

ANTICIPAZIONI

ANDREANA ESPOSITO

Le emozioni del giudice (penale)*

Le emozioni hanno un valore importante in tutte le relazioni sociali, inevitabilmente anche il diritto né è coinvolto. In particolare, sono le decisioni giudiziarie, poggiate sul necessario passaggio dall'empirico al normativo, a essere inevitabilmente segnate dalle emozioni. È l'incontro con il particolare a sollecitare reazioni emotive. Mescolare giudizi e fatti ha indubbe ripercussioni sulle decisioni. È Porfirij Petrovich che ci ricorda come, anche in assenza di prove, il giudice si convinca della colpevolezza «che confessiate o no - dice a Raskolnicov - in questo momento per me è lo stesso. Dentro di me sono convinto anche senza che confessiate». E poi continua, «e inoltre, per il momento, non ho nessuna prova contro di voi». Non ha nessuna prova, eppure è giunto alla conclusione della sua colpevolezza. Se il dato emotivo è ineliminabile, è, tuttavia necessario, attivare meccanismi di governo e controllo nella fase della motivazione della decisione, che non dovrà presentare vizi o contraddizioni. Il giudice è ovvio non può motivare come gli pare. La motivazione consiste nella giustificazione razionale di un giudizio razionale¹. Il fatto e il diritto devono pertanto fondersi nella struttura logica della decisione che dovrà poi emergere, nella motivazione.

La sentenza è allora una sintesi che comprende tutto: ragionamento, sentimento, sensazioni.

The judge's mood

Emotions have a crucial role in all social relations: even the law is involved. Judicial decisions created from the intersection between fact and law, are inevitably marked by emotions. Mixing judgments with facts undoubtedly has repercussions on decisions. Porfirij Petrovich reminds us how, even in the absence of evidence, the judge may convince himself of the guilt "whether you confess or not - he says to Raskolnicov - at this time I feel the same way. Inside me, I am convinced even without your confession". Whether the felt datum is undeniable, it is, however, necessary to activate governance and control mechanisms in the phase of the motivation of the decision: the reasoning in the judgement should be without error or contradictions.

SOMMARIO: 1. Suggestioni. - 2. La forma della conoscenza. - 3. La giustizia come esperienza. - 4. Il pensiero narrativo. - 5. Il caso. - 5.1. La morte di una figlia. - 5.2. La morte della moglie. - 6. Decisioni emotive.

1. *Suggestioni.* Sebbene il contributo delle neuroscienze sia oramai entrato nel dibattito penalistico², introdurre il discorso delle emozioni per il giurista (per di più penalista) è inconsueto³. Nondimeno, le emozioni hanno un valore

*Il lavoro è in corso di pubblicazione nella raccolta di studi *Il diritto e il rovescio della mente. La follia tra regole sociali e giuridiche*, a cura di DI CARUCCIO - A. AMIRANTE, nell'ambito del progetto di ricerca di Ateneo *Political legal and Sociological profiles of phrenological research in Italy (FRETT)*, finanziato dall'Università della Campania "Luigi Vanvitelli" e inserito nel programma V:Alere, 2019.

¹ IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013.

² DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-)scienze?*, Torino, 2019, *passim*.

³ Cfr. PALIERO, *Il sogno di Clitemestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia*

importante in tutte le relazioni sociali⁴, cosicché neanche il diritto può più esserne disinteressato. Dietro il concetto di *emozioni* si apre, tuttavia, il mare. Si tratta, come è noto, di una realtà multiforme con sfaccettature di significato molto differenti, talvolta anche in contraddizione tra loro. La sua complessità deriva dal fatto che si tratta di nozioni con radici neurologiche, di definizioni culturali, di concetti con significati in connessione con interessi e scopi e con valenza sociale nelle relazioni con gli altri⁵. Si tratta in definitiva di un continente multiforme, impossibile da rendere in sintesi. In questo quadro, volendo fornire una traccia che renda conto del ruolo giocato dalle emozioni nel giudizio penale, è necessario procedere per qualche suggestione e, inevitabili, approssimazioni. Parafrasando Madeleine de Scudéry⁶, tenterò di disegnare una mappa delle emozioni del giudice, provando a rappresentare l'itinerario emotivo rintracciabile nelle decisioni, causato dall'incontro tra fatto e diritto⁷.

