University Press nel 2008) - altri non è che un «architetto delle scelte», un soggetto che ha «la responsabilità di organizzare il contesto nel quale gli individui prendono decisioni».

<sup>15</sup> Non nuova, risultando da tempo delineata soprattutto a seguito dell'intensa produzione normativa di derivazione comunitaria a tutela dei consumatori.

<sup>16</sup> Si veda A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, Cedam, 1996, II, p. 489 ss.

se il nostro ordinamento sia pronto ad assecondare questo sviluppo.

C'è un'evoluzione che - al netto dell'approssimazione che l'esigenza di sintesi impone - dobbiamo provare a descrivere. Diversi dati inducono ad identificare nell'autodeterminazione il valore che, più di altri, orienta il nostro ordinamento privato.

Reprimere è meglio che prevenire, nel nostro sistema. Meglio conservare la libertà di sbagliare assicurando *ex post* la possibilità di accesso a rimedi che puntare ad evitare l'errore tramite l'imposizione di divieti o per via di conformazione 'forte' *ex ante* dell'agire dei soggetti. Ci si orienta in questa direzione in coerenza con indirizzi liberisti, di sviluppo dell'economia e della produzione. E ben si colloca, in questa logica, l'idea - e la sostanza - di un diritto imperniato più su regole di fattispecie che su regole di comportamento: ciò che si rispecchia, a tacer d'altro, nell'ordine gerarchico interno alla categoria dell'invalidità, ove campeggia in posizione apicale la nullità quale reazione ai vizi più gravi (quelli propri dell'atto negoziale). C'è l'annullamento - è vero - che guarda al comportamento nella fase di formazione dell'accordo, ma resta più importante concludere il contratto (benché annullabile) che evitarne la conclusione; e, poi, non è detto che l'annullamento intervenga, essendo dirimente la volontà della parte nel cui interesse è stabilito. In questo quadro, ove a dominare è il contratto che ha forza di legge tra le parti (art. 1372 c.c.), suona eccentrico, ma solo relativamente, l'art. 1337 c.c.: inizialmente raccordata, in via pressoché esclusiva, all'ingiustificato recesso dalla trattativa già in pratica approdata alla definizione dell'accordo, questa disposizione vedeva attenuata fortemente - se non castrata - la sua potenzialità eversiva.

È inutile sottolineare il peso, ridotto e marginale, dato all'informazione in questo contesto. Non si può dire che l'informazione sia priva di rilievo, ma dove questo emerge non si materializza un'informazione al servizio della conoscenza: sicché si dice che il rilievo è più formale che sostanziale. È emblematico l'art. 1341 c.c. C'è consapevolezza dello squilibrio di posizione tra i contraenti e della necessità di tutelare la parte debole: si condiziona, allora, l'efficacia delle condizioni generali di contratto alla conoscenza o conoscibilità delle medesime, quindi all'informazione da parte del predisponente. Ma non si prevede che la conoscenza o la conoscibilità debbano essere assicurate prima della conclusione del contratto; ciò che conta è che «al momento della conclusione del contratto» esse siano rese conoscibili. Sarebbe tacciato di ipocrisia chi dicesse che qui l'informazione è veicolo di conoscenza; e basta osservare ciò che di consueto accade, nella pratica, quando un contratto per adesione è concluso, per averne conferma.

Si cambia registro una trentina di anni fa, allorché si fa strada una lettura dell'art. 1337 c.c. non contrattocentrica e tesa ad esaltarne le potenzialità applicative ben al di là del recesso ingiustificato dalla trattativa. È così che prende corpo, in stretto nesso con questa disposizione, la riflessione sull'obbligo precontrattuale di informazione, che anch'io all'epoca mi sforzai di compiere<sup>17</sup> avendo di mira la dimostrazione di un assunto che, al giorno d'oggi, e non per mio merito, nessuno credo avrebbe l'ardire di revocare in dubbio: lo potrei sinteticamente rappresentare identificando nell'art. 1337 c.c. la disposizione che rivela «che l'ordinamento non solo tiene acché il consenso non sia viziato, ma ha a cuore altresì la formazione di un consenso effettivo e consapevole», sicché non «interessa [...] solo l'atto, ma anche ciò che precede e segue l'atto e senza che abbia peso dirimente [...] che alla conclusione di quest'ultimo si addivenga»<sup>18</sup>.

