

Giorgio Resta*

Gratuità e solidarietà: fondamenti emotivi e 'irrazionali'

«Non c'è alcuna ragione
per supporre che la maggioranza
degli esseri umani siano impegnati
a massimizzare qualcosa che non sia
l'infelicità, ed anche questa
solo con parziale successo»

(R. Coase)

1. L'agire disinteressato è irrazionale?

Il titolo che è stato assegnato al presente intervento – «Gratuità e solidarietà: fondamenti emotivi e irrazionali» – riflette in maniera nitida la particolare complessità e delicatezza del tema sul quale si appunterà la mia attenzione. Il nesso ivi istituito tra le nozioni di (ir)razionalità e gratuità sembrerebbe suggerire, infatti, che l'agire non egoistico debba essere annoverato tra quelle «costanti deviazioni dal comportamento razionale», alle quali fa riferimento il manifesto metodologico del Convegno e che costituiscono il punto focale di interesse della *Behavioral Law and Economics*¹.

* Desidero ringraziare Giacomo Rojas Elgueta, Giuseppe Bellantuono, Raffaele Caterina, Antonio Fici e Michele Cangiani per la lettura del dattiloscritto e i preziosi commenti ricevuti.

¹ Per una prima informazione su tale corrente di studi v. C. JOLLS, C. R. SUNSTEIN e R.H. THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in *Stanford Law Review*, 50 (1998), p. 1471; R. B. KOROBKIN e T. S. ULEN, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, in *California Law Review*, 88 (2000), p. 1051, 2000; J. D. WRIGHT e D. H. GINSBURG, *Behavioral Law and Economics. Its Origins, Fatal Flaws, and Implications for Liberty*, in *Northwestern University Law Review*, 106 (2012), p. 1033; R. CATERINA (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, Milano, Mondadori, 2008.

Tale prospettiva sembrerebbe perfettamente coerente con il paradigma, oggi largamente diffuso non soltanto in economia, ma anche nell'ambito delle scienze giuridiche e della politica, che va sotto il nome di 'teoria della scelta razionale'². Difatti, uno degli assiomi fondamentali sui quali verte tale paradigma è quello per cui le persone scelgono in maniera razionale «if and only if they intelligently pursue their self-interest, and nothing else»³. Il che implica che, allorché i soggetti perseguono finalità diverse da quelle coincidenti con il proprio interesse egoistico, pongono in essere, per definizione, una decisione *non* razionale⁴.

È chiaro, e l'assunto non merita particolari approfondimenti, che l'utilità dei concetti scientifici può essere valutata soltanto in relazione alle particolari finalità e metodologie delle discipline che intendano farne uso⁵. Sicché non avrebbe molto senso, per un osservatore esterno, discutere fino a che punto sia 'razionale' per la scienza economica continuare a articolare le proprie categorie intorno a quello che Edgeworth, già nel 1881, aveva definito il 'principio primo' della scienza economica, ossia il principio per cui «ciascun agente è guidato soltanto dal proprio interesse»⁶ (salvo poi incorrere in notevoli difficoltà nello spiegare le dinamiche quotidiane della gratuità e del disinteresse, come ben testimonia il noto dibattito sulla 'perdita allocativa

² V. ad es. T. S. ULEN, *Rational Choice Theory in Law and Economics*, in B. BOUCKAERT e G. DE GEEST (a cura di), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham–Northampton, E. Elgar, 2000, I, p. 790; S. HARGREAVES HEAP *et alii*, *Game theory. A Critical introduction*, London, Routledge, 1995 (trad.it. *La teoria della scelta. Una guida critica*, Roma-Bari, Laterza, 1996).

³ A. SEN, *The Idea of Justice*, Cambridge (Mass.), Belknap Press, 2009, p. 179.

⁴ È opportuno ricordare, sulla scorta dell'analisi di R. B. KOROBKINE T. S. ULEN, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, cit., p. 1060 ss., che esistono diverse versioni della teoria della scelta razionale, le quali si collocano lungo una scala progressiva che va dalle teorie 'sottili' (che si limitano a presupporre che gli individui massimizzino la propria utilità attesa, senza definirne preliminarmente i contenuti) alle teorie 'spesse' (ove si assume, con maggior chiarezza, che oggetto della massimizzazione sia l'interesse egoistico o il benessere materiale del decisore). Le analisi sviluppate nell'ambito dell'analisi economica del diritto *mainstream* si ispirano in prevalenza alle teorie 'spesse', le quali sono in realtà le uniche in grado di offrire schemi univoci per la predizione dei comportamenti degli attori, al prezzo, però, di un maggior divario tra predizioni teoriche e realtà effettuale (*Ibidem*, p. 1065).

⁵ V. ad es. K. R. POPPER, *The Poverty of Historicism*, London, Routledge, 1957 (trad. it. *Miseria dello storicismo*, Milano, Feltrinelli, 2008, p. 133 ss).

⁶ F. Y. EDGEWORTH, *Mathematical Psychics: An Essay on the Application of Mathematics to the Moral Sciences*, London, C. Kegan and Co., 1881, p. 16 [richiamato da A. SEN, *Sciocchi razionali: una critica dei fondamenti comportamentistici della teoria economica*, in ID., *Choice, Welfare and Measurement*, Oxford, Blackwell, 1982 (trad. it. *Scelta, benessere, equità*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 147 ss.)].

secca dei regali di Natale')⁷. È invece più utile domandarsi se il modello di razionalità assunto dal giurista a fondamento delle proprie operazioni teoriche possa coincidere con quello fatto proprio dalle altre scienze sociali, ed in particolare dall'economia, oppure debba discostarsene sotto alcuni aspetti fondamentali⁸. Se è vero, infatti, che il diritto può essere concepito (anche) come un sistema di incentivi e disincentivi all'azione individuale⁹, è cruciale disporre di un modello teorico attendibile in grado di spiegare quali siano le risposte prevedibili degli attori sociali ai 'prezzi' imposti dalle norme¹⁰. Da questo punto di vista la prospettiva 'Behavioral' aperta dagli studi di Daniel Kahneman e Amos Tversky ha permesso di conseguire risultati importanti soprattutto sotto il profilo delle variabili 'cognitive', investigando il ruolo assunto da una serie eterogenea di vincoli sui processi valutativi e decisionali degli agenti¹¹. È rimasta invece maggiormente nell'ombra una seconda frontiera degli studi condotti nell'ambito delle

⁷ Uno dei problemi più difficili da spiegare dal punto di vista della scienza economica è perché gli individui propendano per doni in natura e non in moneta (la quale, dal punto di vista economico, costituirebbe il dono perfetto, poiché in grado di massimizzare le utilità del donatario, a fronte di un netto risparmio dei costi di transazione dal lato del donante). Su tale aspetto – generalmente definito come *inadequacy*– si sofferma un celebre articolo di J. WALDFOGEL, *The Deadweight Loss of Christmas*, in *American Economy Review*, 83 (1993), p. 1328, ove viene stimato che la perdita allocativa secca derivante dal ricorso a doni natalizi «in natura» varia tra 1/3 e 1/10 del valore del bene donato e ammonta in forma aggregata ad una somma compresa tra i 4 e i 13 miliardi di dollari per anno. Più di recente v. anche ID., *Scroogenomics. Why You Shouldn't Buy Presents for the Holidays*, Princeton, Princeton University Press, 2009. Sull'approccio economico all'altruismo e sull'idea del 'warm glow' v. per un ampio panorama, J. VAN DEN VEN, *The Economics of the Gift*, Discussion Paper 2000, n. 68, Tilburg University, accessibile all'indirizzo: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=244683>; C. F. CAMERER, *Gifts as Economic Signals and Social Symbols*, in *American Journal of Sociology*, 94 (1988), p. 1580.

⁸ In tema cfr. A. GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 1105; in prospettiva più generale A. SUIPOT, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Éditions du Seuil, 2005.

⁹ V. ad es. R. B. KOROBKINE T. S. ULEN, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, cit., p. 1054; O. BAR-GILL, *Pricing Legal Options: A Behavioral Perspective*, in *Review of Law & Economics*, 1 (2005), p. 203.

¹⁰ H. EIDENMÜLLER, *Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics*, in *Juristenzeitung*, 2005, p. 216 ss.

¹¹ D. KAHNEMAN e A. TVERSKY, *Choices, Values and Frames*, Cambridge (Mass.), Cambridge University Press, 2000; ID., *Prospect Theory: Un'analisi delle decisioni in condizioni di rischio*, in M. MOTTERLINI e F. GUALA (a cura di), *Economia cognitiva e sperimentale*, Milano, Università Bocconi, 2005, p. 61 ss.; importanti saggi di Kahneman e Vernon Smith possono leggersi in M. MOTTERLINI e M. PIATTELLI PALMARINI (a cura di), *Critica della ragione economica*, Milano, il Saggiatore, 2005, p. 11 ss.

scienze comportamentali: quella attinente al profilo delle ‘motivazioni’ sottese alle azioni umane¹². Tale aspetto, benché intrinsecamente più sfuggente e delicato, è particolarmente importante, perché va al cuore della teoria della scelta razionale ed implica una rivisitazione critica dello stesso ‘principio primo della scienza economica’¹³, ossia l’assioma del *self-interest*.

È utile, pertanto, per il giurista iniziare a confrontarsi in maniera più sistematica con questa elaborazione, in modo da riflettere più consapevolmente, oltre che sui presupposti epistemologici della propria disciplina, anche sulle ricadute operative dei ‘prezzi’ imposti dalle norme giuridiche. Quello che poteva apparire, dalla lettura del titolo di questo scritto, come un postulato teorico da indagare in tutte le sue implicazioni (la gratuità e la solidarietà come deviazioni dallo *standard* di razionalità), merita invece di essere riformulato come un interrogativo, o meglio una serie di interrogativi, su cui riflettere criticamente: l’agire non egoistico può davvero essere considerato come una deviazione dal comportamento razionale, o non rappresenta, al contrario, una forma di razionalità non riflessa nei paradigmi utilitaristici? E ancora: qual è il ruolo delle emozioni nella spiegazione dei comportamenti che si discostano dall’attitudine ‘massimizzante’?

In questo scritto vorrei concentrare l’attenzione su due profili principali. Il primo, che verrà affrontato nella prima parte, è quello del modello di razionalità soggiacente alle norme e agli istituti giuridici in tema di atti gratuiti e liberali. Spendendo qualche rapida considerazione sui presupposti culturali e ‘comportamentali’ della disciplina in oggetto, si cercherà di argomentare che la logica giuridica e la sapienza cristallizzata nelle sue regole mettono a disposizione dell’osservatore un paradigma di razionalità ben diverso da quello utilitaristico fatto proprio dalla teoria economica ortodossa e potenzialmente ricco di insegnamenti anche per essa (§§ 2-3). Il secondo profilo sottende invece un processo analitico inverso. Si prenderanno, infatti, le mosse dalle ricerche condotte nell’ambito delle scienze comportamentali per verificare quali insegnamenti possa trarre il giurista dai risultati sperimentali raggiunti in punto di motivazioni disinteressate ed altruistiche dell’agire umano (§§ 4-9). In particolare, si rifletterà sul modo in cui la scala delle preferenze individuali sia influenzata dall’assetto istituzionale di riferimento e segnatamente dalla configurazione in chiave mercantile o non mercantile di determinati rapporti, anche al fine di ragionare sui compiti dell’ordinamento giuridico quale strumento di preservazione di ‘sfere di vita’ sottratte alla logica economicistica (§§ 10-12).

¹² Cfr. J. ELSTER, *Fehr on Altruism, Emotion and Norms*, in *Analyse & Kritik*, 27 (2005), p. 197 ss.

¹³ Cfr. *supra*, nt. 6.

2. La logica del dono e la razionalità giuridica

Diverse analisi sono state dedicate recentemente al tema degli atti gratuiti e liberali, talune condotte prevalentemente in una prospettiva di diritto interno¹⁴, altre in un'ottica di comparazione giuridica¹⁵. Pur nella diversità delle regole accolte nei vari ordinamenti, tali analisi convergono nel segnalare alcuni dati ricorrenti e trasversali all'intera tradizione giuridica occidentale. In particolare, l'indagine compiuta da Richard Hyland, senza dubbio tra le più ricche ed articolate, isola come elementi caratteristici delle nostre esperienze: *a*) l'atteggiamento di tendenziale sfavore e pregiudiziale sospetto nei confronti degli atti gratuiti (almeno nel campo delle 'vecchie gratuità')¹⁶; *b*) la presenza di una tensione costante tra norma giuridica e norma sociale nel settore delle liberalità¹⁷.

Tali aspetti possono essere considerati, anche in un'ottica di lungo periodo, come due dei principali 'marcatori normativi' del sistema della gratuità. Per chiarire meglio tale assunto senza operare una disamina di temi e problemi che sarebbe necessariamente troppo dettagliata, può essere utile ritornare brevemente su uno dei 'classici' in materia, ossia il saggio dedicato da Louis Josserand al tema del «Declino del titolo gratuito e sue trasformazioni»¹⁸. In una celebre conferenza tenuta negli anni Trenta, poi raccolta nel volume *Évolutions et Actualités*, il giurista francese registrava in maniera puntuale la continua erosione della sfera della gratuità e la progressiva attrazione di una serie di rapporti giuridici, un tempo informati alla logica della benevolenza e del disinteresse, all'interno dell'orbita dell'onerosità. Tra questi egli annoverava il mandato, il deposito, il mutuo, ma anche l'esercizio delle funzioni pubbliche¹⁹. Dietro un siffatto processo di trasformazione stava, secondo Josserand, una più generale riorganizzazione dei rapporti sociali nel segno dell'espansione della frontiera del mercato e dunque della sostituzione dello scambio ad altre «forme di integrazione»,

¹⁴ Cfr. A. GALASSO e S. MAZZARESE (a cura di), *Il principio di gratuità*, Milano, Giuffrè, 2008; A. FOUBERT, *Le don en droit*, thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2006; della stessa Autrice v. anche il saggio *Les contraintes pesant sur le juge. L'exemple du droit du don*, in *Droits*, 2011, p. 95 ss.

¹⁵ R. HYLAND, *Gifts. A Study in Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

¹⁶ Per la distinzione tra 'vecchie' e 'nuove' gratuità rinvio a A. GALASSO, *Il principio di gratuità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 205 ss.

¹⁷ R. HYLAND, *Gifts. A Study in Comparative Law*, cit., p. 87.

¹⁸ L. JOSSERAND, *Le déclin du titre gratuite et sa transformation*, in ID., *Évolutions et Actualités. Conférences de droit civil*, Paris, Sirey, 1936, p. 135.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 136-154.

come la reciprocità²⁰. Mentre in apparenza tale passaggio avrebbe potuto essere inteso come una regressione, in quanto veicolo di affermazione dell'egoismo a detrimento dei valori comunitari, ad uno sguardo più attento esso doveva reputarsi una manifestazione di progresso. Mentre il beneficio ricevuto per spirito di liberalità – osservava il giurista di Lione – si connota come incerto, umiliante ed obbligante, la prestazione acquisita nel quadro di rapporti a titolo oneroso è certa, non umiliante e rispettosa della pari dignità di ciascuno²¹. L'economia del dono, in altri termini, è un'economia asimmetrica e diseguale, mentre quella incentrata sullo scambio di mercato riflette un'organizzazione sociale fondata sull'eguaglianza e sul diritto²². Il declino della gratuità rappresenta dunque per Josserand non soltanto un processo ormai irreversibile, ma anche un obiettivo cui mirare e una conquista da incoraggiare.

Queste riflessioni sono interessanti non soltanto perché si muovono apertamente nel solco delle considerazioni espresse da Jhering ne *Lo scopo nel diritto*²³, ma anche perché tracciano una prospettiva antitetica rispetto

²⁰ Uso qui l'espressione «forme di integrazione» nell'accezione di K. POLANYI, *The Economy as Instituted Process*, in K. POLANYI, C. M. ARENSBERG e H. W. PEARSON, *Trade and Markets in the Early Empires. Economies in History and Theory*, Glencoe, The Free Press, 1957, p. 243, p. 250 ss.