2. *La forma della conoscenza.* Il punto di inizio dell'itinerario non può che essere la definizione del modo in cui la conoscenza si forma, o meglio, della

del punire, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, *passim*.

⁴ Fondamentale è il rinvio a GOLEMAN, *Intelligenza emotiva*, Milano, 2017, *passim*. PLUTCHIK sostiene che le emozioni sono parte essenziale di ogni aspetto del comportamento degli esseri umani (e degli animali): è grazie alle emozioni che il comportamento di ciascuno assume un valore adattivo: *Emotions and Life: Perspectives from Psychology, Biology and Evolution*, APA, Washington D.C., 2003, *passim*. La classificazione delle emozioni è tuttora argomento di dibattito. Molti studi di psicologia evolutiva ritengono, tuttavia, che sia possibile individuare un numero di emozioni *fondamentali*, il cui numero oscilla tra le sei e le otto. Si tratterebbe di emozioni che trovano la loro modalità di espressione uguale in ogni cultura e in ogni contesto sociale: disgusto, sorpresa, paura, rabbia, felicità e tristezza. Così, GASPARI, *Vita segreta delle emozioni*, Torino, 2021, *passim*. NUSSBAUM, in *L'intelligenza delle emozioni*, Bologna, 2004, sostiene che le emozioni sono «giudizi di valore che attribuiscono a cose o persone fuori dal nostro controllo una grande importanza per la nostra prosperità». In questa definizione sono racchiuse i tre aspetti fondamentali presenti in ogni emozione: la valutazione cognitiva, la felicità personale, la rilevanza di oggetti esterni come elementi che fanno parte del proprio insieme di fini. In tal modo, per la filosofa statunitense, le emozioni devono essere sottratte al terreno dell'irrazionalità e occorre riconoscere loro anche una forte dimensione cognitivo-valutativa.

⁵ ANOLLI, *Presentazione* in *Breve storia delle emozioni*, OATLEY, Bologna, 2007, 7. Usano la metafora dell'*arcipelago* per designare la varietà del concetto, MARRAFFA - VIOLA, *Quale mappa per il dominio delle emozioni?*, in *Sistemi intelligenti*, 1, 2017, 86.

⁶ Nel 1654, a corredo del suo romanzo *Clélie, histoire romaine*, 10 voll. Augustin Courbé, Paris, 1654 - 1660 (riprodotta da Gallimard, Paris, 2006), Madeleine de Scudéry pubblicò la famosa *Carte du pays de Tendre* - una mappa del paese della Tenerezza - primo esempio di cartografia emozionale. La mappa, filo conduttore del saggio di Giuliano Bruno *Atlante delle emozioni*, Milano, 2015, illustra, in forma di paesaggio, l'itinerario emotivo del romanzo *Clélie*, collegando gli affetti ai luoghi dove le emozioni sono rappresentate attraverso il movimento nello spazio.

⁷ VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto, oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007.

forma della conoscenza. La forma della conoscenza, per dirla in modo feroce-mente schematico, si articola in due fasi: una percettiva, affidata alle impres-sioni generate dai cinque sensi; e l'altra concettuale, affidata alla ragione che elabora e trasforma le impressioni in idee e concetti.

L'essere umano conosce, giudica, valuta a partire dalle emozioni che i cinque sensi gli procurano. Perché le percezioni contengono e generano una qualche forma di emozioni.

Anche la conoscenza del diritto ha la stessa forma. Il diritto – possiamo darlo per condiviso seppure non in modo unanime – nella sua totalità deve essere inteso non solo come scienza ma anche come esperienza. Il diritto – è stato scritto di recente⁸ – è *una prassi nella quale si esprime, normativamente, l'esperien-za del soggetto, nella quale si manifesta il suo sentire e il suo vissuto*. E nel sentire, l'essere umano si emoziona.