L'attrazione della logica della fattispecie si attenua e si assiste, dunque, ad una sorta di rivincita delle regole di comportamento: l'informazione ha un ruolo fondamentale in questo sviluppo<sup>19</sup>. Anche l'omessa o inesatta informazione precontrattuale dà luogo a responsabilità ed è fonte di un'obbligazione di risarcimento<sup>20</sup>. Resta ben salda la regola 'meglio reprimere che

<sup>17</sup> Sia consentito rammentare G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, Jovene, 1990.

<sup>18</sup> I due passi l'un dopo l'altro riportati tra virgolette sono tratti da G. GRISI, voce *Informazione (obblighi di)*, cit., p. 599 ed ispirati da G. VETTORI, *Regole di validità e responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 104 ss.

<sup>19</sup> Sviluppo, che in qualche modo si collega all'approccio materializzante, ovvero alla tendenza – bene messa a fuoco anche dalla nostra dottrina – a prestare attenzione «agli interessi 'materiali' dei soggetti e ciò al di là del rispetto di regole 'formali' (..) che, per gran parte dei casi sono regole di fattispecie o di procedura» [A. DI MAJO, *Giustizia e 'materializzazione' nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, p. 800]. Tra i segnali che inducono a dibattere della fattispecie come «di un concetto morente», N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 43 segnala il fenomeno che vede le parti non esporre «più al giudice eventi riducibili a casi, 'stati di fatto contrari al diritto' e perciò destinati al confronto con stati di fatto previsti dal diritto, ma 'operazioni economiche', posizioni esistenziali (il nascere e il morire), intrecci o grovigli di interessi e bisogni e attese»; ma la crisi della fattispecie – Egli precisa – non è crisi della decisione, solo che essa, «spoglia di contenuti formali e di sequenze sillogistiche, esprime ormai un giudizio di valore, ossia di consenso o dissenso rispetto a una situazione della vita» (N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 44).

<sup>20</sup> Sicché – nota C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 26 – «con la generalizzazione dell'obbligo di trattare in buona fede, contenuto nell'art. 1337, il nostro legislatore ha inteso significare che la violazione degli obblighi di informazione dà adito a responsabilità anche quando essi non riguardino l'invalidità del contratto, cioè al di là di quanto previsto dall'art. 1338».

prevenire', ma è ormai attivato il contatto della buona fede precontrattuale con logiche di prevenzione del rischio contrattuale.

Si dirà - a ragione - che l'obbligo precontrattuale di informazione è ancora tecnica in funzione dell'autodeterminazione e non del benessere. In effetti, al di là del ruolo comunemente riconosciuto all'informazione precontrattuale quale fattore di riequilibrio dell'asimmetria informativa, è difficile negare che essa miri a consentire che si espliciti con pienezza la libertà di scelta e di decisione del soggetto. Io ti informo perché tu possa essere messo in condizione di sapere e, quindi, di scegliere in piena consapevolezza. Nessun incentivo affinché tu scelga in un certo senso invece che in un altro. Ecco perché, a fronte dell'imposizione di obblighi precontrattuali di informazione, si è parlato, giustamente, di intervento conformativo del mercato di tipo morbido, non ruvido ed invasivo quale quello realizzantesi per via di prescrizioni di tipo imperativo incidenti sul piano del contenuto del contratto<sup>21</sup>; sicché, certamente, raffrontata «con il principio della libertà contrattuale, quella dei doveri (contrattuali) di informazione è la tecnica al limite meno incoerente»<sup>22</sup>, pur se non necessariamente la più efficace (ed adeguata in relazione al fine) in ogni contesto<sup>23</sup>.

Anche l'informazione del consumatore, che pur innegabilmente presenta motivi di discontinuità rispetto al passato ed aspetti peculiari, non sembra emanciparsi da quest'ottica. Una montagna di dati devono essere in tempo utile comunicati; poi, che siano effettivamente conosciuti dal consumatore poco importa (tanto, al limite, questi può liberamente pentirsi e, senza andare incontro a costi o penalità, liberarsi del contratto 'sgredito'). Ma una novità importante va segnalata nell'informazione che potremmo - per mera convenienza - definire 'consumeristica': la pone in luce il richiamo alla trasparenza che, se non stesse ad indicare la necessaria tensione dell'informazione alla conoscenza reale ed effettiva, sarebbe pleonastico e privo di valore atteso che non vediamo come un'informazione non trasparente, ovvero oscura o criptica, possa propriamente dirsi un'informazione<sup>24</sup>.