²¹ L. JOSSERAND, *Le déclin du titre gratuite et sa transformation*, in ID., *Évolutions et Actualités. Conférences de droit civil*, cit., p. 156: «Cette substitution, bien loin d'attenter à la dignité humaine, en assure, dans la plupart des cas, le respect; mieux vaut payer le service rendu que de bénéficier de l'esprit de charité d'autrui, après avoir tendu la main; un droit, eût-il sa contre-partie dans une obligation, est préférable à une aumône ou à une exploitation; une organisation à base d'échange est toujours supérieure à une anarchie juridique, tempérée par la charité et par la générosité».

²² *Ibidem*, pp. 155-156: «Mais notre civilisation moderne repose sur d'autres assises; la mécanique sociale s'est transformée; le droit est devenu la chose de tous; sous l'égide de la loi, chacun peut développer librement son activité; les pouvoirs publics s'ingénient, non plus à créer des catégories sociales, mais à assurer à chacun son dû; et comme, d'autre part, l'industrie et le négoce se sont prodigieusement développés, la vie moderne est faite d'échanges, entre égaux; le commerce entre les hommes est devenu un commerce juridique; l'aumône a fait place au droit; le service d'ami est devenu un rapport juridique; la morale s'intègre dans le droit, elle est comme aspirée par lui, pour devenir la règle sociale vivente en perpetue compte-courant; la contrainte a succédé au devoir de conscience, sans pour cela devenir tyrannique ni insupportable, parce qu'elle est réciproque; chacun trouve dans la loi même le moyen de satisfaire à ses besoins légitimes, sans faire appel à la charité d'autrui; en un mot, la société moderne tend à l'organisation juridique; le droit veut devenir une religion sociale, positive et obligatoire; tel est le sens profond de la substitution du titre onéreux au titre gratuit dans les rapports des humains entre eux».

²³ R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, Leipzig, Breitkopf, 1883 (trad. it. *Lo scopo nel diritto*, Torino, Einaudi, 1972, pp. 95-96), ove si legge: «Quanto più i traffici in qualunque situazione, riescono a fondare esclusivamente sull'egoismo la garanzia del

a quella che faceva da sfondo ad una delle ricerche più importanti ed influenti nel campo delle scienze sociali apparsa in Francia in quegli anni²⁴. Si allude ovviamente all'*Essai sur le don* di Marcel Mauss, originariamente pubblicato nel 1925²⁵. Mauss, oltre a derivare dalle ricerche etnografiche ed antropologiche alcuni tratti invariati della fenomenologia del dono nelle società arcaiche, ne aveva sottolineato la persistenza, sia pure sotto forme diverse e lontane dall'originaria caratterizzazione come «fenomeno sociale totale»²⁶, anche all'interno delle moderne organizzazioni capitalistiche. In particolare, secondo Mauss, la logica del dono si sarebbe generalizzata e, per così dire, istituzionalizzata attraverso l'intervento dello stato sociale. L'assicurazione contro le malattie e la vecchiaia rappresenterebbe, ad esempio, un succedaneo moderno dell'originario meccanismo dare-ricevere-rendere: al contributo prestato dal soggetto attraverso la propria attività lavorativa corrisponderebbe un dovere di protezione ed assistenza da parte dei poteri pubblici per le successive fasi di bisogno, come la vecchiaia e la malattia²⁷. Questo, come altri casi, testimonierebbero non soltanto la

soddisfacimento dei bisogni umani e quanto più l'egoismo e il desiderio di guadagno si sostituiscono alla benevolenza ed all'altruismo, tanto più completo è l'adempimento dei compiti propri dei traffici». E ancora: «È certamente bella l'ospitalità che spalanca le porte al viandante affaticato, né se ne può discutere il fascino poetico, pari a quello del cavaliere predone, dei masnadieri e dei leoni; tuttavia, per la vita pratica, le strade sicure sono meglio di quelle malsicure ed è meglio incontrare buoi e poliziotti piuttosto che leoni e cavalieri predoni; infine, è meglio essere albergati che ospitati. Infatti, l'albergo mi garantisce la certezza dell'accettazione, (certezza che io non ho nel caso dell'ospitalità) ed il denaro mi risparmia l'umiliazione della preghiera, del beneficio ricevuto e del ringraziamento: quando viaggio, porto la mia libertà e la mia indipendenza nel portafogli»; v. anche le gustose pagine dello stesso A. volte ad indagare, nella stessa ottica, quella «vera piaga della vita sociale» che è la mancia: R. VON JHERING, *Das Trinkgeld*, Branschweig, Westermann, 1882 (trad. it. *La mancia*, trad. it., Bologna, 1998, p. 27).

²⁴ Questo punto è opportunamente messo in luce da A. FOUBERT, *Le don en droit*, cit., pp. 4 ss.

²⁵ M. MAUSS, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, Paris, PUF, 1925. Nel quadro di un'immensa letteratura, per un primo approfondimento sulla prospettiva di Mauss v., oltre alla prefazione al volume appena citato di F. WEBER, *Vers une ethnographie des prestations sans marché*, almeno i seguenti scritti: W. JAMES e N. J. ALLEN (a cura di), *Marcel Mauss: A Centenary Tribute. Methodology and History in Anthropology*, New York, Berghahn Books, 1998, I, p. 71 ss.; A. CAILLÉ, *Marcel Mauss et le paradigme du don*, in *Sociologie et société*, 2004, p. 141 ss.; ID., *Le don entre science sociale et psychanalyse. L'héritage de Mauss jusqu'à Lacan*, in *Revue du M.A.U.S.S.*, 27 (2006), p. 57 ss.; F. POUILLON, voce *Dono*, in *Enciclopedia*, Torino, Einaudi, 1978, V, p. 107 ss.

²⁶ M. MAUSS, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, cit., p. 71.

²⁷ *Ibidem*, p. 223: «Toute notre législation d'assurance sociale, ce socialisme d'État déjà réalisé, s'inspire du principe suivant: le travailleur a donné sa vie et son labeur à la collectivité d'une part, à ses patrons d'autre part, et, s'il doit collaborer à l'œuvre d'assurance,

perdurante vitalità della logica del dono, ma soprattutto l'irriducibilità di qualsiasi rapporto al «glaciale calcolo utilitaristico»²⁸ presupposto dalle moderne teorie economiche. L'*homo oeconomicus*, avverte Mauss, non è dietro di noi, ma è davanti a noi, intendendo con ciò che il modello di uomo come «animale calcolatore» non ha mai avuto un effettivo riscontro nella realtà e la sua attuazione rientra soltanto nel novero delle eventualità future²⁹.

Ben diverso appare, dunque, l'impianto delle due riflessioni, l'una tesa all'esaltazione del mercato quale strumento di «liberazione dal debito»³⁰ e livellamento delle disuguaglianze, l'altra volta a valorizzare il ruolo del dono e della reciprocità come preziosi meccanismi di integrazione sociale³¹. Che la cultura giuridica avesse interiorizzato una vera e propria «ermeneutica del sospetto» nei confronti degli atti gratuiti è un dato ben noto e coerente con la fondamentale ristrutturazione dei rapporti sociali ed economici connessa all'avvento del diritto borghese³². Uno degli intenti principali

ceux qui ont bénéficié de ses services ne sont pas quittes envers lui avec le paiement du salaire, et l'État lui-même, représentant la communauté, lui doit, avec ses patrons et avec son concours à lui, une certaine sécurité dans la vie, contre le chômage, contre la maladie, contre la vieillesse, la mort. [...] Toute cette morale et cette législation correspondent à notre avis, non pas à un trouble, mais à un retour au droit [...] La société veut retrouver la cellule sociale. Elle recherche, elle entoure l'individu, dans un curieux état d'esprit, où se mélangent le sentiment des droits qu'il a et d'autres sentiments plus purs: de charité, de «service social», de solidarité. *Les thèmes du don, de la liberté et de l'obligation dans le don, celui de la libéralité et celui de l'intérêt qu'on a à donner, reviennent chez nous, comme réparant un motif dominant trop longtemps oublié* » (cors. agg.).

²⁸ *Ibidem*, p. 238.

²⁹ *Ibidem*, p. 238, ove si legge: «Ce sont nos sociétés d'Occident qui ont, très récemment, fait de l'homme un 'animal économique'. Mais nous ne sommes pas encore tous des êtres de ce genre. Dans nos masses et dans nos élites, la dépense pure et irrationnelle est de pratique courante; elle est encore caractéristique des quelques fossiles de notre noblesse. L'*homo oeconomicus* n'est pas derrière nous, il est devant nous; comme l'homme de la morale et du devoir; comme l'homme de la science et de la raison. L'homme a été très longtemps autre chose; et il n'y a pas bien longtemps qu'il est une machine, compliquée d'une machine à calculer».

³⁰ Su questo punto, che è teoricamente molto importante, v. J. T. GODBOUT, *Le don, la dette et l'identité*. Homo donator versus homo oeconomicus, Paris, Le découverte, 2000, p. 152.

³¹ Per un articolato confronto delle due prospettive v. anche A. FOUBERT, *Le don en droit*, cit.

³² Come ha scritto S. RODOTÀ, *Gratuità e solidarietà tra impianti codicistici e ordinamenti costituzionali*, in A. GALASSO e S. MAZZARESE (a cura di), *Il principio di gratuità* cit., p. 97 ss., p. 104, non solo le nostre categorie concettuali, ma anche i nostri testi normativi «classici» «sono stati costruiti in base alla marginalizzazione e al sospetto per tutto ciò che è gratuito: lo storico divieto delle donazioni tra coniugi, le regole sulla collazione, la possibilità di revoca per ingratitude, l'inefficacia degli atti gratuiti del fallito, lo sfavore fiscale. Tutto questo pone il gratuito non solo in un'area in cui non ha valenza di principio, ma in un'area di eccezione sospetta».

del legislatore rivoluzionario consisteva proprio – come è risaputo – nella restrizioni degli spazi rimessi all'autonomia del donante e del testatore³³. Particolarmente eloquenti, a tal proposito, sono le parole pronunziate da Barrère alla Seduta dell'Assemblea Costituente del 5 settembre 1791: «vigilate che dal seno di questa stessa rivoluzione la legge non presti il suo aiuto alle opinioni nemiche dell'uguaglianza o della libertà che voi avete decretate: vigilate che il padre fanatico, il testatore intollerante, il donante nemico della costituzione, non diseredino i figli, i legatari che per natura o per riconoscenza sarebbero chiamati a succeder loro. Vigilate che i testatori e i donanti non gravino con condizioni imperative o proibitive i diritti e le donazioni che la legge deve rendere libere, emancipate da vecchi pregiudizi e strappate all'impero delle passioni»³⁴. Il tema delle passioni, così distante dal «modello olimpico» di razionalità fatto proprio dal pensiero economico³⁵, riemerge puntualmente in tutti i discorsi giuridici sulla donazione. Limpida, ad esempio, la posizione di Merlin nella voce *Concubinage* del suo *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*: «le passioni costituiscono senza dubbio i nemici più temibili della libertà umana. Esse alterano le funzioni dell'anima, e sostituiscono una volontà insensata a quella ragione calma e tranquilla che deve presiedere a tutte le contrattazioni»³⁶. Potrebbero addursi molti altri esempi, ma il dato che qui preme evidenziare è un altro, e cioè che il tentativo della regola giuridica di «addomesticare» e sottoporre a vincoli stringenti (di forma e contenuto) le pratiche sociali del dare, ricevere e rendere si rivela il più delle volte votato all'insuccesso³⁷.

I repertori giurisprudenziali offrono di ciò molteplici riscontri³⁸. Una

³³ Sul punto, ampiamente, R. HYLAND, *Gifts. A Study in Comparative Law*, cit., pp. 1-8.

³⁴ Traggio la citazione da S. RODOTÀ, *Il dono*, in *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 1998, p. 124.

³⁵ H. A. SIMON, *Reason in Human Affairs*, Stanford, Stanford University Press, 1983 (trad. it. *La ragione nelle vicende umane*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 51).

³⁶ PH-A. MERLIN, voce *Concubinage*, in *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Bruxelles, 1825², V, p. 330 ss., p. 331 (traduzione di chi scrive). Il passo riprodotto nel testo così prosegue: «Parmi les passions qui agitent et ne bouleversent que trop souvent le cœur de l'homme, il n'en est point de plus impérieuse que l'amour. Cette passion exerce un empire tyrannique, et le premier de ses effets funestes est d'altérer les sens et de détruire la raison. Tout, en effet, disparaît au yeux de l'homme qui est soumis à son pouvoir, hors l'objet aimé. Il devient insensible à la voix de la raison; et, dans son délire, il méconnaît les obligations les plus sacrées, pour suivre le penchant irrésistible qui l'entraîne».

³⁷ R. HYLAND, *Gifts. A Study in Comparative Law*, cit., p. 10 ss., p. 113 ss.

³⁸ Illuminante, a questo proposito, l'analisi della giurisprudenza francese compiuta da A. FOUBERT, *Le don en droit*, cit., *passim* proprio al fine di misurare distanze e convergenze tra la logica maussiana e la disciplina delle donazioni. In relazione al nostro ordinamento v. tra i molti A. PALAZZO, *Le donazioni*, in *Commentario del codice civile* diretto da P.

vicenda particolarmente istruttiva, recentemente ricordata da Richard Hyland, è quella della proibizione penale del *potlatch* e dei suoi effetti³⁹. È risaputo che fra le fonti principali alle quali Mauss attinse per la sua analisi del dono ebbero un ruolo centrale le ricerche sul campo compiute da Franz Boas sulle pratiche donative degli indiani Kwakiutl, una popolazione aborigena stanziata nella costa Ovest del Canada⁴⁰. Boas aveva stilato un ampio resoconto dei *potlatches*, consistenti in pratiche di distribuzione ostentatoria di ricchezze spesso compiute in occasione di feste e cerimonie rituali⁴¹. Donare era una manifestazione di prestigio dal lato del donante e talora ragione di umiliazione per chi riceveva; ma allo stesso tempo i beni donati erano sovente presi a prestito, il che dava vita ad una catena di relazioni informate al paradigma della reciprocità ed idonee a rinsaldare il legame sociale, anche in funzione sostitutiva della guerra. La circostanza che viene taciuta da Boas e da molta parte della letteratura sul dono è che la partecipazione al *potlatch* era stata espressamente interdetta dal *Canadian Indian Act* del 1884⁴². La disciplina adottata dal legislatore coloniale – finalizzata a reprimere una pratica che si riteneva fonte di problemi sanitari, dissipazione di ricchezze e di fatto contraria ai canoni della razionalità occidentale – prevedeva la sanzione dell'arresto da 2 a 6 mesi per ogni individuo che avesse preso parte a tali attività⁴³. Nonostante la minaccia della sanzione

Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1991, p. 5 ss.; ID., *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, UTET, 2000; G. CONTE, *Gratuità, liberalità, donazione*, in *La donazione*, Trattato diretto da G. Bonilini, Torino, UTET, 2001, I, p. 1 ss.

³⁹ In tema v. D. COLE e I. CHAIKIN, *An Iron Hand upon the People: The Law Against the Potlatch on the Northwestern Coast*, Vancouver, Douglas & McIntyre, 1990, p. 12 ss.; C. BRACKEN, *The Potlatch Papers: A Colonial Case History*, Chicago, University Press. Breton, 1997.

⁴⁰ V. ad es. F. BOAS, *The Social Organization and the Secret Societies of the Kwakiutl Indians. Based on Personal Observations and on Notes Made by Mr. George Hunt, United States National Museum, Report for 1895*, Washington, 1897; F. BOAS, *Contributions to the Ethnology of the Kwakiutl*, Columbia University Contributions to Anthropology, vol. 3, New York, Columbia University Press, 1925.

⁴¹ F. BOAS, *The Social Organization and the Secret Societies of the Kwakiutl Indians*, cit., pp. 341-357.

⁴² D. COLE e I. CHAIKIN, *An Iron Hand upon the People: The Law Against the Potlatch on the Northwestern Coast*, cit., p. 17; P. TENNANT, *Aboriginal Peoples and Politics: The Indian Land Question in British Columbia, 1849-1989*, Vancouver, 1990, p. 51. Per indicazioni più precise sul processo legislativo confluito nel Indian Act v. J. F. LESLIE, *The Indian Act: An Historical Perspective*, in *Canadian Parliamentary Review*, 25 (2002), p. 23.