Certo la storia del diritto – anche quella contemporanea – è pervasa da continui pensamenti e ripensamenti basati sulla separazione tra un astratto soggetto razionale, che si emoziona, e una supposta oggettività del mondo, così da ridurre la conoscenza giuridica a imitativa delle scienze formali⁹. È, in particolare, il giurista della modernità a reclamare una *narrazione continua*, senza interruzioni o lacune in cui gli elementi della catena si pongono in una sequenza ordi-nata (*gerarchica*) tra loro¹⁰. Viene quindi negata qualsiasi possibilità di coin-volgimento delle emozioni. È un modello razionalista di deliberazione a im-porsi. Solo la giustificazione razionale può rendere una norma o una decisione imparziale. Se le emozioni hanno un ruolo, si tratta certamente di un ruolo negativo, che si configura alternativo rispetto alla razionalità¹¹. C'è una esigenza ordinativa e sistematica. La legge – *la legalità legalistica*¹² – è il principale pro-dotto di questa *razionalità ordinante*.

La prevedibilità come certezza del diritto è una ossessione del passato che con-tinua nel presente: dalla “macchina” di Montesquieu del giudice come *bocca*

⁸ GIABARDO, *Arte e diritto. Il diritto nell'arte e il diritto come arte*, in *Giustizia insieme*, 8 aprile 2021 che limpidamente nota come «il diritto nella sua pienezza» debba essere inteso «non solo come scienza» ma anche «come esperienza».

⁹ MANZIN, *Architetture del ragionamento giuridico*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 1, 2019, 208.

¹⁰ MANZIN, *L'ordine infranto. Ambiguità e limiti delle narrazioni formali nel diritto dell'età post-moderna*, in *Tigor, rivista di scienze della comunicazione*, 2009, 33.

¹¹ Cfr. ROSSI, *Emozioni e deliberazione razionale*, in *Sistemi intelligenti*, 1, 2014, 162.

¹² Così, PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1249 ss.

della legge alimentata da un sillogismo perfetto al diritto scientifico, matematico, geometrico, calcolabile il passo è breve. Il mito della Dea Ragione degli illuministi si è attualizzato nella giustizia predittiva, alla ricerca di una entità (in origine era un giudice, oggi è *un software*) in grado di rendere una decisione - *output* a seguito dell'inserimento di un fatto della vita - *input*. In particolare, secondo le diverse declinazioni della giustizia predittiva attraverso l'uso di *big data*, sterminati assembramenti di informazioni e di dati che una mente umano non è in grado di ritenere ed elaborare per quantità e qualità, si potrebbe portare ordine e regolarità laddove regna il disordine e la causalità. La potenza dell'algoritmo è infatti in grado di *masticare, digerire* e metabolizzare dettali, elementi fattuali e giuridici, di milioni di casi già decisi in precedenza, prevedendo il risultato della questione giuridica con un elevatissimo grado di accuratezza¹³. Attraverso la lettura e l'analisi semantica di precedenti decisioni, tutte inglobate dall'algoritmo, si costruisce una decisione robotica. Dati, dati e ancora dati: attraverso la loro combinazione si arriva a una conoscenza *sovraumana* condotta scientificamente. Non si cerca attraverso la costruzione dell'algoritmo di sostituire il processo mentale che dovrebbe essere svolto dall'interprete umano, ma sulla base della combinazione di informazioni, parole e altri parametri si costruiscono dei modelli che dovrebbero essere in grado di indicare la probabilità di certe soluzioni¹⁴. Sono note alcune simulazioni dell'uso di strumenti predittivi: dalla ricerca svolta presso l'Università College di Londra con l'elaborazione di un algoritmo in grado di prevedere in anticipo l'esito di ricorsi presentati alla Corte europea dei diritti umani (algoritmo che ha previsto le conclusioni dei giudici europei nel 79% dei casi)¹⁵ alla creazione, sempre da

¹³ Così, GIABARDO, *Il giudice e l'algoritmo (in difesa dell'umanità del giudicare)*, in *GiustiziaInsieme*, 9 luglio 2020.

¹⁴ Su questi temi, tra gli altri, TARUFFO, *Judicial Decisions and Artificial Intelligence*, in *Artificial Intelligence and Law*, 1998, 316 ss.; ROUVIÈRE, *Le raisonnement par algorithmes: le fantasme du juge-robot*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2018, 530 ss.; DI GIOVINE, *Il "judge-bot" e le sequenze giuridiche in materia penale (intelligenza artificiale e stabilizzazione giurisprudenziale)*, in *Cass. pen.*, 2020, 952 ss.; CATERINI, *Il giudice penale robot*, in *Leg. pen.*, 19.12.2020.