Si può, dunque, affermare che l'attenzione rivolta alla trasparenza è sintomo del superamento dell'approccio formalistico, «in favore di un modello che, mirando a garantire l'espressione di un consenso meditato e

<sup>21</sup> Si veda S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 257 ss. e, in particolare, p. 278 ss.

<sup>22</sup> A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 19.

<sup>23</sup> Vedasi V. ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano, e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 763 ss.

<sup>24</sup> Si rinvia, al riguardo, a G. GRISI, voce *Informazione (obblighi di)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, Treccani, 2006, p. 17 ss.

consapevole, guarda all'informazione quale tramite per l'effettiva conoscenza e strumento di reale comprensione»<sup>25</sup>.

L'obiettivo è ambizioso e solo raggiungibile se tra chi l'informazione rende e chi la riceve si crea un'alleanza, sulla falsariga di quella che ispira e conforma il consenso informato nel rapporto medico-paziente. All'alleanza terapeutica ha fatto pure richiamo la S.C. in una nota sentenza<sup>26</sup>, ove trapela consapevolezza del fatto che detta alleanza, per passare dalle parole ai fatti, ha bisogno, non solo e non tanto di un'informazione freddamente volta alla trasmissione di dati utili alla decisione, quanto di un'informazione capace di orientare il paziente verso la scelta che meglio asseconda l'esigenza di benessere del medesimo<sup>27</sup>.

Con parlare figurato e un po' onomatopeico, si può, semplicemente, dire che la trasparenza segna il passaggio da un'informazione 'fredda' ad un'informazione 'calda', consacra così la fuoriuscita dal terreno dell'autodeterminazione 'pura' e la contaminazione con la sfera del 'benessere'.

Ben si comprende, in siffatto contesto, quanto possa essere importante la valutazione d'impatto delle distorsioni cognitive, perché esse sono in grado di ostacolare quel passaggio e pregiudicare l'accesso del soggetto all'effettiva comprensione. L'elaborazione della *BLE* diventa, allora, più che utile: la definirei un punto di riferimento obbligato<sup>28</sup>.

Non è reciso il legame con l'autodeterminazione, ma quest'ultima viene - per così dire - declinata<sup>29</sup>: anche al riguardo, ci si può rifare all'alleanza terapeutica, che «non è in conflitto con l'autodeterminazione, ma contribuisce anzi a definirne l'essenza» dovendo esprimersi attraverso «il

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>26</sup> Trattasi di Cass. 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1201, con nota di A. DI MAJO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*.

<sup>27</sup> Aiuta a riflettere sull'importanza della scelta così assunta anche la lettura del seguente passo, tratto dalla sentenza citata nella nota che precede: «Viene [...] in rilievo la considerazione del turbamento e della sofferenza che deriva al paziente sottoposto ad atto terapeutico dal verificarsi di conseguenze del tutto inaspettate perché non prospettate e, anche per questo, più difficilmente accettate. L'informazione cui il medico è tenuto in vista dell'espressione del consenso del paziente vale anche, ove il consenso sia prestato, a determinare nel paziente l'accettazione di quel che di non gradito può avvenire, in una sorta di condivisione della stessa speranza del medico che tutto vada bene; e che non si verifichi quanto di male potrebbe capitare, perché inevitabile. Il paziente che sia stato messo in questa condizione - la quale integra un momento saliente della necessaria 'alleanza terapeutica' col medico - accetta preventivamente l'esito sgradevole e, se questo si verifica, avrà anche una minore propensione ad incolpare il medico».

<sup>28</sup> Si veda G. PELLEGRINO, *Consenso informato e distorsioni cognitive*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 637 ss.

<sup>29</sup> Con espressione sintetica ed efficace, si può parlare di autodeterminazione assistita.

condizionamento indulgente e non invadente che sia di pungolo all'adozione della scelta che [...] renda la vita più lunga e migliore»<sup>30</sup>.

### 5. Considerazioni conclusive

Echeggia, nelle considerazioni appena svolte, il paternalismo libertario teorizzato da Thaler e Sunstein<sup>31</sup>, l'idea della «spinta gentile» che, nel rispetto della libertà (anche di compiere scelte non convenienti o controproducenti), promuove l'assunzione di decisioni tese a massimizzare il benessere. È sempre percorribile questa strada?