⁴³ «Every Indian or other person who engages in or assists in celebrating the Indian festival known as the 'Potlatch' or in the Indian dance known as the 'Tamanawas' is guilty of a misdemeanor, and shall be liable to imprisonment for a term of not more than six or less than two months in any gaol or other place of confinement; and any Indian or other person who encourages, directly or indirectly, an Indian or Indians to get up such a festi-

penale, la pratica del *potlatch* non fu abbandonata, ma continuò ad essere praticata, benché in maniera clandestina, dalle popolazioni aborigene, che si mantennero fedeli più alle proprie usanze che non ai precetti stabiliti dai colonizzatori⁴⁴. Lo stesso George Hunt, il principale referente locale, nonché interprete, di Franz Boas fu processato e condannato per *potlatch*⁴⁵; il medesimo destino toccò a molti altri soggetti, fino a che la proibizione non fu rimossa nel 1951. Ma le ferite impresse al valore dell'identità culturale furono profonde e durature, tanto che nel 2002 le First Nations hanno promosso un'azione risarcitoria nei confronti del governo federale per violazione delle obbligazioni fiduciarie, in ragione degli effetti discriminatori della proibizione del *potlatch*⁴⁶.

3. Homo donator versus homo oeconomicus

L'esperienza appena ricordata appare istruttiva, perché offre una chiara testimonianza del fatto che le regole formali, anche le più costrittive, non riescono a neutralizzare completamente le «norme sociali»⁴⁷ nel governo degli atti donativi. Di ciò, in fondo, gli stessi codici civili mostrano di avere una nitida consapevolezza⁴⁸.

Nelle pieghe delle morfologie normative del contratto di donazione possono non soltanto ritrovarsi molti di quegli aspetti di ambiguità sottolineati da tutte le descrizioni antropologiche del dono⁴⁹. In esse si riflette

val or dance, or to celebrate the same, or who shall assist in the celebration of the same is guilty of a like offence, and shall be liable to the same punishment» [Sect. 3, *Indian Act*, nel testo riprodotto in CHIEF J. MATHIAS e G. R. YABSLEY, *Conspiracy of Legislation: The Suppression of Indian Rights in Canada*, in *BC Studies*, 89 (1991), p. 34, p. 37].

⁴⁴ D. COLE e I. CHAIKIN, *An Iron Hand upon the People: The Law Against the Potlatch on the Northwestern Coast*, cit., p. 68; R. HYLAND, *Gifts, A Study in Comparative Law*, cit., p. 92.

⁴⁵ R. HYLAND, *Gifts, A Study in Comparative Law*, cit., p. 89.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 93.

⁴⁷ Nel corso di questo scritto impiegherò tale nozione in maniera molto flessibile, come 'standard normativi di comportamento assistiti da sanzioni sociali informali' [v. per una più attenta discussione il saggio di E. FEHR e U. FISCHBACHER, *Third Party Punishment and Social Norms*, in *Evolution and Human Behavior*, 25 (2004), p. 63, da cui è tratta la definizione citata; nonché D. M. KAHAN, *Signaling or Reciprocating? A Response to Eric Posner's Law and Social Norms*, in *University of Richmond Law Review*, 36 (2002), p. 367].

⁴⁸ Sul punto si veda in particolare S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., p. 124 ss.; C. M. MAZZONI, *Il dono è il dramma. Il dono anonimo e il dono dispotico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 515 ss.

⁴⁹ Cfr. A. FOUBERT, *Le don en droit*, cit., p. 166 ss., p. 219 ss.; A. GALASSO e S. MAZZARESE,

in maniera cristallina, come ha osservato Stefano Rodotà, anche lo stretto radicamento di tale atto all'interno di un fitto tessuto di relazioni sociali, che ne influenza significati ed effetti e dal quale il donante non può fare astrazione⁵⁰. Basti pensare, in proposito, alle regole in materia di donazione remuneratoria (art. 770 c.c.) e donazione modale (art. 793 c.c.)⁵¹, che certificano la presenza di profili di reciprocità e smentiscono l'immagine del dono 'puro e disinteressato'; oppure alla disciplina della condizione di reversibilità (art. 791 c.c.), della revocazione per ingratitude (art. 801 c.c.) o sopravvenienza di figli (art. 803 c.c.), nonché all'obbligo di collazione (art. 737 c.c.), come elementi che proiettano gli effetti dell'atto di liberalità su un orizzonte temporale più ampio e su una cerchia di soggetti non limitata alle sole parti del rapporto. Il diritto, insomma, «non concede nulla alla purezza o all'innocenza del dono»⁵². Ciò per un verso contribuisce a spiegare le ragioni di un'attitudine tendenzialmente restrittiva e sospettosa del giurista nei confronti delle attribuzioni gratuite e in particolare modo di quelle liberali; ma per altro verso induce a riflettere sull'assenza, nel quadro delle regole e delle categorie giuridiche, della medesima «immagine dell'uomo» fatta propria dalla teoria economica a seguito della rivoluzione marginalista⁵³.

In altri termini, sono proprio le regole dettate per la donazione che dimostrano, se osservate in filigrana, come il modello comportamentale presupposto dal diritto sia ben distante da quello definito dal paradigma dell'*homo oeconomicus*⁵⁴. Il 'soggetto' della donazione non è un individuo

La gratuità come principio, in A. GALASSO e S. MAZZARESE (a cura di), *Il principio di gratuità*, cit., p. 1 ss., p. 11; S. MAZZARESE, *Invito beneficium non datur: gratuità del titolo e volontà di ricevere l'attribuzione*, *ivi*, p. 151 ss., p. 160 ss.

⁵⁰ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., p. 125; v. anche le considerazioni di N. LIPARI, "Spirito di liberalità" e "spirito di solidarietà", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 1 ss., p. 5.

⁵¹ A. PALAZZO, *Le donazioni*, cit., p. 23 ss., p. 34 ss.

⁵² S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., p. 125.

⁵³ In proposito è utile confrontare le pagine di S. D'ACUNTO, *Del soggetto della scienza economica e della sua dignità*, in A. ABIGNENTE e F. SCAMARDELLA (a cura di), *Dignità della persona. Riconoscimento dei diritti nelle società multiculturali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, p. 117 ss.; nonché S. ZAMAGNI, *Sulla cooperazione tra scienza economica e etica: ragioni, problemi, prospettive*, in ID., *Economia e etica. Saggi sul fondamento etico del discorso economico*, Roma, AVE, 1994, p. 15 ss., 20.

⁵⁴ Su questo profilo è molto interessante la discussione compiuta, seppur in un contesto di *common law*, da J. B. BARON, *Gifts, Bargains and Form*, in *Indiana Law Journal*, 64 (1989), p. 155, spec. alle pp. 172-178, la quale riflette in senso critico sui presupposti comportamentali sottesi alla lettura funzionalistica della disciplina dei *gifts*, ponendoli a confronto con le risultanze delle ricerche in campo sociologico e antropologico e conte-

isolato, né un freddo calcolatore, né tanto meno una persona dotata di un illimitato bagaglio di informazioni e impeccabile nel valutarle. Al contrario è un soggetto suscettibile di cader vittima delle passioni e delle emozioni; immerso in una rete di rapporti personali e familiari con cui l'atto donativo necessariamente interferisce; incapace di astrarre da quella fitta trama di doveri e convenienze sociali – generalmente governate dalla logica della reciprocità – che rendono l'atto donativo un atto non perfettamente libero, o addirittura vincolato, nell'*an* e talvolta anche nel *quomodo*; sensibile alle qualità personali del donatario e alla sua stessa condizione familiare d'origine. Sono questi alcuni dei tratti comportamentali che le regole tradizionali in tema di atti gratuiti e liberali danno come presupposti e tentano di governare, sovrapponendo alla realtà fenomenologica la tecnica normativa⁵⁵. Che poi lo scollamento tra gli obiettivi normativi e le dinamiche effettuali sia destinato a rimanere in molti casi incolumabile – non meno del divario tra la razionalizzazione economica e le pratiche sociali del dono⁵⁶ – è un profilo ulteriore e da questo punto di vista non decisivo. Quel che è rilevante, ai fini di un discorso sui limiti del paradigma della razionalità strumentale, è che se vi è un modello preso «realisticamente» in considerazione dal diritto, questo non è (o non è esclusivamente) quello dell'*homo oeconomicus*, bensì quello dell'*homo donator*⁵⁷.

stando, in particolare, l'assunto dei soggetti come attori egoisti e razionali; sulla prospettiva di Baron si vedano le considerazioni di M. A. EISENBERG, *The World of Contract and the World of Gift*, in *California Law Review*, 85 (1997), p. 821, p. 841. V. altresì in una prospettiva più generale J. L. HARRISON, *Egoism, Altruism and Market Illusions: The Limits of Law and Economics*, in *UCLA Law Review*, 33 (1986), p. 1309.

⁵⁵ V. ad es. A. FOUBERT, *Le don en droit*, cit., p. 231 ss.; M. A. EISENBERG, *The World of Contract and the World of Gift*, cit., p. 847, ove si osserva, ovviamente muovendo da una prospettiva di *common law*, che: «much of the world of gift is driven by affective considerations like love, affection, friendship, gratitude and comradeship. That world would be impoverished if it were to be collapsed into the world of contract».

⁵⁶ Molto puntuali, anche su questo aspetto, le pagine di M. J. SANDEL, *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2012, pp. 98-104; v. altresì R. HYLAND, *Gifts, A Study in Comparative Law*, cit., pp. 38-49.

⁵⁷ J. T. GODBOUT, *Le don, la dette et l'identité. Homo donator versus homo oeconomicus*, cit., spec. pp. 162-164.

4. L'assioma del self-interest alla prova delle scienze comportamentali

Un confronto con la razionalità giuridica, se compiuto in maniera non unilaterale e scevra da preconcetti⁵⁸, potrebbe offrire utili spunti per un riesame critico da parte della scienza economica di alcuni dei presupposti epistemologici accettati con eccessivo entusiasmo sin dalla rivoluzione marginalista⁵⁹. Tra questi viene in risalto l'assioma dell'agire interessato, che, come si è già ricordato, rappresenta uno dei capisaldi della teoria della scelta razionale. È ben noto, tuttavia, che esso non è affatto incontrastato e molteplici autori ne hanno contestato, da diversi angoli visuali, la fondatezza. In luogo di molti, sarà sufficiente ricordare le pagine, ben note al giurista, di Amartya Sen⁶⁰; quelle di Ronald Coase, risoluto nel denunciare l'antirealismo di quei presupposti e lo scollamento tra teoria e prassi che ne deriva⁶¹; o quelle di

⁵⁸ Senza cioè trasporre acriticamente canoni e concetti elaborati in ambito economico, impiegandoli come parametri per la verifica di funzionalità (rectius di efficienza) delle norme giuridiche, ma al contrario assumendo istituti e dottrine giuridiche come sonda per indagare la tenuta delle categorie economiche. Molteplici spunti possono trarsi, in relazione ai temi in oggetto, dallo studio di R. A. PRENTICE, *'Law and' Gratuitous Promises*, in *University of Illinois Law Review*, 2007, p. 881, ove diversi problemi posti dalla disciplina degli atti gratuiti sono affrontati muovendo da una prospettiva di «*Behavioral Law and Economics*»; e prima ancora da M. A. EISENBERG, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, in *Stanford Law Review*, 47 (1995), p. 211.

⁵⁹ Per uno sguardo sulla genesi del modello dell'*homo oeconomicus* v. M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, Seuil, Gallimard, 2004 [trad. it. *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, Feltrinelli 2007, p. 221 ss.]; di recente v. anche S. D'ACUNTO, *Del soggetto della scienza economica e della sua dignità*, in A. ABIGNENTE e F. SCAMARDELLA (a cura di), *Dignità della persona. Riconoscimento dei diritti nelle società multiculturali* cit., p. 126 ss.

⁶⁰ In particolare v. A. SEN, *The Idea of Justice*, cit., p. 176 ss.; ID., *Rationality and Freedom*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2002, p. 19 ss.

⁶¹ R. COASE, *The Firm, The Market and The Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1988 (trad. it. *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 43-44) ove si osserva che: «un effetto causato da questo divorzio della teoria dal suo oggetto di studio è stato che i soggetti, le cui decisioni gli economisti si impegnano ad analizzare, non sono stati fatti materia di studio e quindi mancano di sostanza. Il consumatore non è un essere umano ma un ordinamento coerente di preferenze. L'impresa per un economista, così come ha detto Slater, «è in sostanza definita da una curva di costi e da una curva di domanda, e la teoria è semplicemente la logica della determinazione del prezzo e della combinazione ottima di input. Lo scambio ha luogo senza alcuna specificazione del suo scenario istituzionale. Ci si parano davanti consumatori senza umanità, imprese senza organizzazione, ed anche scambi senza mercati. Il razionale massimizzatore di utilità della teoria economica non ha punti di contatto con l'uomo sul bus per Clapham o, veramente, con alcun uomo (o donna) e su un qualsiasi bus. Non c'è alcuna ragione per supporre che la maggioranza degli esseri umani siano impegnati a massimizzare qualcosa che non

Karl Polanyi, che, attingendo al bagaglio di informazioni e conoscenze sviluppate nell'ambito della storia e dell'antropologia economica, ha mostrato come l'intero paradigma dell'*homo oeconomicus* sia parte integrante di un 'programma ideologico' sviluppato con l'avvento della rivoluzione industriale e poi elevato a dogma ordinante dall'economia neoclassica, ma non suscettibile di universalizzazione né nel tempo né nello spazio⁶².

A distanza di alcuni anni, queste critiche appaiono oggi corroborate dagli studi condotti nell'ambito di diverse discipline, dall'economia comportamentale alla psicologia, dalla biologia evoluzionistica alla neuroeconomia. Tali studi, prevalentemente a carattere sperimentale, stanno offrendo dimostrazioni sempre più persuasive della fragilità dei presupposti su cui si basa la teoria della scelta razionale e con essa l'inadeguatezza predittiva dell'intero paradigma dell'*homo oeconomicus*⁶³. Due sono le direttrici fondamentali intorno a cui si snodano le riflessioni di psicologia ed economia comportamentale.

Il primo filone di ricerca è quello che, a partire dagli anni '70, ha focalizzato l'attenzione sul profilo della razionalità degli attori e sui suoi limiti. Tra le tante, soprattutto le analisi di David Kahneman e Amos Tversky hanno restituito universale notorietà al tema delle distorsioni cognitive e della *bounded rationality*, tanto da giustificare l'assegnazione a Kahneman, uno psicologo cognitivo, e a Vernon Smith, un economista sperimentale, del Premio Nobel per l'economia⁶⁴. Tali sono la rilevanza e le implicazioni delle suddette acquisizioni teoriche, che la stessa *Behavioral Law and Economics* ha sin qui finito per cimentarsi in maniera prevalente con il problema del riflesso dei vincoli cognitivi sui processi di scelta e di decisione degli individui⁶⁵.

sia l'infelicità, ed anche questa solo con parziale successo».

⁶² K. POLANYI, *Our Obsolete Market Mentality. Civilization Must Find a New Thought Pattern*, in *Commentary*, 3 (1947), p. 109; ID. *The Great Transformation*, New York, Farrar, 1944 (trad. it. *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Torino, Einaudi, 1974, p. 173 ss.). In proposito cfr. l'analisi di G. DALE, *Karl Polanyi. The Limits of the Market*, Cambridge, Polity Press, 2010, pp. 89-187.

⁶³ Su questi temi meritano di essere richiamati, innanzitutto, i due volumi di J. ELSTER, *Le désintéressement. Traité critique de l'homme économique*, I, Paris, Éditions du Seuil, 2009, I; e *L'irrationalité. Traité critique de l'homme économique*, Paris, Éditions du Seuil, 2010, II, che costituiranno un termine di riferimento privilegiato per le considerazioni svolte nel prosieguo di questo scritto; nonché K. SCHWEERS COOK e M. LEVI (a cura di), *The Limits of Rationality*, Chicago-London, University of Chicago Press, 1990; T. S. ULEN, *Rational Choice Theory in Law and Economics*, cit., p. 800 ss.

⁶⁴ Per informazioni v. M. MOTTERLINI e M. PIATTELLI PALMARINI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Critica della ragione economica*, Milano, il Saggiatore, 2005, p. 11 ss.