¹⁵ L'algoritmo elaborato dai ricercatori dell'University College of London (UCL), prendendo in esame 584 decisioni della Corte europea, ha *valutato* la possibilità di violazione degli articoli 3, 6 e 8 della Convenzione, in materia di trattamenti disumani, giusto processo e tutela della vita privata. Ovviamente, la previsione è stata basata non su un ragionamento giuridico ma in base a un trattamento statistico dei dati raccolti, consistenti in fatti, circostanze ricorrenti, frasi più frequentemente rinvenibili e ha predetto la soluzione corretta (cioè coincidente con quella dei giudici) nel 79% dei casi, cfr., ALETRAS - TSARAPATSANIS - PIETRO - LAMPOS, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*, in *PeerJ computer science*, 24 ottobre 2016,

parte di un gruppo di ricercatori inglesi, questa volta dell'Università di Cambridge, di un *software*, *Case Cruncher Alfa* (cioè *il masticatore di casi*) che ha vinto una gara ingaggiata con un squadra di avvocati nell'indovinare le soluzioni di controversie in materia di assicurazioni innanzi al *Financial Ombudsman*¹⁶. Quali le conclusioni da trarre? Plaudiamo l'immagine del giudice *robot*, senza interferenze emotive? O forse no, ne diffidiamo¹⁷.

3. *La giustizia come esperienza*. Se davvero la razionalità decidesse da sola i processi e se davvero la razionalità fosse qualcosa di comune e immutabile per ogni uomo, basterebbe un *software* - neppure tanto complicato - per sostituire qualche migliaio di giudici e assicurare prevedibilità e uniformità delle decisioni.

Tuttavia, senza qui mettere in discussione il progresso dovuto all'aver considerato, e trattato, il diritto come scienza - dato che qui non è in discussione- il sapere scientifico non è tutto quello che deve sapersi sul diritto. La giustizia è, infatti, una esperienza profondamente umana, legata quindi alle emozioni: *fare giustizia* è enormemente più complesso di *applicare la legge*¹⁸. La credenza nel sillogismo giudiziario è stata smentita clamorosamente dalla realtà e dalla stessa logica. Si è trattato di un vero e proprio *mito* che ha tentato reiteratamente di adeguare i processi razionali del diritto a quelli delle scienze formali¹⁹. La riduzione del ragionamento processuale a mero sillogismo è espressione della

<https://peerj.com/articles/cs-93/>; e BARBARO, *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo? I lavori in corso alla Commissione europea per l'efficacia della giustizia (CEPEJ) del Consiglio d'Europa*, in *Questione giustizia*, 2018, 189 ss. Profilo diverso è quello di *Toga*, strumento informatico - ideato da un magistrato bolognese - che si pone l'obiettivo di supportare gli operatori del diritto nei calcoli procedurali. In questo caso, il *software* non incide sulla fattispecie concreta ma su quella astratta: caricate nel sistema tutte le tipologie di reato previste dal codice e dalla legislazione speciale, il sistema consente di calcolare, ad esempio, il tipo di pena da irrogare, la configurazione di pene accessoria, l'ammissibilità della messa alla prova, la procedibilità e così via.

¹⁶ Come riportato da GABELLINI, *La «comodità del giudicare»: la decisione robotica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1309 ss.

¹⁷ DI GIOVINE, *Il "judge-bot"*, cit., 965, interrogatasi sulla possibilità di ricorrere al *machine-learning* per la risoluzione di casi (facili) penale, conclude ritenendo che «c'è allora da presumere (temere? Sperare) che, finché l'AI non progredirà in direzioni di razionalità nuove, anche "emotive", fallirà proprio i compiti che richiedono un apprezzamento in chiave assiologica: primi tra questi, l'interpretazione e l'amministrazione della giustizia».

¹⁸ Così, GIABARDO, *Il giudice e l'algoritmo (in difesa dell'umanità del giudicare)*, cit., *passim*.