C'è chi consiglia, senza mezzi termini, di evitarla, ispirato dalla convinzione che il paternalismo, ancorché libertario, è fonte di insidie ben maggiori di quelle che intende scongiurare. Non è una sindrome di onnipotenza a motivare questo atteggiamento, né si ritiene infallibile e in grado sempre di scegliere per il meglio colui che avversa il paternalismo. È vero, anzi, il contrario: con una buona dose di fatalismo egli prende atto che è umano comportarsi in modo irrazionale, che l'errore va messo in conto ed è utopia pensare di estirparlo, che l'irrazionalità è nella natura umana e che essa è, anzi, il sale della vita<sup>32</sup>. So, dunque, di poter sbagliare, ma chi mi assicura che i pungoli siano nel mio interesse? Ci si può fidare dei 'regolatori'? La BLE entra - e non certo di soppiatto - nella dialettica tra mercato e libertà<sup>33</sup> e la lezione che traiamo dall'osservazione dei rapporti di mercato giustifica lo scetticismo. Anche il mercato dà spesso pungoli, ma per assecondare le debolezze umane (onde trarne profitto) e non per sradicarle. Ci si può fidare del mercato, ancorché regolato? O non è meglio farsi del male da soli? Di qui a dire che è sempre meglio autodeterminarsi il passo è breve.

<sup>30</sup> I due passi l'un dopo l'altro riportati tra virgolette sono tratti da G. GRISI, *Autodeterminazione, consenso informato e previsione del rischio*, in G. SPOTO (a cura di), *La protección de la persona y las opzione ante el final de la vida en Italia y en España*, Murcia, edit.um, 2013, p. 346

<sup>31</sup> Autori dell'opera *Nudge. Improving Decision about Health, Wealth, and Happiness*, già citata (v. *supra*, nt. 14). Segnalo anche, degli stessi autori., il saggio dal titolo, *Libertarian Paternalism Is Not an Oximoron*, in *University of Chicago Law Review*, 70 (2003), p. 1159 ss..

<sup>32</sup> Un noto aforisma di George Bernard Shaw così recita: «La bellezza, dopo tre giorni, è tanto noiosa come la virtù».

<sup>33</sup> Si veda A. SEN, *Markets and Freedoms: Achievements and Limitations of the Market Mechanism in Promoting Individual Freedoms*, in *Oxford Economic Papers*, 45 (1993), p. 519 ss. e in <[www.cs.princeton.edu](http://www.cs.princeton.edu)>.

Altri, ispirati da una visione meno mitica dell'autodeterminazione, sono indotti a credere - ancorché non ad occhi chiusi - nella «spinta gentile». Lontana è l'idea di un mondo dove le scelte adottate non siano guidate da incauto ottimismo o da *overconfidence*<sup>34</sup> o non risentano fortemente dei condizionamenti - più o meno (o per nulla) percepibili - che il contesto esercita e della tendenza (sovente inconsapevole) a seguire il gregge, a fare senza pensarci troppo ciò che gli altri fanno. Questi fattori di perturbazione operano, che lo si voglia o no, e sfuggire alla loro influenza è sforzo sovrumano. Ma il paternalismo libertario può, talora, neutralizzarli e, comunque, attenuarne l'aggressività: può, in pratica, contribuire a limitare i danni. Non bisogna, però, esagerare. L'eccesso di paternalismo - taluni obiettano - induce pigrizia nell'individuo e un individuo pigro è fatalmente portato ad allentare la guardia e a non investire per non cadere in errore: la storia e l'esperienza personale insegnano che tali e tanti sono i pericoli legati all'assuefazione a lasciarsi guidare da rendere inutile, qui, un'emplificazione.

E anche chi guarda con favore al pungolo garbato e non invasivo è pronto a riconoscerne, in più di un caso, l'inefficacia: ad ammettere, allora, la necessità di misure dure e a tal punto draconiane da giustificare la privazione della possibilità di scelta. Sintomatica è la vicenda dei *derivati* - segnata dai tanti guai procurati a sottoscrittori ignari dell'elevato tasso di rischio dell'operazione - che sono in molti a pensare non possa risolversi altrimenti che con la loro eliminazione. In questa prospettiva, l'informazione è posta ai margini. Ma, guardando alla stessa vicenda, c'è chi dubita che passi il no inflessibile l'ottimizzazione del benessere e auspica, invece, sia comunque e sempre conservata la possibilità di scegliere (magari lavorando con le regole di *default* per instillare prudenza nella decisione da adottare e indirarla verso la direzione più consona). Se si percorre questa via, l'informazione acquista un ruolo decisivo; non dell'informazione 'fredda' parliamo, ma di quella 'evoluta', trasparente, capace di incentivare - e, quindi, pungolare, ma senza costrizioni di sorta - le scelte.