⁶⁵ Di ciò offre una chiara dimostrazione il volume di R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, Yale University

V'è poi un secondo filone d'indagine, che, benché dotato di minore visibilità, sta conseguendo risultati altrettanto significativi per la teoria della scelta razionale. Se gli studi di Kahneman hanno offerto un contributo importante alla comprensione dei meccanismi relativi alla 'cognizione', le ricerche sperimentali condotte – tra gli altri – da Ernst Fehr e dal suo team stanno dischiudendo prospettive di riflessione molto importanti soprattutto riguardo all'aspetto della 'motivazione' dei comportamenti individuali⁶⁶. Esperimenti realizzati nell'arco di un ventennio da psicologi ed economisti sperimentali, peraltro in maniera altamente sofisticata e in contesti culturali eterogenei, hanno sottoposto a una seria verifica operativa il

Press, 2008 (trad. it. Nudge. *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, Feltrinelli, 2009); v. altresì C. JOLLS, C. R. SUNSTEIN e R. H. THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in *Stanford Law Review*, 50 (1998), p. 1471; C. R. SUNSTEIN, *Behavioral Analysis of Law*, in *University of Chicago Law Review*, 64 (1997), p. 1175; altri lavori interessanti in questa prospettiva sono quelli, concernenti per lo più il tema delle scelte di consumo e di investimento, di O. BAR-GILL, *The Law, Economics and Psychology of Subprime Mortgage Contracts*, in *Cornell Law Review*, 94 (2009), p. 1073; ID., *Seduction by Contract: Law, Economics and Psychology in Consumer Markets*, Oxford, Oxford University Press, 2012; H. EIDENMÜLLER, *Der homo oeconomicus und das Schuldrecht. Herausforderung durch Behavioral Law and Economics*, cit., pp. 221-223; M. FERRARI, *Risk Perception, Culture, and Legal Change. A Comparative Study on Food Safety in the Wake of the Mad Cow Crisis*, Farnham-Burlington, Ashgate, 2009, pp. 1-44; G. ROJAS ELGUETA, *Understanding Discovery in International Commercial Arbitration through 'Behavioral Law and Economics': A Journey Inside the Minds of Parties and Arbitrators*, in *Harvard Negotiation Law Review*, 16 (2011), p. 165; A. MONTI, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, in R. CATERINA (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, cit., p. 15 ss.

⁶⁶ Tra gli studi di Fehr ai quali si farà particolare riferimento nel prosieguo di questo scritto si annoverano: E. FEHR e K.M. SCHMIDT, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism. Experimental Evidence and New Theories*, in S. G. KOLM e J. M. YTHIER (a cura di), *Handbook of the Economics of Giving, Altruism and Reciprocity*, Amsterdam, North-Holland, 2006, I, p. 615 ss.; E. FEHR e U. FISCHBACHER, *The Nature of Human Altruism*, in *Nature*, 425 (2003), p. 785; E. FEHR e S. GÄCHTER, *Fairness and Retaliation: The Economics of Reciprocity*, in *Journal of Economic Perspectives*, 14 (2000), p. 159; E. FEHR e B. ROCHENBACH, *Detrimental effects of sanctions on human altruism*, in *Nature*, 422 (2003), p. 137; E. FEHR e S. GÄCHTER, *Cooperation and Punishment in Public Goods Experiments*, in *American Economic Review*, 90 (2000), p. 980; H. GINTIS, S. BOWLES, R. BOYD e E. FEHR, *Explaining altruistic behavior in humans*, in *Evolution and Human Behavior*, 24 (2003), p. 153. Per ulteriori informazioni sulle risultanze sperimentali in tema di altruismo v. R. M. DAWES e R.H. THALER, *Anomalies: Cooperation*, in *Journal of Economic Perspectives*, 2 (1988), p. 187; J. ANDREONI, W. T. HARBAUGH e L. VESTERLUND, *Altruism in experiments*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2008⁷.

secondo pilastro del modello dell'*homo oeconomicus*, ossia il presupposto dell'agire orientato al perseguimento dell'interesse egoistico. Benché non si giunga a negare la rilevanza del *self-interest* quale fondamentale fattore motivazionale (e sarebbe difficile attendersi un diverso esito, atteso che la razionalità massimizzante è iscritta nelle stesse istituzioni fondamentali di una società imperniata sul sistema di mercato capitalistico), i risultati empirici e sperimentali ne smentiscono la dominanza, portando alla luce il ruolo tutt'altro che marginale assunto da fattori quali l'avversione all'iniquità, la reciprocità, l'altruismo.

Le acquisizioni di tali ricerche, pur provvisorie e non assolutizzabili, sono comunque preziose per il giurista, in quanto restituiscono un'immagine dell'agente ben più articolata e complessa di quella presupposta dal modello antropologico della *Law and Economics*⁶⁷. Ciò ha importanti implicazioni, a tacer d'altro, per la comprensione teorica e la migliore strutturazione delle istituzioni preposte al coordinamento delle attività private⁶⁸. Prima di soffermarsi su questo aspetto, appare opportuno illustrare più da vicino il contenuto e i risultati degli esperimenti volti a misurare la rilevanza empirica del paradigma del *self-interest*.

Le indagini più significative traggono spunto generalmente da uno dei quattro giochi elencati qui di seguito, nei quali i soggetti – di regola operanti in condizioni di anonimato e nel contesto di giochi non ripetuti – sono posti di fronte all'alternativa tra azioni cooperative ed azioni non cooperative, tra scelte egoistiche e scelte disinteressate: *a*) il gioco dell'*ultimatum*; *b*) il gioco del dittatore; *c*) il gioco della fiducia; *d*) il gioco della contribuzione a beni pubblici.

5. Il gioco dell'*ultimatum*

Nel gioco dell'*ultimatum* – dal quale la gran parte degli studi sperimentali sul comportamento cooperativo hanno preso le mosse⁶⁹ – due persone

⁶⁷ Sul punto cfr. le considerazioni di A. SEN, *Rationality and Freedom*, cit., p. 25 ss.

⁶⁸ Cfr. D. C. NORTH, *Economics and Cognitive Sciences*, in <http://www.beijingforum.org/html/Home/report/826-0.htm>, (ultimo accesso in data 3-2-2014).

⁶⁹ I primi esperimenti in materia sono quelli di W. GÜTH, R. SCHMITTBERGER e T. SCHWARZE, *An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining*, in *Journal of Economic Behaviour & Organization*, 3 (1982), p. 367; cfr. Inoltre W. GÜTH e R. TIETZ, *Ultimatum Bargaining Behavior: A Survey and Comparison of Experimental Results*, in *Journal of Economic Psychology*, 11 (1990), p. 417. Per approfondimenti v. le riflessioni di F. GUALA,

devono accordarsi sulla ripartizione di una determinata somma di denaro messa a disposizione dallo sperimentatore. Il primo individuo, il Proponente, è chiamato a formulare una proposta di allocazione del capitale tra i due soggetti. Il secondo, l'Oblato, può accettare o rifiutare l'offerta. Nel caso di accettazione, la somma sarà ripartita sulla base delle modalità concordate. Nel caso di rifiuto, invece, l'attribuzione gratuita verrà revocata e nessuno dei due soggetti guadagnerà alcunché. Assumendo che entrambi i soggetti sono razionali (nel senso della teoria dominante) e quindi si preoccupano unicamente di massimizzare il proprio benessere materiale, se ne dovrebbe inferire logicamente che l'Oblato sarà disposto ad accettare qualsiasi somma, in quanto ogni attribuzione, per quanto piccola, sarà migliore di nulla; e che il Proponente, rappresentandosi mentalmente un tale ragionamento, limiterà la propria offerta alla più piccola unità di denaro disponibile, mantenendo per sé tutto il *surplus*. Il gioco sembrerebbe dunque avere un unico equilibrio di Nash, dove l'offerta (sempre accettata) è positiva ma prossima allo zero (offerta di $0 + x$, ove x è la minima unità monetaria disponibile)⁷⁰. Tuttavia le risultanze sperimentali smentiscono tali previsioni. L'esito più comune registrato in centinaia di prove è che la grande maggioranza delle offerte sono ricomprese in una somma che varia tra il 40% e il 50% dell'ammontare disponibile; mentre le offerte minori del 20% del *surplus* vengono rifiutate con una probabilità ricompresa tra lo 0.4 e lo 0.6, probabilità che decresce in proporzione all'entità dell'offerta⁷¹. Ciò indica che gli individui non agiscono sempre e comunque in maniera pienamente conforme al postulato dell'interesse egoistico.

In particolare, le offerte troppo basse vengono percepite come «ingiuste», tanto da spingere l'Oblato a rifiutare qualsiasi guadagno, piuttosto che vedere l'altra parte lucrare della propria rendita di posizione in spregio ad un comune senso di equità nella distribuzione delle risorse. Si tratta di un comportamento 'disinteressato', ma riconducibile ad una forma di disinteresse che non giova nell'immediato ad alcuno (mentre se il gioco fosse ripetuto, o in presenza di informazioni circa i comportamenti preferiti degli agenti, tale atteggiamento potrebbe essere interpretato come

Paradigmatic Experiments: The Ultimatum Game from Testing to Measurement Device, in *Philosophy of Science*, 75 (2008), p. 658; ID., *Has Game Theory Been Refuted?*, in *Journal of Philosophy*, 103 (2006), p. 239.

⁷⁰ M. MOTTERLINI e F. GUALA, *Psicologia ed esperimenti in economia*, in ID., (a cura di), *Economia cognitiva e sperimentale*, cit., p. 1 ss., p. 42.

⁷¹ E. FEHR e K.M. SCHMIDT, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism. Experimental Evidence and New Theories* cit., p. 622; C. F. CAMERER, *Behavioral Game Theory. Experiments in Strategic Interaction*, Princeton, Princeton University Press, 2003, pp. 48-50.

strumentale all'acquisizione della reputazione di persona orgogliosa e di forte temperamento, così da spingere ogni potenziale controparte alla formulazione di offerte più generose)⁷². Si è dunque al fuori del paradigma dell'altruismo, mentre assumono un ruolo cruciale fattori emozionali come la rabbia o il risentimento, i quali sono all'opera, com'è noto, in una molteplicità di contesti reali di interazione e che parrebbero supportare un'opzione di 'punizione simbolica' finalizzata a ricostituire *ex post* la reciprocità violata⁷³. Peraltro, il raffronto del gioco dell'*ultimatum* con le sue varianti dell'*impunity game* (ove l'eventuale rigetto dell'offerta comporta soltanto la sua perdita per l'Oblato, ma non per il Proponente, che conserva il resto della somma allocata dallo sperimentatore)⁷⁴, e il *private impunity game* (ove la scelta compiuta dall'Oblato, e quindi anche l'eventuale rifiuto dell'offerta, produttivo delle stesse conseguenze dell'*impunity game*, rimane segreta e non viene comunicata al Proponente), induce a attribuire valore preponderante alla pura e semplice 'emozione' correlata ai sentimenti di rabbia e risentimento, rispetto alle stesse motivazioni in termini di avversione all'iniquità e reciprocità⁷⁵. Difatti essa sembra motivare il comportamento consistente nel rifiuto dell'offerta anche qualora tale rifiuto aggravi la situazione di disparità nell'allocatione delle risorse (*impunity game*: il Proponente conserva integralmente la propria parte di utili, mentre l'Oblato perde tutto) e persino allorché esso non possa adempiere ad una funzione di punizione simbolica (*private impunity game*: il rigetto dell'offerta non viene reso noto al Proponente e costui mantiene la propria dotazione patrimoniale, mentre l'Oblato perde tutto ... ad eccezione della propria dignità)⁷⁶.

⁷² M. A. NOWAK, K.A. PAGE e K. SIGMUND, *Fairness Versus Reason in the Ultimatum Game*, in *Science*, 289 (2000), p. 1773.

⁷³ In questo senso vedi la discussione del gioco dell'*ultimatum* compiuta da C. F. CAMERER, *Behavioral Game Theory. Experiments in Strategic Interaction*, cit., p. 49, il quale attribuisce particolare rilievo al sentimento della rabbia («anger»), diversa dall'indignazione (che è all'opera nel contesto del *third party punishment game*), in quanto sentimento «more personal» e che spesso «motivates an aggrieved party to administer justice herself»; nonché da J. ELSTER, *Le désintéressement. Traité critique de l'homme économique*, cit., pp. 137-138, il quale isola come fattori motivazionali rilevanti l'*envie* e il *resentissement*.

⁷⁴ G. E. BOLTON e R. ZWICK, *Anonymity Versus Punishment In Ultimatum Bargaining*, in *Games and Economic Behavior*, 10 (1995), p. 95.

⁷⁵ T. YAMAGISHI, Y. HORITA, H. TAKAGISHI, M. SHINADA, S. TANIDA e K.S. COOK, *The private rejection of unfair offers and emotional commitment*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 106 (2009), p. 11520.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 11522; in tema v. anche N. MA, N. LI, X. S. HE, D. L. SUN e X. ZHANG *et alii*, *Rejection of Unfair Offers Can Be Driven by Negative Emotions, Evidence from Modified Ultimatum Games with Anonymity*, in *PLoS ONE*, 7(6) (2012), p. 39619.

Quanto alla spiegazione del comportamento del Proponente, la questione è più complessa. Sarebbe troppo semplicistico ritenere che la frequenza molto elevata di offerte sopra il 40% denoti un'attitudine 'altruistica' da parte del Proponente. Infatti, può ben essere che tale decisione sottenda una valutazione razionale dei rischi insiti in un'offerta troppo bassa e dunque risponda ad una forma di *disinteresse per scelta*⁷⁷. Il Proponente potrebbe semplicemente prevedere che un'offerta di ammontare non ragionevole incontri il dissenso dell'Oblato, con il conseguente rischio di rifiuto e perdita dell'intero *surplus* disponibile. Che ciò sia spesso il caso è dimostrato da un confronto tra gli esiti osservabili nel gioco dell'*ultimatum* e nel gioco del dittatore.

6. Il gioco del dittatore

Il gioco del dittatore si differenzia da quello appena analizzato per una variante essenziale⁷⁸. Qui l'Oblato non ha più il potere di rifiutare la proposta. Pertanto egli è relegato ad un ruolo meramente passivo, mentre il Proponente è posto in una condizione simile a quella del titolare di un diritto potestativo. Egli può decidere arbitrariamente quanta parte della somma allocata dallo sperimentatore destinare all'Oblato. Non fronteggiando più alcun rischio di rifiuto e dunque di azzeramento del *surplus* disponibile, ci si attenderebbe che il Proponente opti per un'offerta pari o tendente allo 0. I risultati empirici smentiscono nuovamente tale previsione. Le offerte reali risultano ricomprese in media tra il 10 % e il 25 % del *surplus* disponibile, con allocazioni modali al 50% e allo 0⁷⁹. Ciò suggerisce due ordini di considerazioni. Il primo è che in assenza di un rischio di rifiuto l'entità dell'offerta tende a decrescere in misura sostanziale. Questo conferma l'ipotesi di partenza, e cioè che una quota significativa delle offerte 'corpose' osservabili nel gioco dell'*ultimatum* deve essere ricondotta ad un

Per un più ampio discorso sulle «negative emotions» e il loro rapporto con le regole giuridiche v. G. LOEWENSTEIN e T. O'DONOGHUE, "We Can Do This the Easy Way or the Hard Way". *Negative Emotions, Self-Regulation, and the Law*, in *University of Chicago Law Review*, 73 (2006), p. 183.

⁷⁷ J. ELSTER, *Le désintéressement. Traité critique de l'homme économique*, cit., p. 136.

⁷⁸ R. L. FORSYTHE, J. HOROWITZ, N.E. SAVIN e M. SEFTON, *Fairness in simple bargaining games*, in *Games and Economic Behavior*, 6 (1994), p. 347.

⁷⁹ E. FEHR e K.M. SCHMIDT, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism. Experimental Evidence and New Theories*, cit., p. 622.

comportamento strategico e segnatamente all'intento di ridurre al minimo il rischio di insuccesso dell'accordo⁸⁰. Il secondo ordine di considerazioni è che, pur in assenza di un pericolo di rifiuto, le offerte non si riducono a 0, ma rimangono in media positive. Ciò significa che la scelta compiuta in piena libertà dal Proponente non è sempre strategica ed appare connotata da una dose ineliminabile di 'altruismo', ossia da un'attitudine volta alla soddisfazione delle esigenze altrui, anche là dove ciò implichi un costo per l'agente⁸¹. Il confronto tra i due giochi induce dunque a sottolineare, dal lato del Proponente, che il timore razionale del rifiuto non può giustificare di per sé la presenza di offerte positive e deve darsi per scontata una pur minima preoccupazione per il benessere altrui (o per l'equità nella distribuzione degli utili); e, dal lato dell'Oblato, che il fattore emozionale della collera per l'ingiustizia subita fa premio sulla considerazione «razionale» (*rectius* di razionalità economica) per cui ricevere qualcosa è sempre meglio di nulla⁸².

Il riferimento al ruolo delle 'emozioni' nella spiegazione dei comportamenti induce poi a verificare se tale elemento assuma un peso soltanto quando l'azione iniqua tocchi direttamente la propria sfera, oppure anche quando essa si risolva a danno di un terzo. Nel primo caso si dovrà riconoscere un ruolo prevalente al sentimento di «collera»; nel secondo si potrà parlare più propriamente di una scelta 'altruistica' dettata dall'«indignazione»⁸³. Per sciogliere tale ambiguità è utile far riferimento ad

⁸⁰ J. ELSTER, *Le désintéressement. Traité critique de l'homme économique*, cit., p. 137.

⁸¹ J. ELSTER, *Le désintéressement. Traité critique de l'homme économique*, cit., pp. 136-137; C. F. CAMERER, *Behavioral Game Theory. Experiments in Strategic Interaction*, cit., p. 56.

⁸² V. *supra*, nota 73.

⁸³ Per la distinzione tra i due stati d'animo della collera, la quale opera nei rapporti bilaterali, e dell'indignazione, la quale pertiene ai rapporti trilaterali, si veda J. ELSTER, *Le désintéressement. Traité critique de l'homme économique*, cit., p. 157. Ivi è riportato il seguente passo di Cartesio, che merita di essere riprodotto per intero: «Tout de même le mal fait par d'autres, n'étant point rapporté à nous, fait seulement que nous avons pour eux de l'indignation; et lorsqu'il y est rapporté, il émeut aussi la colère». E ancora: «Ceci nous avertit qu'on peut distinguer deux espèces de colère: l'une qui est fort prompte et se manifeste fort à l'extérieur, mais néanmoins qui a peu d'effet et peut facilement être apaisée; l'autre qui ne paraît pas tant à l'abord, mais qui ronge davantage le cœur et qui a des effets plus dangereux. Ceux qui ont beaucoup de bonté et beaucoup d'amour sont les plus sujets à la première. Car elle ne vient pas d'une profonde haine, mais d'une prompte aversion qui les surprend, à cause qu'étant portés à imaginer que toutes choses doivent aller en la façon qu'ils jugent être la meilleure, sitôt qu'il en arrive autrement ils l'admirent et s'en offensent, souvent même sans que la chose les touche en leur particulier, à cause qu'ayant beaucoup d'affection, ils s'intéressent pour ceux qu'ils aiment en même façon que pour eux-mêmes. Ainsi ce qui ne serait qu'un sujet d'indignation pour un autre est pour eux un sujet de colère» (R. DESCARTES, *Les passions de l'âme*, art. 65, in F. Alquié (a cura di), *Cœuvres philosophiques*, Bordas, Classiques Garnier, 1989, III, p. 1004).

un altro contesto sperimentale, quello delineato dal *third-party punishment game*⁸⁴. Esso è costruito come un gioco del dittatore, ma con struttura trilaterale. Oltre al Proponente e all'Oblato, interviene un terzo soggetto, l'Osservatore. Mentre i primi due operano secondo le modalità illustrate in precedenza (attribuzione di una somma da parte dello sperimentatore e potere insindacabile di determinarne la redistribuzione in capo al Proponente), l'Osservatore riceve dallo sperimentatore la metà della somma assegnata al Proponente. Di questa somma egli potrà far uso in due modi: conservandola, oppure imponendo 'punti di penalizzazione' a danno del Proponente in ragione delle sue scelte distributive. L'attribuzione di ogni punto di penalizzazione implicherà per l'Osservatore l'esborso di una unità monetaria e per il Proponente tre unità, sicché ogni sanzione risulterà costosa sia per l'uno sia per l'altro. Secondo la teoria della scelta razionale, ci si attenderebbe che l'Osservatore non imponga mai punti di penalità, poiché altrimenti finirebbe per diminuire il proprio benessere materiale. Eppure, i risultati degli esperimenti condotti da Fehr e Fischbacher smentiscono tale ipotesi⁸⁵. Assegnata al Proponente una somma di 100 gettoni, costui veniva in prevalenza 'sanzionato' ogniqualvolta avesse allocato all'Oblato un ammontare minore del 50% del capitale. In particolare, circa il 60% degli Osservatori optava per una penalizzazione ed essa tendeva a crescere in proporzione al diminuire della quota attribuita all'Oblato. Nel caso di trasferimento nullo (e dunque di integrale appropriazione del *surplus* da parte del Proponente), i punti di penalizzazione risultavano in media 14, con la conseguente riduzione del patrimonio del Proponente di 42 unità.

Da un lato, dunque, l'Osservatore appare disposto a impiegare parte del proprio patrimonio al fine non egoistico di sanzionare un comportamento iniquo del Proponente (e alcuni studi di neuro-economia hanno confermato l'attivazione dei centri del piacere del cervello a seguito della sanzione imposta per comportamenti sleali)⁸⁶. Dall'altro, l'entità della sanzione risulta complessivamente minore della perdita che il Proponente avrebbe dovuto sostenere per realizzare una distribuzione equa delle risorse, individuata dagli Osservatori nel 50% del capitale. Quindi i disincentivi all'appropriazione si rivelano in un contesto simile insufficienti. Tuttavia vien fatto notare che, nei casi in cui l'Osservatore avesse già par-

⁸⁴ E. FEHR e U. FISCHBACHER, *Third party punishment and social norms*, cit., p. 63.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 68; E. FEHR e K. M. SCHMIDT, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism. Experimental Evidence and New Theories*, cit., p. 623.

⁸⁶ D. DE QUERVAIN, U. FISCHBACHER, V. TREYER, M. SCHELLHAMMER, U. SCHNYDER, A. BUCK e E. FEHR, *The Neural Basis of Altruistic Punishment*, in *Science*, 305 (2004), p. 1254; J. ELSTER, *Le désintéressement. Traité critique de l'homme économique*, cit., p. 137, p. 176 ss.

tecipato ad un altro gioco del dittatore assumendovi il ruolo di Oblato, l'entità delle sanzioni inferte risultava sistematicamente più elevata⁸⁷. In particolare, il Proponente veniva in media 'punito' più duramente per ogni trasferimento minore del 50%, con la conseguenza che l'iniquità risultava una strategia perdente anche sul piano del calcolo costi/benefici. Ciò è agevolmente spiegabile con un effetto di empatia tra l'Osservatore e l'Oblato, il quale eleva sensibilmente la soglia della disponibilità a pagare (*id est* a punire). Infine le risultanze empiriche indicano che, nel caso in cui il gioco sia strutturato come *second party punishment game* (ove il potere di sanzionare sia attribuito direttamente in capo all'Oblato), le sanzioni inferte saranno più elevate e frequenti⁸⁸. Ne discende che: *a*) molti individui sono propensi a sacrificare parte del proprio benessere al fine di sanzionare atti percepiti come ingiusti o iniqui; *b*) tale propensione a punire è sensibilmente maggiore allorché le violazioni delle norme sociali siano state direttamente indirizzate nei confronti dell'agente. In altre parole, la forza motivazionale della *collera* tende a sopravanzare quella dell'*indignazione*⁸⁹. Se ciò potrebbe suggerire una minore efficacia dei relativi meccanismi sanzionatori, d'altra parte si deve notare che nei contesti reali il numero dei terzi osservatori è generalmente più elevato dei soggetti direttamente colpiti dal comportamento opportunistico; sicché l'effetto aggregato del loro ostracismo può ben compensare la debolezza delle reazioni individuali⁹⁰.

Questi esperimenti confermano, dunque, un dato già messo in luce da numerosi studi, e cioè che le sanzioni che presiedono all'attuazione delle norme sociali sono largamente basate sulle emozioni, le quali costituiscono uno dei fattori decisivi che guidano il processo di attuazione delle norme⁹¹. Il ruolo delle 'emozioni' è pertanto molto rilevante e deve essere tenuto in massima considerazione – come ha da tempo insegnato il pensiero della differenza di genere⁹² e come ben sa qualsiasi giurista impegnato nell'analisi dei contesti di *transitional justice*⁹³ – nella ricostruzione dei paradigmi della decisione⁹⁴.

⁸⁷ E. FEHR e K.M. SCHMIDT, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism. Experimental Evidence and New Theories*, cit., p. 623.

⁸⁸ E. FEHR e U. FISCHBACHER, *Third party punishment and social norms*, cit., pp. 75-77.

⁸⁹ Cfr. J. ELSTER, *Le désintéressement. Traité critique de l'homme économique*, cit., pp. 167-168.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 169; E. FEHR e U. FISCHBACHER, *Third party punishment and social norms*, cit., p. 85.

⁹¹ *Ibidem*, p. 84.

⁹² Per una prima introduzione v. M. R. MARELLA, *Le donne*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 341 ss.

⁹³ È importante, ancora, un richiamo a J. ELSTER, *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

⁹⁴ Su questo tema, che di recente ha dato vita ad una ricca ed importante produzione

7. Il gioco della fiducia

Se il gioco da ultimo descritto illustra il fenomeno della ‘punizione altruistica’, il gioco della fiducia verte sull’ipotesi della ‘ricompensa altruistica’⁹⁵. Esso è generalmente strutturato nel modo seguente⁹⁶. Vi sono due soggetti, il Fiduciante e il Fiduciario, ai quali viene attribuita la medesima somma di danaro da parte dello sperimentatore. Il Fiduciante può decidere quanto trasferire, in forma di investimento, al Fiduciario, con la particolarità che qualsiasi somma attribuita verrà triplicata dallo sperimentatore. Pertanto, se la destinazione è 0, il Fiduciario non riceverà nulla, mentre per ogni altro ammontare (ad es. 10) egli riceverà il triplo dell’investimento (30). A sua volta il Fiduciario sarà libero di appropriarsi di tutto il *surplus* ricevuto oppure restituirne una parte al Fiduciante. Siamo dunque in presenza di una sorta di gioco del dittatore a parti invertite, salvo il fatto che qui il Fiduciante è libero di determinare l’entità della posta da redistribuire. Se dovessimo ragionare in base al comportamento tipico dell’ ‘uomo di Chicago’, dovremmo presupporre che ogni Fiduciario razionale opterà per l’appropriazione dell’intera somma trasferita, senza rendere nulla in cambio al Fiduciante. Costui, a sua volta, rappresentandosi mentalmente il calcolo del Fiduciario, deciderà di non investire alcunché⁹⁷. Ciò, tuttavia, non corrisponde alla realtà effettuale. In molteplici esperimenti condotti in paesi ad economie avanzate è emerso che, in media, i soggetti nel ruolo di Fiduciante trasferiscono circa la metà della somma ricevuta dallo speri-

teorica, v. K. ABRAMS e H. KEREN, *Who's Afraid of Law & the Emotions?*, in *Minnesota Law Review*, 94 (1998), p. 1997; G. L. CLORE, *For Love or Money: Some Emotional Foundations of Rationality*, in *Chicago Kent Law Review*, 80 (2005), p. 1151; M. C. NUSSBAUM, *Upheavals of Thought. The Intelligence of Emotions*, Cambridge, Cambridge University Press, (trad. it. *L'intelligenza delle emozioni*, Bologna, Il Mulino, 2009); D. CARUSI, *Diritto, letteratura, psicoanalisi: la giustizia politica secondo Martha Nussbaum*, in ID., *Ordine naturale delle cose*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 158 ss.; nonché D. ARIELY, *Predictably Irrational. The Hidden Forces That Shape Our Decisions*, New York, Harper Perennial, 2010, spec. p. 75 ss., p. 119 ss., volume al quale si farà ripetutamente riferimento nel corso di questo scritto.

⁹⁵ E. FEHR e U. FISCHBACHER, *The Nature of Human Altruism*, cit., p. 786.

⁹⁶ E. FEHR e K. M. SCHMIDT, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism. Experimental Evidence and New Theories*, cit., pp. 623-624; J. BERG, J. DICKHAUT e K. MCCABE, *Trust, reciprocity and social history*, in *Games and Economic Behavior*, 10 (1995), p. 122.

⁹⁷ Su queste dinamiche, nonché sul tema dell’architettura istituzionale volta a favorire la cooperazione, v. M. GRAZIADEI, *Investitori e fiducia*, in R. CATERINA (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, cit., p. 55 ss.; in una prospettiva più ampia E. RESTA, *Le regole della fiducia*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

mentatore e che in tal caso il Fiduciario tende a ripagare la stessa somma investita (ma nulla più)⁹⁸. Tuttavia v'è da notare che l'entità della somma restituita dal Fiduciario cresce proporzionalmente all'ammontare investito: quanto maggiore è la scelta di investimento, tanto maggiore sarà la quota 'premiale' allocata dal Fiduciario.

Inoltre, è interessante prendere in considerazione una variante del gioco, in base alla quale il Fiduciante, al momento dell'investimento, potrà o semplicemente dichiarare l'ammontare desiderato in caso di riaccredito, oppure avvertire il Fiduciario che applicherà una sanzione di 4 unità monetarie se la somma restituita sarà inferiore all'ammontare desiderato⁹⁹. Il Fiduciario in questi casi è al corrente del fatto che il Fiduciante aveva l'opzione di imporre o non imporre la sanzione per il caso di inadempimento. Ebbene, il dato rilevante è che i pagamenti 'premiali' maggiori si verificano nella prima ipotesi, ossia nel caso in cui l'investitore, pur potendolo fare, non abbia munito l'investimento della minaccia formale della sanzione¹⁰⁰. Ciò significa che la scelta di riporre la fiducia in un altro soggetto, senza assumere le possibili precauzioni anche nei casi in cui costui potrebbe razionalmente tradire la fiducia, induce alla cooperazione. E di riflesso che la minaccia di sanzione – esattamente all'opposto di quanto presupposto dalla teoria economica della pena – può indebolire l'incentivo alla cooperazione e dunque incrinare le stesse basi della 'fiducia'¹⁰¹. Come osserva Jon Elster¹⁰², ciò che può apparire sorprendente all'economista non lo è al letterato, se è vero che Proust scriveva nella sua *Recherche* che «dal momento in cui la gelosia è scoperta, essa è considerata da chi ne è oggetto come una diffidenza che legittima l'inganno»; e così pure che «se la gelosia ci aiuta a scoprire nella donna amata una certa inclinazione alla menzogna, essa centuplica tale inclinazione, quando la donna abbia scoperto che siamo gelosi»¹⁰³.

⁹⁸ E. FEHR e U. FISCHBACHER, *The Nature of Human Altruism*, cit., p. 786 e la letteratura ivi citata; E. FEHR e K.M. SCHMIDT, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism. Experimental Evidence and New Theories*, cit., p. 624 ss.

⁹⁹ E. FEHR e B. ROCKENBACH, *Detrimental effects of sanctions on human altruism*, cit., p. 137; J. ELSTER, *Fehr on Altruism, Emotion and Norms*, cit., pp. 200-201.

¹⁰⁰ J. ELSTER, *Fehr on Altruism, Emotion and Norms*, cit., p. 201.

¹⁰¹ Sul difficile equilibrio tra fiducia «cieca» e fiducia «calcolata», E. RESTA, *Le regole della fiducia*, cit., pp. 3-9.

¹⁰² J. ELSTER, *Le désintéressement. Traité critique de l'homme économique*, cit., p. 175.

¹⁰³ M. PROUST, *La Prisonnière*, in *À la recherche du temps perdu*, Paris, Gallimard, 1987, III, p. 570, p. 597.