Conta, poi, valutare le scelte da operare, la loro natura e le circostanze che ne accompagnano l'assunzione. È dimostrato che non sempre le persone preferiscono scegliere (basti pensare a quanti pedissequamente seguono le indicazioni di una guida turistica, magari prestata da un amico o acquistata a caso fra le tante, quando debbono individuare un albergo

---

<sup>34</sup> Il termine - come segnala R. CATERINA, *Un approccio cognitivo alla diversità culturale*, in R. CATERINA (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, cit., p. 205 - sta ad indicare «una delle condotte euristiche maggiormente studiate dalla letteratura comportamentale», e si rapporta alla sovrastima, che sovente le persone nutrono, delle proprie capacità e del controllo che si è in grado di esercitare sugli eventi.

o un ristorante dove andare): spesso sono felici che qualcuno scelga per loro e, siccome non c'è ragione di costringerle a scegliere, il problema è far sì che i pungolatori siano *super partes*, competenti ed onesti. D'altro canto, ci sono scelte e scelte. Non si può negare, ad esempio, che una cosa è scegliere una bevanda, tutt'altra è scegliere un prodotto finanziario. Del pari, la scelta tra poche alternative non è assimilabile a quella tra opzioni molto numerose e, magari, non chiaramente differenziate. Ci sono, poi, scelte refrattarie all'intervento di un regolatore 'esterno' - si pensi a quella relativa al partito da votare - che non ammettono intromissione alcuna, nella forma della spinta ancorché gentile o di altro stampo.

Dunque, fino a dove può arrivare la *BLE*?

Non gli si possono affidare missioni impossibili. Per esemplificare scendendo sul terreno pratico, chi può pensare che il ricorso ad essa avrebbe evitato il prodursi della crisi economica e finanziaria che stiamo attraversando<sup>35</sup> o ne avrebbe anche solo circoscritto le dimensioni o reso meno devastanti le ricadute di ordine sociale? La domanda è retorica. Se non è nel torto chi, nell'analizzare la crisi, registra, non solo e non tanto l'irrazionalità delle scelte di investimento operate, ma anche - e soprattutto - la latitanza della politica e «il dominio dei mercati finanziari sull'economia reale e, dunque, sulle nostre vite»<sup>36</sup>, se questo è lo scenario, viene spontaneo giudicare un'arma, se non inutile, spuntata lo studio della mente e dei comportamenti e pienamente giustificato, quindi, lo scetticismo associato all'idea che la *BLE* basti o sia in grado di offrire un apporto determinante alla soluzione di problemi di tale caratura.

Diverso è il parere manifestato da Thaler e Sunstein, proprio con riferimento alla crisi finanziaria del 2008<sup>37</sup>; ma, con tutta franchezza, non crediamo che, su questo fronte, risultati tangibili e duraturi possano ottenersi se non facendo riemergere dalla palude la politica e l'economia reale, unico freno all'espansione incontrollata e sregolata del mercato

<sup>35</sup> Quella del 2008, contrassegnata dalle note vicende emblematicamente legate ai mutui *subprime*, all'uso eccessivo e all'abuso dei derivati e così via dicendo.

<sup>36</sup> Il dato emerge chiaro dalla pregevole ricerca condotta da G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, Padova, Cedam, 2011, avente quale obiettivo - dall'A. dichiarato in Prefazione - di tracciare «una pista teorica di prima approssimazione, dotata di senso esplicativo delle dinamiche intercorse dall'abbandono di Bretton Woods fino all'attuale crisi finanziaria dell'Eurozona».

<sup>37</sup> A loro dire, non «riusciremo a proteggerci dalle crisi future se ci scagliamo contro l'avidità, la corruzione e la malversazione senza guardarci allo specchio e provare a comprendere gli effetti potenzialmente devastanti della razionalità limitata, dei problemi di autocontrollo e delle influenze sociali» (R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, Nudge. *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, cit., p. 254).

finanziario. Passa per questa via l'approntamento di regole capaci di (dare o) restituire centralità al benessere sociale.