8. Il gioco della contribuzione a beni pubblici

Infine, il tema della propensione alla cooperazione è studiato attraverso il *gioco della contribuzione a beni pubblici*. In una sua variante elaborata da Fischbacher, Gächter e Fehr¹⁰⁴, viene fornito a quattro giocatori l'ammontare di 20 unità monetarie ciascuno. Essi hanno l'opzione di trattenere il capitale ovvero di destinare parte di esso ad un progetto di interesse collettivo, la cui entità è data dalla sommatoria delle contribuzioni individuali. Il *payoff* marginale per ogni contribuzione ammonta a 0.4 unità. Di conseguenza l'investimento è nell'interesse del gruppo, in quanto per ciascuna unità investita si recupera collettivamente 1,60. Esso non risponde, tuttavia, all'interesse individuale, in quanto ciascun agente ricava meno di quanto investito. L'esperimento si articola in due diverse fasi. Nella prima viene richiesto a ogni partecipante di indicare – senza conoscere le scelte compiute dagli altri – la somma che egli o ella sarebbe disposto a destinare al progetto collettivo. Nella seconda, viene proposta una tabella delle contribuzioni medie degli altri partecipanti e ogni partecipante viene invitato a indicare la propria scelta in relazione a ciascun livello di contribuzione media. Sulla base delle consuete premesse della scelta razionale e dell'egoismo, dovremmo attenderci un comportamento da *free rider* da parte di ciascun giocatore. Invece, il dato significativo che emerge dalla seconda fase dello studio è che almeno il 50% dei partecipanti si mostra disponibile ad aumentare le proprie contribuzioni se anche gli altri soggetti aumentano le proprie. Ciò evidenzia l'importanza che assumono la logica della reciprocità e l'avversione all'iniquità quali fattori determinativi delle scelte.

V'è, però, da notare come una percentuale rilevante dei soggetti (circa il 30%) agisca in maniera esattamente conforme al modello del *free rider*¹⁰⁵, e ciò indipendentemente dal comportamento tenuto dagli altri partecipanti: se anche costoro destinano una quota del proprio patrimonio al progetto di interesse collettivo, il *free rider* incallito profitterà dei vantaggi senza sobbarcarsi gli oneri necessari per la realizzazione del progetto. E tuttavia il numero dei *cooperatori condizionali* è di solito sufficientemente elevato da neutralizzare l'effetto frenante prodotto dall'azione dei *free riders*, sì da far ritenere che un aumento delle contribuzioni degli altri partecipanti

¹⁰⁴ U. FISCHBACHER, S. GÄCHTER e E. FEHR, *Are People Conditionally Cooperative? Evidence from a Public Goods Experiment*, in *Economics Letters*, 7 (2001), p. 1397.

¹⁰⁵ In tema v. per un altro esempio J. ANDREONI, *Le ragioni del free riding: strategie e apprendimento negli esperimenti con i beni pubblici*, in M. MOTTERLINI e F. GUALA (a cura di), *Economia cognitiva e sperimentale*, cit., p. 239 ss.

determini un incremento nella contribuzione dell'individuo medio¹⁰⁶.

9. La solidarietà 'condizionale'

Un interessante riscontro pratico di tali assunti è offerto dalla vicenda del consumo dell'acqua pubblica di Bogotá, di cui riferisce Jon Elster¹⁰⁷.

È noto che in diversi centri urbani si ripropone spesso il problema dell'approvvigionamento dell'acqua. Per risolverlo si ricorre generalmente ad una delle seguenti strategie: *a)* interrompere l'erogazione dell'acqua in certi orari; *b)* proibire determinate utilizzazioni dell'acqua; *c)* invitare la popolazione a diminuire, per senso civico, il consumo d'acqua. Perché quest'ultima strategia abbia successo, è necessario porre le condizioni perché si realizzi una forma di *solidarietà condizionale*, sollecitando ciascun cittadino a sopportare un sacrificio a patto che anche gli altri si comportino allo stesso modo. Si rende dunque indispensabile porre in essere un meccanismo che assicuri la visibilità delle scelte compiute da altri e permetta di agire sul senso civico dei consociati. Concretamente, il sindaco della città di Bogotá ha permesso di seguire su un canale televisivo l'andamento in tempo reale del consumo dell'acqua, mostrando la prevalenza dei comportamenti cooperativi rispetto a quelli opportunistici. In tal modo la solidarietà condizionale si è tradotta in azioni utili all'interesse generale¹⁰⁸.

Simmetricamente, lo studio condotto da alcuni economisti sulla disponibilità ad accettare lo stoccaggio di rifiuti radioattivi da parte di piccole comunità montane svizzere ha dimostrato che il tasso di adesione dei soggetti tende a 'decrescere', invece che ad aumentare, qualora la proposta sia argomentata non soltanto facendo appello al senso civico e all'interesse generale, ma sia accompagnata da una promessa di compensazione monetaria¹⁰⁹.

¹⁰⁶ E. FEHR e K.M. SCHMIDT, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism. Experimental Evidence and New Theories*, cit., p. 672.

¹⁰⁷ J. ELSTER, *Le désintéressement. Traité critique de l'homme économique*, cit., p. 47; J. ELSTER, *Fehr on Altruism, Emotion and Norms*, cit., p. 204.

¹⁰⁸ V. anche 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. 183 ss.

¹⁰⁹ Nella specie, fu registrata una diminuzione del tasso di adesione dal 50.8 % al 24.6 %: cfr. B. S. FREY e F. OBERHOLZER-GEE, *The Cost of Price Incentives: An Empirical Analysis of Motivation Crowding-Out*, in *American Economic Review*, 87 (1997), p. 746, p. 749, p. 753 («Where public spirit prevails, using price incentives to muster support for the construction of a socially desirable, but locally unwanted, facility comes at a higher price than suggested by standard economic theory because these incentives tend to crowd out

Come si vedrà meglio in seguito, in settori e rispetto a questioni presidiate da norme sociali, l'introduzione di incentivi monetari (diverso, invece, è il caso degli incentivi non monetari, come la compensazione attraverso investimenti in beni comuni, come parchi, scuole o biblioteche)¹¹⁰ rischia di produrre un effetto controfinale, mettendo fuori gioco le c.d. motivazioni intrinseche, come quelle che, nel caso di specie, arginavano il noto effetto 'NIMBY' (*not in my backyard*)¹¹¹.

10. Gli insegnamenti per il giurista: il limiti del modello economicistico e la diversità culturale

La disamina sin qui condotta induce a sottolineare tre punti di particolare rilevanza per il giurista.

Il primo è quello del problema della diversità culturale e dei limiti all'universalizzabilità dei modelli comportamentali assunti a fondamento della teoria della scelta razionale (ed indirettamente delle scelte di *policy* perseguite dai vari decisori istituzionali)¹¹². Gli esperimenti in oggetto sono stati compiuti in una prima fase su un campione piuttosto omogeneo (e quindi poco rappresentativo), come quello degli studenti universitari, in prevalenza provenienti da paesi industrializzati¹¹³. Successivamente il campo d'indagine è stato notevolmente allargato, assumendo le ricerche una matrice spiccatamente «transculturale»¹¹⁴. I medesimi esperimenti – in

civic duty»); B. S. FREY, F. OBERHOLZER-GEE e R. EICHENBERGER, *The Old Lady Visits Your Backyard. A Tale of Morals and Markets*, in *Journal of Political Economy*, 104 (1996), p. 1297. Per altri esempi circa l'effetto dissuasivo, sul piano delle motivazioni individuali, della sollecitazione monetaria v. D. ARIELY, *Predictably Irrational. The Hidden Forces That Shape Our Decisions*, cit., p. 75 ss.; ID., *Effort for Payment*, in *Psychological Science*, 15 (2004), p. 787.

¹¹⁰ C. MANSFIELD, G. L. VAN HOUTVEN e J. HUBER, *Compensating for Public Harms: Why Public Goods Are Preferred to Money*, in *Land Economics*, 78 (2002), p. 368.

¹¹¹ Cfr. *infra*, par. 10.

¹¹² Sul punto v. le considerazioni di R. CATERINA, *Introduzione*, in ID (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, cit., p. 7 ss.; A. PATERNOSTER, *Scienza cognitiva e diversità culturale*, *ivi*, p. 239 ss.

¹¹³ Sui limiti intrinseci di una siffatta metodologia v. J. DIAMOND, *The World Until Yesterday: What Can We Learn from Traditional Societies?*, London, Penguin Books, 2012 (trad. it. *Il mondo fino a ieri. Che cosa possiamo imparare dalle società tradizionali?*, Torino, Einaudi, 2013, p. 9).

¹¹⁴ In tema si vedano gli scritti di J. HEINRICH *et alii*, "Economic man" in *Cross-Cultural Perspective. Behavioral Experiments in 15 Small-Scale Societies*, in *Behavioral and Brain*

particolare il gioco dell'*ultimatum* e il gioco del dittatore – sono stati condotti su gruppi etnici diversi e in contesti socio-economici maggiormente differenziati (e si noti che le poste monetarie in gioco sono state rese il più possibile vicine alle condizioni reali, modellandole sui salari medi percepiti dai partecipanti)¹¹⁵, prendendo in esame anche società tradizionali e culture lontane dagli schemi occidentali. L'obiettivo principale era quello di verificare se e in qual misura i comportamenti individuali mutino in funzione delle diverse concezioni di giustizia ed equità prevalenti nelle varie organizzazioni sociali.

I due dati più significativi che si evincono da tali indagini sono i seguenti. Innanzitutto viene confermata la scarsa capacità predittiva della teoria classica della scelta razionale: quale che sia il contesto di riferimento, i soggetti si comportano secondo modelli che – come si è visto nei paragrafi precedenti – deviano sensibilmente dall'ipotesi del *self-interest*¹¹⁶. In secondo luogo tali deviazioni risultano significativamente diverse a seconda delle 'culture' volta per volta considerate. Ciò è emerso per la prima volta in misura eclatante in un esperimento realizzato, nel 1996, sul gruppo dei Machiguenga, stanziato nell'Amazzonia peruviana sudorientale e dedito alla caccia, alla raccolta e all'orticoltura itinerante¹¹⁷. Il gioco dell'*ultimatum* ivi condotto ha dato vita a risultati difforni da quelli usuali, sia perché i proponenti offrivano in media un ammontare sensibilmente minore di quello osservato nei giochi con popolazioni europee o nordamericane, sia perché i riceventi tendevano ad accettare offerte notevolmente più basse di quelle altrove considerate 'equie' (inferiori al 20% della somma allocata

Sciences, 28 (2005), p. 795; J. HENRICH, R. BOYD, S. BOWLES, C. F. CAMERER, E. FEHR, H. GINTIS e R. McELREATH, *In Search of Homo Economicus. Behavioral Experiments in 15 Small-Scale Societies*, in *American Economic Review*, 91 (2001), p. 73; A. E. ROTH, V. PRASNIKAR, M. OKUNO-FUJIWARA e S. ZAMIR, *Negoziazione e comportamento di mercato a Gerusalemme, Lubiana, Pittsburgh e Tokyo: Uno studio sperimentale*, in M. MOTTERLINI e F. GUALA (a cura di), *Economia cognitiva e sperimentale*, cit., p. 255 ss.; E. FEHR e K.M. SCHMIDT, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism. Experimental Evidence and New Theories*, cit., p. 626 ss.; R. CATERINA, *Un approccio cognitivo alla diversità culturale*, in ID. (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, cit., p. 205 ss.

¹¹⁵ Cfr. E. FEHR e K.M. SCHMIDT, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism. Experimental Evidence and New Theories*, cit., p. 625.

¹¹⁶ J. HENRICH, *et alii*, "Economic man" in cross-cultural perspective: behavioral experiments in 15 small-scale societies, cit., p. 795.

¹¹⁷ J. HENRICH, *Does Culture Matter in Economic Behavior? Ultimatum Game Bargaining Among the Machiguenga of the Peruvian Amazon*, in *American Economic Review*, 90 (2000), p. 973.

dallo sperimentatore)¹¹⁸. Come spiegare il paradosso di una cultura aliena dai paradigmi di mercato, eppure propensa a sviluppare schemi attitudinali apparentemente più vicini alle ipotesi economicistiche di quanto non li siano quelli evidenziati dagli esperimenti con gli studenti occidentali? Dai colloqui intercorsi con i partecipanti, Joseph Heinrich è giunto alla conclusione che i riceventi fossero disposti ad accettare qualsiasi offerta, in quanto il minore *surplus* veniva imputato alla mala sorte di trovarsi nella posizione di oblato e non invece ad un atteggiamento antisociale del proponente¹¹⁹. Di qui, anche, la minore inclinazione dei proponenti a effettuare offerte generose, stante il basso rischio di vedere la propria offerta rifiutata. Se poi queste attitudini siano da porre in correlazione con fattori specifici, quale ad esempio la struttura organizzativa prevalentemente endo-familiare del gruppo in questione, è una questione più complessa e discussa in ambito antropologico.

Quel che è più rilevante è che il caso in esame ha attirato l'attenzione degli economisti ed ha sollecitato nuove indagini a carattere transculturale, specie nel campo del gioco dell'*ultimatum*, del dittatore e della contribuzione a beni pubblici¹²⁰. Queste, pur confermando il già notato scostamento dal modello economico ortodosso e ribadendo l'importanza pressoché ovunque attribuita alle emozioni (rabbia, risentimento, etc.) e a valori come l'equità, la fiducia e la cooperazione, hanno mostrato come i paradigmi culturali di riferimento influenzino in maniera rilevante i comportamenti individuali e, dunque, i concreti esiti del gioco. Ad esempio, presso gli Au e i Gnau della Papua-Nuova Guinea, si è registrata una singolare tendenza a rifiutare tanto le offerte troppo basse quanto quelle 'troppo generose'¹²¹. Ciò si spiega, evidentemente, con la natura delle norme sociali che presiedono ai fenomeni donativi: l'effetto vincolante e talora umiliante che molte culture tradizionali riconnettono al dono costituisce una delle ragioni più importanti che spingono l'Oblato a rifiutare doni troppo elevati, contrariamente alle previsioni del modello economicistico¹²².

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 977.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 976.

¹²⁰ Cfr. la letteratura citata *supra*, alla nt. 114.

¹²¹ J. HEINRICH, R. BOYD, S. BOWLES, C. F. CAMERER, E. FEHR, H. GINTIS e R. McELREATH, *In search of homo economicus: behavioral experiments in 15 small-scale societies*, cit., p. 75.

¹²² V. In proposito v. C. HANN, *The Gift and Reciprocity: Perspectives from Economic Anthropology*, in S. G. KOLM e J. M. YTHIER (a cura di), *Handbook of the Economics of Giving, Altruism and Reciprocity*, cit., p. 220; J. HEINRICH *et alii*, "Economic man" in cross-cultural perspective: behavioral experiments in 15 small-scale societies, cit., p. 811; E. FEHR e K.M. SCHMIDT, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism Experimental Evidence and New Theories*, cit., p. 627.

I dati sin qui illustrati dovrebbero quindi indurre ad esercitare maggiore cautela nei confronti delle prospettive acriticamente universalistiche fatte proprie dalle teorie economiche dominanti e recepite nei programmi di diverse istituzioni sovranazionali (come ad esempio il progetto *Doing Business*)¹²³. Non soltanto il modello economico ortodosso non può essere generalizzato: la propensione verso l'altruismo, la fiducia e la cooperazione appaiono tratti comportamentali dell'essere umano non meno rilevanti ed 'universali' (per quanto possa parlarsi di 'universalismo' in questo contesto) dell'interesse egoistico e della ricerca del benessere materiale¹²⁴. Nessuno di essi trascende la sfera della razionalità, tanto è vero che le risultanze empiriche suggeriscono chiaramente che la disponibilità ad assumere comportamenti altruistici e cooperativi decresce con l'aumento del costo atteso di tali comportamenti e viceversa¹²⁵. Soprattutto, le risultanze sperimentali indicano che i medesimi incentivi possano indurre comportamenti differenti in soggetti appartenenti a diverse culture. Ciò significa che le condizioni 'locali' – relativamente al peso che gli atteggiamenti culturali e le norme informali assumono nei confronti di valori quali la fiducia, la cooperazione e l'altruismo – possono influenzare le scelte individuali in maniera profonda, rendendo quanto mai fragile la progettazione di un unico modello istituzionale basato su assiomi comportamentali uniformi ed invarianti¹²⁶. Questa è non soltanto una delle critiche fondamentali già ricavabili dalla riflessione storico-comparatistica di Polanyi e che possono oggi essere reindirizzate nei confronti del movimento di *Law and Finance* delle sue proiezioni operazionali¹²⁷; ma anche una conclusione coerente con il parco di conoscenze sviluppato nell'ambito degli studi gius-comparatistici sul mutamento giuridico e sulla teoria dei trapianti¹²⁸.

¹²³ In proposito per una prima informazione v. A. GAMBARO, *Misurare il diritto?*, in *Ann. dir. comp.*, 2012, p. 17 ss.; R. MICHAELS, *Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 57 (2009), p. 765; C. VALCKE, *The French Response to the World Bank's Doing Business Reports*, in *University of Toronto Law Journal*, 60 (2010), p. 197.

¹²⁴ Così R. CATERINA, *Un approccio cognitivo alla diversità culturale*. in ID. (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, cit., p. 212.

¹²⁵ E. FEHR e K.M. SCHMIDT, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism. Experimental Evidence and New Theories*, cit., pp. 630-631.

¹²⁶ R. CATERINA, *Un approccio cognitivo alla diversità culturale*. in ID. (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, cit., p. 213.

¹²⁷ Il riferimento è, in particolare, a R. LA PORTA, F. LOPEZ-DE-SILANES e A. SHLEIFER, *The Economic Consequences of Legal Origins*, in *Journal of Economic Literature*, 46 (2008), p. 285; R. LA PORTA, F. LOPEZ-DE-SILANES, A. SHLEIFER e R.W. VISHNY, *Law and Finance*, in *Journal of Political Economy*, 106 (1998), p. 1113.

¹²⁸ In particolare v. G. TEUBNER, *Legal Irritants: How Unifying Law Ends up in New*

11. (Segue): *Il costo degli incentivi monetari e l'effetto 'corrosivo' dei mercati*

Il secondo aspetto che merita di essere sottolineato, in parte già emerso, è quello della rilevanza assunta dal diritto, assieme ad altri fattori, quale strumento di conformazione del comportamento economico. Tale profilo rappresenta una delle acquisizioni più rilevanti del filone dell'economia cognitiva e sperimentale. Si è osservato, infatti, che «l'economia neoclassica tende ad analizzare i fenomeni economici 'dal micro al macro'; essa muove, cioè, dal comportamento individuale per spiegare i fenomeni sociali aggregati. Ma se le istituzioni e le norme sociali sono così importanti, allora appare opportuno in numerose circostanze muovere da esse per comprendere l'agire individuale»¹²⁹. Ed infatti alcuni dei risultati empirici più interessanti sono quelli che evidenziano come le norme, sia quelle formali, sia quelle informali, incidano in maniera significativa sulla logica dei comportamenti, sovente in maniera ben diversa rispetto a quanto ipotizzato dalla teoria.

Due esempi possono servire a chiarire in maniera esaustiva questo aspetto. Il primo è offerto da un esperimento realizzato dal team di Dan Ariely presso l'MIT di Boston ed avente ad oggetto la differenza tra un sistema di allocazione di beni a basso costo incentrato sul mercato ed uno sulla logica dei *commons*¹³⁰. Nella specie, si trattava di gomme da masticare offerte dagli sperimentatori nei corridoi dell'Università. In una prima fase esse erano vendute al prezzo di 1 cent ciascuna, mentre successivamente esse furono distribuite gratuitamente al pubblico. Conformemente alle attese (prima legge della domanda), il numero degli studenti che si fermarono per ritirare le gomme furono nel secondo caso molto maggiori che nel primo, con una proporzione di 207 contro 58 studenti, dunque quasi il quadruplo. Tuttavia, contrariamente agli insegnamenti della seconda legge

Divergences, in P. A. HALL e D. SOSKICE (a cura di), *Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford, Oxford University Press, 2001 (rist. 2010), p. 417 ss.; nonché M. GRAZIADEI, *Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 10 (2009), p. 693; ID., *Comparative law as the study of transplants and receptions*, in M. REIMANN e R. ZIMMERMANN (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 441 ss.; R. SACCO, voce *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Dig. civ.*, Torino, UTET, IV, sez. II, 1988, p. 365 ss. Un pregevole esempio di impiego combinato delle metodologie della comparazione giuridica e della *Behavioral Economics* è offerto dallo studio di M. FERRARI, *Risk Perception, Culture, and Legal Change. A Comparative Study on Food Safety in the Wake of the Mad Cow Crisis*, cit.

¹²⁹ M. MOTTERLINI e F. GUALA, *Psicologia ed esperimenti in economia*, cit., p. 37.

¹³⁰ Su questa distinzione v. D. ARIELY, *Predictably Irrational. The Hidden Forces That Shape Our Decisions*, cit., p. 67.

della domanda, la diminuzione del prezzo da 1 cent a 0 non determinò un aumento del numero complessivo delle gomme consumate, bensì una sua diminuzione. Sotto il sistema della compravendita, infatti, ciascun consumatore acquistava in media 3,5 gomme; invece in un contesto di distribuzione gratuita, la quota individuale media scendeva a 1,1. Ciò si spiega, evidentemente, con il trapasso ad un diverso regime di norme: dalle regole del mercato alle norme sociali¹³¹. Le regole del mercato, infatti, non pongono limiti – se non quelli monetari – all'accaparramento; per contro le norme informali che regolano l'accesso a beni fuori mercato assoggettano il comportamento individuale a vincoli di compatibilità con l'interesse altrui e quindi circoscrivono l'ammontare dei beni acquisibili¹³².

Se in questo caso l'eliminazione del prezzo di accesso al bene (e dunque il passaggio dalla logica del mercato a quella del dono) conduce alla riduzione, piuttosto che all'aumento, dell'ammontare complessivo richiesto, il secondo esempio illustra il fenomeno speculare, ossia l'aumento della domanda conseguente all'imposizione di un prezzo (in termini di sanzione pecuniaria per un comportamento indesiderabile). L'esempio è tratto da un celebre esperimento realizzato da Uri Gneezy e Aldo Rustichini ad Haifa¹³³. Per contrastare la consuetudine di molti genitori di passare a prendere i propri figli in ritardo rispetto all'orario programmato della scuola, con conseguente prolungamento dell'orario lavorativo di insegnanti e custodi, i direttori di alcune strutture scolastiche per l'infanzia, su suggerimento degli sperimentatori, introdussero una sanzione pecuniaria di importo limitato (circa 3 euro) per 10 o più minuti di ritardo. L'obiettivo era quello di capire se la previsione di una sanzione monetaria, imponendo un prezzo per le condotte di *free riding*, avesse potuto modificare il comportamento dei genitori, suggerendone quindi l'estensione alle altre scuole della città. Il mutamento di regime determinò effettivamente un cambiamento nelle prassi dei genitori e tuttavia l'effetto prodotto fu esattamente opposto rispetto a quello atteso: i casi di ritardo, anziché diminuire, aumentarono sino a raddoppiare (per contro, nelle scuole usate come campione di controllo, ove cioè si continuò a osservare il vecchio sistema, la frequenza dei ritardi rimase invariata). La ragione di ciò è agevolmente comprensibile: l'introduzione di una sanzione, e dunque di un prezzo, ha determinato la monetizzazione del comportamento 'deviante', inducendo le parti ad 'acquistare' il servizio in questione in quantità maggiore rispetto alla situazione preesistente¹³⁴. In altre

¹³¹ *Ibidem*, cit., p. 108.

¹³² *Ibidem*, cit., p. 109.

¹³³ U. GNEEZY e A. RUSTICHINI, *A Fine Is a Price*, in *Journal of Legal Studies*, 29 (2000), p. 1.

¹³⁴ Sul punto v. anche M. VATIERO, *Alla ricerca di regole (e istituzioni) efficienti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 123.

parole, il fenomeno «ritardo» è transitato, nella percezione dei soggetti, dalla sfera delle norme sociali (che impongono vincoli e sanzioni, sia pure a carattere non monetario, bensì prevalentemente reputazionale) a quella delle relazioni di mercato. E queste, com'è noto, si connotano proprio per l'effetto di de-responsabilizzazione che producono¹³⁵. In fondo, questo esempio (al quale se ne potrebbero aggiungere altri analoghi)¹³⁶ non fa che confermare quello che era già emerso con l'esperimento descritto da Dan Ariely.

V'è però un dato ulteriore da notare, ed è forse quello più rilevante. Dopo alcune settimane, le scuole in questione decisero di eliminare la sanzione per il ritardo e ritornare al regime precedente. Ebbene, i casi di ritardo non ritornarono al livello preesistente, ma rimasero al livello 'di mercato', con un ulteriore lieve incremento!¹³⁷ Ciò illustra una questione molto importante e cioè che mentre il passaggio dalla sfera delle norme sociali a quella delle norme di mercato è rapido e fluido, quello inverso può risultare molto più vischioso¹³⁸. L'introduzione di un assetto istituzionale di stampo mercantile, in altri termini, altera in maniera profonda l'*habitus* dei soggetti e ostacola fortemente la re-istaurazione di un regime non mercantile. *Once commodity*, potremmo dire, *always commodity!*

Questa acquisizione non è in realtà particolarmente sorprendente, perché già Titmuss, quando si discuteva su quale fosse il regime più appropriato per il reperimento e la distribuzione del sangue a scopo trasfusionale, aveva segnalato che uno dei problemi fondamentali dei regimi di allocazione di mercato consiste nel c.d. effetto domino¹³⁹. Esso deriva, cioè, dal fatto che la presenza di un sistema di reperimento monetario (quale quello all'epoca presente in molti stati americani) implica nel medio periodo la diminuzione del livello delle donazioni altruistiche. La logica di mercato, in altri termini, mette fuori gioco la logica della solidarietà e spesso produce una diminuzione, invece che un aumento, dell'ammontare complessivo dei beni prodotti¹⁴⁰.

¹³⁵ J. T. GODBOUT, *Le don, la dette et l'identité*. Homo donator versus homo oeconomicus, cit., p. 152.

¹³⁶ Cfr. ad es. U. GNEEZY e A. RUSTICHINI, *Pay Enough or Don't Pay at All*, in *Quarterly Journal of Economics*, 2000, p. 798

¹³⁷ D. ARIELY, *Predictably Irrational. The Hidden Forces That Shape Our Decisions*, cit., p. 85.

¹³⁸ In una prospettiva più generale v. anche il celebre studio di K. D. VOHS, N. L. MEAD e M. R. GOODE, *The Psychological Consequences of Money*, in *Science*, 314 (2006), p. 1154.

¹³⁹ R. TITMUSS, *The Gift Relationship: From Human Blood to Social Policy*, New York, Pantheon, 1971; v. in proposito D. SATZ, *Why Some Things Should Not Be For Sale. The Moral Limits of Markets*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 192.

¹⁴⁰ R. TITMUSS, *The Gift Relationship: From Human Blood to Social Policy*, cit., p. 223 ss. Per un riesame di tali assunti alla luce dei risultati pratici di diversi modelli allocativi v. K. HEALY, *Last Best Gifts. Altruism and the Market for Human Blood and Organs*, Chicago-

Tale osservazione appare coerente con un altro dato reso palese dalle ricerche di economia sperimentale, ossia l'effetto distorsivo che deriva dall'introduzione di un meccanismo competitivo in ordine alle preferenze *other-regarding*. Sin dalla pubblicazione di un celebre studio di Roth e altri nel 1991¹⁴¹, è stato dimostrato che, ogni qualvolta il gioco dell'*ultimatum* non venga più strutturato secondo l'originario schema bilaterale, ma si aggiungano più proponenti o più oblati che agiscono indipendentemente gli uni dagli altri, gli esiti risultano opposti rispetto a quelli precedentemente descritti¹⁴². La logica della competizione tende, infatti, ad assorbire i comportamenti di stampo cooperativo ed altruistico e si ristabiliscono i codici egoistici della scelta razionale, per cui, ad esempio, l'oblato tenderà ad accettare qualsiasi offerta in caso di concorrenza di più riceventi (astenedosi, dunque, dal rifiuto sanzionario), mentre l'offerente tenderà, in caso di concorrenza tra proponenti, a formulare proposte sempre più elevate e quindi a ridurre il proprio *surplus* a detrimento di qualsiasi criterio di equa ripartizione delle risorse. Tuttavia ciò non implica che in qualsiasi interazione le preferenze egoistiche siano necessariamente destinate a mettere fuori gioco le preferenze altruistiche. Fehr e Schmidt sostengono, anzi, il contrario. Ad esito dell'esame di una notevole mole di dati sperimentali, che non possono essere qui illustrati nel dettaglio, essi giungono alla conclusione per cui spesso «gli attori con preferenze altruistiche inducono gli attori egoisti a modificare il proprio comportamento in maniera fondamentale»¹⁴³. Cruciale, a tal scopo, è la morfologia dell'ambiente strategico, assumendo un particolare rilievo, ad esempio, la presenza di interazioni ripetute con possibilità di punizione 'altruistica' dei comportamenti non cooperativi. Dunque, la concreta configurazione dell'assetto istituzionale di riferimento ha conseguenze particolarmente rilevanti in ordine alla natura delle preferenze. Il che è come dire, forzando un po' il ragionamento, che l'*homo oeconomicus* appare piuttosto l'«effetto» di una determinata organizzazione dei rapporti economici e sociali e del correlativo apparato ideologico di legittimazione, che non un dato di realtà ad essi soggiacente¹⁴⁴.

London, University of Chicago Press, 2006, spec. p. 110 ss.

¹⁴¹ A. E. ROTH, V. PRASNIKAR, M. OKUNO-FUJIWARA e S. ZAMIR, *Bargaining and market behavior in Jerusalem, Ljubljana, Pittsburgh, and Tokyo: An experimental study*, in *American Economic Review* 81 (1991), p. 1068.

¹⁴² E. FEHR e K. M. SCHMIDT, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism. Experimental Evidence and New Theories*, cit., p. 676 ss.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 684.

¹⁴⁴ Cfr. a questo proposito quanto osservato da K. POLANYI, *Our Obsolete Market Mentality, Civilization Must Find a New Thought Pattern*, cit., a proposito della c.d. fal-lacia economicistica.

12. (Segue): *Quale modello di regolazione?*

Alla luce di quanto detto, appare importante ribadire che il comportamento economico non deve essere considerato come un dato presupposto dalle regole giuridiche. Tali regole, come ha osservato Raffaele Caterina, «contribuiscono invece a determinare quello sfondo di atteggiamenti, valori e abitudini che si riflettono in modo significativo sul comportamento economico»¹⁴⁵. In ciò il diritto non costituisce ovviamente l'unico fattore rilevante, ma certo uno dei principali, atteso che nelle società contemporanee la concreta configurazione dell'assetto istituzionale è in gran parte la risultante di regole, principi e procedure giuridiche¹⁴⁶. Di conseguenza i suoi compiti sono molto rilevanti: l'ordinamento giuridico, se da un lato riflette attitudini e valori, dall'altro opera come tecnica di strutturazione della società, sia un piano meramente pratico sia al livello della produzione di significati¹⁴⁷. Sta quindi ad esso realizzare un ambiente istituzionale 'abilitante', il quale contribuisca all'affermazione delle logiche solidaristiche e cooperative e quindi all'effettiva realizzazione di quelle scelte di valore assunte a fondamento dell'ordinamento medesimo (cfr. art. 2 Cost.)¹⁴⁸. Sostenere che il comportamento economico – e più precisamente le attitudini comportamentali coerenti con il paradigma epistemologico dell'*homo oeconomicus*– non deve essere dato per presupposto dal diritto non significa soltanto guardarsi dall'adottare uno schema predittivo dei comportamenti che rischia di risultare fuorviante, poiché incentrato su un modello di razionalità irrealistico e, non a caso, frequentemente smentito dai test sperimentali e dall'osservazione delle pratiche sociali¹⁴⁹. Significa anche spingere gli insegnamenti

¹⁴⁵ R. CATERINA, *Un approccio cognitivo alla diversità culturale* in ID. (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, cit., p. 213.

¹⁴⁶ G. TEUBNER, *Juridification. Concepts, Aspects, Limits, Solution*, in ID. (a cura di), *Juridification of Social Spheres. A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust, and Social Welfare Law*, Berlin-New York, De Gruyter, 1987, p. 4.

¹⁴⁷ Ad es. C. GEERTZ, *Local Knowledge: Further Essays*, in *Interpretive Anthropology*, New York, Basic Books, (trad. it. *Conoscenza locale: fatto e diritto in prospettiva comparata*, in ID., *Antropologia interpretativa* Bologna, Il Mulino, 1988, p. 209 ss., p. 277); R. W. GORDON, *Critical Legal Histories*, in *Stanford Law Review*, 36 (1984), p. 109 ss.