Ci sono, tuttavia, settori in cui l'incontro – o, meglio, il dialogo – tra diritto e scienze cognitive si è realizzato e via via sviluppato con esiti non disprezzabili: ne segnaliamo due, quello della tutela dei consumatori e quello della tutela degli investitori. In questi ambiti, l'apporto della *BLE* è tutt'altro che insignificante<sup>38</sup>, ma molte sono ancora le potenzialità inespresse, sicché si ha l'impressione che esista un *gap* da colmare e che il dato normativo stenti ad assorbire – o non riesca appieno a recepire – le indicazioni provenienti dalla riflessione comportamentale.

Se si guarda il C. cons. (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) ciò si palesa evidente. È sintomatica la relazione introduttiva ad esso, che ne ancora la giustificazione anche all'esigenza di tener conto dei «principi di analisi sociologica e psicologica nella più generale teoria del consumatore». Sta di fatto, però, che nel concreto detta esigenza non sembra aver trovato compiuta traduzione sul piano normativo.

Il legislatore del C. cons ha affidato centralità all'educazione e all'informazione del consumatore<sup>39</sup>, che sono fattori sicuramente importanti e capaci di orientare in una certa direzione il modo d'essere del mercato; su di essi il consumatore aveva ragione di far conto per veder assicurato – come recita l'art. 169 del TFUE – «un livello elevato di protezione», ma chi, all'atto pratico, potrebbe, a cuor leggero, affermare che questa *mission* sia stata con successo realizzata?

Si è scelto di introdurre regole tese a moralizzare l'agire del contraente forte – a ciò mira principalmente la disciplina delle pratiche commerciali scorrette<sup>40</sup> – ma non sarebbe stato anche (e, forse, ancor più) necessario

<sup>38</sup> Per averne contezza, basti esaminare i contributi raccolti in R. CATERINA (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, cit. Può aggiungersi il richiamo a F. DI PORTO, *Protezione ed empowerment del consumatore: profili cognitivi della regolazione*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it) e al *working paper* di M. C. MARTINENGO, *Consumatori, fiducia e web*, in <http://workingpapers.iuse.it>, quest'ultimo perché consente di apprezzare l'apporto che la *BLE* può dare in contesti di negoziazione non tradizionali – si pensi a quello delle vendite *on line* – dove la presenza di un consumatore più consapevole, sicuro e fiducioso nella bontà delle decisioni assunte, sgombrato il campo dai rischi che si annidano nelle modalità di contrattazione *de quibus*, è *condicio sine qua non* dell'espansione e del potenziamento del mercato.

<sup>39</sup> Si vedano i Titoli I e II della Parte II, nonché nella Parte III le disposizioni del Titolo III, largamente rimaneggiate – in attuazione della Dir. 2011/83/UE – per effetto del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21.

<sup>40</sup> Sia consentito, al riguardo, rinviare a G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, p. 2 ss.

orientare l'attenzione verso le strategie di marketing e sulle tecniche impiegate per la comunicazione, nell'ottica del consumatore<sup>41</sup>?

Questi quesiti muovono ad una riflessione che investe certo la *BLE* ma che si spinge oltre, su un diverso piano, suscitando un ulteriore interrogativo, che è difficile dire se sia madre o figlia dei primi: siamo proprio certi che il codice del consumo sia il codice dei consumatori? Molte cose dipendono dalla risposta e, forse, anche la prospettiva giusta dalla quale apprezzare il *gap* cui prima si è accennato.

---

<sup>41</sup> Molti i limiti su questo terreno. Basti raffrontare l'art. 35 c. cons. e l'art. 166 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (recante il c. assicurazioni) per registrare la presenza, solo in quest'ultimo, di una regola tesa a disciplinare le modalità espressive da impiegare nella redazione di particolari clausole del contratto. La legge può essere animata dalle migliori intenzioni quando impone alla parte professionale di rendere informato il consumatore su una miriade di dati e circostanze, ma forte è il rischio che l'eccesso di informazione si riveli un boomerang, mentre sarebbe assai più efficace agevolare il consumatore nell'individuazione del set - possibilmente non troppo ampio - di informazioni 'salienti' nell'economia dell'affare negoziato. La tensione dell'informazione alla conoscenza è giocoforza frustrata, quando la prima è somministrata in modo confuso, in un *mix* indifferenziato insieme a numerose altre non in egual misura rilevanti. Può, allora, servire l'evidenza grafica, che è profilo non adeguatamente considerato nella disciplina a protezione del consumatore, al quale, invece, andrebbero specificamente dedicate regole chiare ed esplicite.