¹⁴⁸ Non è inopportuno a questo proposito richiamare l'ampio e importante dibattito sviluppatosi nell'ambito delle scienze sociali sulle *capabilities* e sui compiti che ne derivano in capo all'ordinamento giuridico: cfr. A. SEN, *The Idea of Justice*, cit., p. 225 ss.; M. NUSSBAUM, *Capabilities and Social Justice*, in *International Studies Review* 4 (2002), p. 123. Per una prospettiva di carattere giuridico, ma sempre ad ampio respiro, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 41 ss.

¹⁴⁹ *Supra*, parr. 5-9.

della *Behavioral Economics* alle loro logiche conseguenze, delineando un compendio normativo finalizzato ad arginare e contrastare l'effetto 'corrosivo' insito nei meccanismi del mercato capitalistico (il quale, è bene ricordarlo, non esaurisce le possibili forme dell'economia di mercato, pur rappresentando quella oggi dominante)¹⁵⁰. Ciò appare quanto mai urgente nel contesto attuale, connotato dalla continua espansione della pratica e della retorica mercantile a una serie di rapporti che ne erano tradizionalmente estranei: dal sistema della filiazione, al governo del corpo umano, all'istruzione, alla cultura, all'accesso alle cure mediche, sino ai simboli stessi della sovranità statale, come l'amministrazione della giustizia e la regolazione dei flussi migratori¹⁵¹.

Tale processo solleva fundamentalmente due ordini di problemi, mirabilmente sintetizzati, da ultimo, nelle pagine di Michael Sandel¹⁵². Il primo, più ovvio, è quello raffigurabile nei termini della giustizia distributiva: affidare all'autoregolazione dei mercati l'accesso a beni e servizi fondamentali per lo sviluppo della persona umana e in precedenza ad essi sottratti, come la salute, l'istruzione, la sicurezza o l'ambiente, aggrava fortemente il divario tra i ceti abbienti e quelli meno abbienti, con conseguenze preoccupanti per l'effettiva attuazione del principio di eguaglianza e per la stessa funzionalità della democrazia. I fenomeni di esclusione che ne derivano non insistono più soltanto su beni a stretto valore patrimoniale e su *luxury goods*, per i quali la disparità nell'accesso pone problemi di minore portata, ma coinvolgono rapporti essenziali per lo sviluppo della persona e per la partecipazione democratica. Ad essi si tende oggi ad assegnare lo statuto rafforzato di 'beni comuni' proprio per sottrarli ai processi di 'privatizzazione'¹⁵³. Il secondo, meno ovvio ma non meno significativo, è quello consistente nella progressiva alterazione dei valori e dei significati socialmente attribuiti ai beni in oggetto¹⁵⁴. Proposte – o in taluni casi riforme già attuate – come quelle volte ad introdurre sistemi di incentivazione monetaria per

¹⁵⁰ J. STIGLITZ, *Moving Beyond Market Fundamentalism to a More Balanced Economy*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, 80 (2009), p. 345, p. 356.; S. ZAMAGNI, *Per una teoria civile dell'impresa cooperativa*, in E. MAZZOLI e S. ZAMAGNI (a cura di), *Verso una nuova teoria della cooperazione*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 15 ss.

¹⁵¹ Cfr. M. J. RADIN, *Contested Commodities*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1996; e da ultimo M. J. SANDEL, *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, cit., pp. 17-203.

¹⁵² *Ibidem*, p. 8 ss, p. 110 ss; v. altresì il volume, di pochi anni precedente, di D. SATZ, *Why Some Things Should Not Be For Sale. The Moral Limits of Markets*, cit., *passim*.

¹⁵³ S. RODOTÀ, *Mondo delle persone, mondo dei beni*, in ID., *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 105 ss.

¹⁵⁴ M. J. SANDEL, *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, cit., p. 8 ss., p. 110 ss.

agevolare il reperimento di cellule e tessuti umani¹⁵⁵, per regolamentare il flusso migratori¹⁵⁶, per allocare i «servizi carcerari» di qualità¹⁵⁷, per disciplinare l'accesso alle aule parlamentari¹⁵⁸ o persino per controllare il tasso procreativo generale¹⁵⁹ o di persone in condizioni di particolare disagio sociale (come le donne affette da tossicodipendenza)¹⁶⁰, possono risultare nei singoli casi persino ingegnose e tecnicamente promettenti. Tuttavia esse sollevano una questione fondamentale e troppo spesso sottovalutata: l'adozione di architetture istituzionali incentrate sulle logiche economicistiche non può ritenersi neutrale rispetto allo scopo, in quanto si riflette inevitabilmente sulla *costruzione sociale* dei beni in oggetto. Questi non vengono più percepiti come termine di riferimento di diritti e di obblighi, bensì come poste patrimoniali rimesse al gioco del libero scambio¹⁶¹. I mercati, infatti, non si limitano semplicemente a allocare beni e servizi e a coadiuvarne la circolazione tra soggetti con diversi ordini di preferenze. Essi esercitano, altresì, un'importante funzione simbolica, in quanto incorporano valori e promuovono ben precise attitudini nei confronti dei beni oggetto della negoziazione¹⁶². Il tal modo essi incidono in maniera indiretta, ma profonda, sulla natura dei comportamenti individuali, dal momento che l'attrazione di un determinato bene o rapporto nella sfera delle relazioni di mercato – come si è avuto modo di vedere nei paragrafi

¹⁵⁵ V. in tema J. D. MAHONEY, *Altruism, Markets and Organ Procurement*, in *Law & Contemporary Problems*, 72 (2009), p. 17; G. BECKER e J. J. ELIAS, *Introducing Incentives in the Market for Live and Cadaveric Organ Donations*, in *Journal of Economic Perspectives*, 21 (2007), p. 3; A. L. FRIEDMAN, *Payment for living organ donation should be legalised*, in *British Medical Journal*, 333 (2006), p. 746

¹⁵⁶ G. S. BECKER, *Why Not Let Immigrants Pay for Speedy Entry*, in G. S. BECKER e G. NASHAT BECKER (a cura di), *The Economics of Life*, New York, McGraw-Hill Inc., 1997, p. 58; P. H. SCHUCK, *Refugee Burden-Sharing: A Modest Proposal*, in *Yale Journal of International Law*, 22 (1997), p. 243.

¹⁵⁷ J. STEINHAEUER, *For \$82 a Day, Booking a Cell in a 5-Star Jail*, in *New York Times*, April 29, 2007.

¹⁵⁸ M. J. SANDEL, *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, cit., p. 22 ss.

¹⁵⁹ D. DE LA CROIX e A. GOSSERIES, *Procreation, Migration and Tradable Quotas*, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=970294 (ultimo accesso 3-2-2014).

¹⁶⁰ W.L. ADAMS, *Why Drug Addicts Are Getting Sterilized for Cash*, in *Time*, April 17, 2010.

¹⁶¹ Tale aspetto era stato limpidamente chiarito, diversi anni fa, da M. J. RADIN, *Market-Inalienability*, in *Harvard Law Review*, 100 (1987), p. 1849.

¹⁶² M. J. SANDEL, *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, cit., p. 9. Si veda però anche la diversa prospettiva avanzata, nel campo della sociologia economica, da V. ZELIZER, in particolare nel suo *The Social Meaning of Money*, New York, Basic Books, 1994: per una discussione delle sue tesi, poste a confronto con l'approccio polanyiano, cfr. P. STEINER, *Karl Polanyi, Viviana Zelizer et la relation marchés – société*, in *Revue du M.A.U.S.S.*, 2007, p. 257 ss.

precedenti – altera in modo sostanziale, e per di più difficilmente reversibile, il quadro delle norme di riferimento¹⁶³. Ciò non soltanto solleva una serie di interrogativi di natura etica e di compatibilità con le scelte iscritte nei testi costituzionali (si pensi emblematicamente all'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.), ma pone anche questioni di carattere pratico. Se è vero, infatti, che gli studi più recenti nel campo dell'economia comportamentale e della psicologia cognitiva hanno posto l'accento sull'importanza del fenomeno di *crowding-out*¹⁶⁴, sarebbe ben poco sensato insistere sulla prospettiva dell'incentivazione monetaria ogniqualvolta esista un bagaglio di motivazioni intrinseche suscettibili di essere attivate e stimolate al fine del perseguimento dei medesimi obiettivi¹⁶⁵. Attrarre nel mercato nuovi beni e rapporti è un processo insidioso e, come si è potuto constatare, a forte rischio di insuccesso, proprio perché incrina (spesso irreversibilmente) l'efficacia di quella rete di norme sociali che riflettono i valori di solidarietà, reciprocità o rispetto per gli altri, la cui disattivazione può ridurre o persino annullare i vantaggi derivanti dall'introduzione di stimoli di mercato¹⁶⁶.

Non si tratta soltanto di osservare la massima di buon senso *pay enough or don't pay at all*¹⁶⁷. Si deve invece ribadire, alla luce delle premesse sin qui illustrate, l'opportunità di dotarsi di meccanismi istituzionali - e quindi anche regole e procedure giuridiche – volti a promuovere i valori della cooperazione e della solidarietà a preferenza di quello della competizione, ed in particolare della competizione orientata al puro profitto¹⁶⁸. Gli ordinamenti contemporanei offrono, ovviamente, numerosi esempi di una siffatta strategia: dalle norme che dispongono l'esonero da responsabilità civile per danni arrecati in conseguenza di azioni finalizzate al soccorso

¹⁶³ Cfr. *supra*, par. 9 e 11.

¹⁶⁴ B. S. FREY e R. JEGEN, *Motivation Crowding Theory*, in *Journal of Economic Surveys*, 15 (2001), p. 590; M. C. W. JANSSEN e E. MENDYS-KAMPHORST, *The Price of a Price: On the Crowding Out and In of Social Norms*, in *Journal of Economic Behavior & Organization*, 55 (2004), p. 377; D. SATZ, *Why Some Things Should Not Be For Sale. The Moral Limits of Markets*, cit., p. 193; nonché la letteratura citata *supra*, par. 9.

¹⁶⁵ Ad esempio, nel campo della donazione di organi e tessuti per trapianto, si sono sempre rivelate molto efficaci le campagne informative volte a promuovere la cultura della solidarietà, specie in occasioni di eventi fortemente partecipati dal pubblico (v. per alcuni esempi 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. 187).

¹⁶⁶ Cfr. *supra*, par. 9.

¹⁶⁷ U. GNEEZY e A. RUSTICHINI, *Pay Enough or Don't Pay at All*, cit., p. 798.

¹⁶⁸ M. MAUSS, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques* cit., p. 238.

altrui¹⁶⁹; alla regolamentazione dei sistemi di reperimento e allocazione di organi, tessuti e cellule umani¹⁷⁰; alla politica – invero ancora embrionale – di tutela rafforzata e gestione partecipata di quei beni ormai correntemente definiti come «beni comuni»¹⁷¹; sino, naturalmente, all'ampio corpo di regole preordinato all'organizzazione e al sostegno del c.d. terzo settore¹⁷². A questa prospettiva possono essere ricondotte anche alcune politiche di *nudge*, oggi ampiamente pubblicizzate come modello regolatorio d'avanguardia¹⁷³. E tuttavia non ci si può esimere dal segnalare la necessità di andare molto oltre lo schema della 'spinta gentile', almeno là dove questo si proponga unicamente di 'lubrificare' i processi cognitivi e decisionali degli individui, in modo da agevolare scelte acriticamente definite come razionali, senza rimettere in discussione - conformemente all'ideologia del *libertarian paternalism*¹⁷⁴ - la natura e l'orientamento teleologico di tali

¹⁶⁹ Emblematico, a tal proposito, è il disposto dell'art. 1471 del Codice civile del Québec: «La personne qui porte secours à autrui ou qui, dans un but désintéressé, dispose gratuitement de biens au profit d'autrui est exonérée de toute responsabilité pour le préjudice qui peut en résulter, à moins que ce préjudice ne soit dû à sa faute intentionnelle ou à sa faute lourde». Cfr. N. KASIRER, *Agapè*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2001, p. 575 ss., p. 593.

¹⁷⁰ In particolare si è dimostrato che gli investimenti in informazione ed organizzazione efficiente del sistema burocratico che presiede il reperimento e la distribuzione degli organi per trapianto possono produrre significativi incrementi dell'ammontare di organi, tessuti e cellule disponibili: cfr. ad es. K. HEALY, *Last Best Gifts. Altruism and the Market for Human Blood and Organs*, cit., p. 23 ss.

¹⁷¹ Cfr. *ex plurimis*, M. R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, Ombre corte, 2012; AA.VV., *Tempo di beni comuni. Studi interdisciplinari*, Roma, Ediesse, 2013; S. RODOTA, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, Il Mulino, 2013³; A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

¹⁷² Da ultimo v. A. FICI, *Imprese cooperative e sociali. Evoluzione normativa, profili sistematici e questioni applicative*, Torino, Giappichelli, 2012; ID., *An Introduction to Cooperative Law*, in D. CRACOGNA et al. (a cura di), *International Handbook of Cooperative Law*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2013, p. 3.

¹⁷³ C. R. SUNSTEIN, *Nudges.gov: Behavioral Economics and Regulation*, in E. ZAMIR e D. TEICHMAN (a cura di), *Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, forthcoming (accessibile all'indirizzo http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2220022; nonché ovviamente 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. 16 ss., p. 241 ss.

¹⁷⁴ C. R. SUNSTEIN e R. H. THALER, *Behavioral Economics, Public Policy, and Paternalism: Libertarian Paternalism*, in *American Economic Review*, 93 (2003), p. 175; C. R. SUNSTEIN e R. H. THALER, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, in *The University of Chicago Law Review*, 70 (2003), p. 1159; C. F. CAMERER, S. ISSACHAROFF, G. LOEWENSTEIN, T. O'DONOGHUE e M. RABIN, *Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for 'Asymmetric Paternalism'*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 151 (2003), p. 101.

scelte¹⁷⁵. Ciò che la logica del *nudge*, in ultima analisi, non sembra disposta ad abbandonare è non soltanto l'idea che i fattori 'emozionali' operino al margine del modello di razionalità 'ordinario' e non ne costituiscano una componente essenziale¹⁷⁶, ma anche l'assunto di fondo per cui determinati tratti comportamentali, riconducibili alla razionalità 'massimizzante', sarebbero iscritti nella stessa natura umana e non rappresentino, invece, il precipitato storico di una particolare forma di società e di un determinato assetto istituzionale¹⁷⁷. Se non si acquista la consapevolezza di ciò, e del fatto che il principio del guadagno e del profitto sono intrinseci, in quanto generali forze organizzative, soltanto ad una «società di mercato»¹⁷⁸, risulta difficile compiere progressi significativi. Sarebbe come pensare che i guasti prodotti, o messi in luce, dalla crisi economica deflagrata nel 2008 siano imputabili esclusivamente ad un imperfetto *design* del sistema dei *gatekeepers*, come tale agevolmente emendabile attraverso riforme di dettaglio, e non invece ad un più sostanziale disequilibrio nel rapporto tra organizzazione sociale e sistema economico, il quale richiede aggiustamenti più profondi e radicali¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Per un semplice riscontro v. R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, cit., di cui può cogliersi la particolare curvatura *pro-market* nelle pagine 189-195 dedicate alle quote d'inquinamento (sistema *cap-and-trade*), se poste a confronto con la diversa prospettiva, pur sempre *behavioral*, tratteggiata nelle pagine di D. ARIELY, *Predictably Irrational. The Hidden Forces That Shape Our Decisions*, cit., pp. 115-117.

¹⁷⁶ K. ABRAMS e H. KEREN, *Who's Afraid of Law & the Emotions?*, cit., pp. 2018-2019.

¹⁷⁷ K. POLANYI, *The Livelihood of Man*, New York, Academic Press, 1977, pp. 12-14; M. CANGIANI, *Economia e democrazia. Saggio su Karl Polanyi*, Padova, Il Poligrafo, 1998, p. 39.

¹⁷⁸ K. POLANYI, *The Livelihood of Man*, cit., p. 9.

¹⁷⁹ In questa linea cfr. A. SUPIOT, *A legal perspective on the economic crisis of 2008*, in *International Labour Review*, 149 (2010), p. 151; W. STRECK, *The Crises of Economic Capitalism*, in *New Left Review*, 71 (2011), p. 5.