¹⁹ Nota MANZIN, *L'ordine infranto*, cit., 34: «i mitografi del sillogismo giuridico - Charles-Louis de Secondat barone di La Brède e di Montesquiesu, e, assieme a lui, Cesare Beccaria, erano indubbiamente abbagliati dal modello epistemologico cartesiano».

frustrata esigenza di limitare l'arbitrio interpretativo dei giudici, trasformandoli in tranquillizzanti *robot* della deduzione. In realtà, e semplificando, si è dimostrato che il sillogismo funziona se le premesse di fatto e di diritto sono state già fissate e sono certe.

La difficoltà del diritto, come decisione giudiziaria, è però proprio trovare il fatto e trovare quindi il diritto.

4. *Il pensiero narrativo*. Nel processo vi è la narrazione di una storia, la storia di un fatto, che si celebra in quella sede. All'interno del processo penale, in particolare, si parla, si racconta di un una vicenda umana, che viene illustrata, di solito, attraverso i protagonisti e gli spettatori di quei fatti che si fanno attori. Tuttavia, la voce narrante è solo di chi ha ricostruito la vicenda interpretando dei fatti o dando un senso a delle situazioni o alla realtà di quei fatti²⁰. Detto in altro modo, i fatti nel processo sono il prodotto di una *costruzione giudiziaria* cui concorrono gli attori della comunità processuale (il pubblico ministero, il difensore, il giudice) e non sempre i principali protagonisti²¹. Nel processo si costruisce, o meglio si ricostruisce una storia - è stato detto - raccontata da attori ciascuno con un proprio ruolo che, quasi come negli *Esercizi di stile* di Queanaeu, rivisitano la stessa storia ogni volta con uno stile diverso: il pubblico ministero rievoca la storia del fatto di reato, l'avvocato propone quel medesimo fatto secondo una colorazione diversa e alternativa, i testimoni riferiscono la storia, più o meno parziale (di solito il testimone è portatore di frammenti di realtà), a seconda del ruolo svolto nella vicenda. Ma il racconto finale - l'unico che poi è espressione non di una tradizione orale ma scritta - sarà quello redatto dal giudice nella sentenza. È il giudice che *ricostruisce* i fatti narrati dando loro la forma della *realtà* processuale, ottenuta mettendo insieme osservazioni, sensazioni, percezioni, punti di vista, interazioni tra i più soggetti coinvolti. Emozioni. La sentenza, specchio del processo, in definitiva è il luogo in cui si manifesta, prende forma la conoscenza del giudice.

5. *Il caso*. Il diritto nasce dal caso: la norma è generata dal fatto. È intorno ai fatti di ogni caso che si svolge l'opera giudiziaria²². I giuristi sanno bene che gran

²⁰ Così FORZA - MENEGON - R. Rumiati, *Il giudice emotivo*, Bologna, 2017, 175.

²¹ DI DONATO, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel "processo"*, Milano, 2008, *passim*.

²² È sempre da ricordare, infatti, quanto detto da Salvatore Satta (*La vita della legge e la sentenza del*

parte dell'evoluzione del diritto avviene nel (e tramite) il giudizio, cioè attraverso l'attività interpretativa, o interpretativo – creativa, del giudice. È momento qualificante l'attività interpretativa del giudice è proprio costituito «dalla “diagnosi giuridica del caso concreto”», «operazione preliminare rispetto alla sua decisione»²³. Il giudice, quindi, spostando la propria attenzione dal fatto alla legge crea il caso, che, altro non è, che un'ulteriore costruzione della mente umana. Le interpretazioni giuridiche, è stato detto, sono narrazioni *sotto mentite spoglie*²⁴. Lo sappiamo, le scienze sociali ce lo dicono, le pratiche narrative sono sempre volte a stabilire un ordine: nelle parole, nei valori o nelle regole della convivenza sociale. Jerome Bruner ci indica che raccontare storie è il modo più naturale e più precoce con cui gli uomini organizzano l'esperienza e quindi la conoscenza²⁵. Non è semplice, ovviamente, maneggiare *il fatto*: le circostanze che costituiscono i fatti del caso possono essere infinite, e possono esserlo anche le loro possibili descrizioni. È evidente che tra il fatto e la sua rappresentazione giuridica intercorre un racconto del fatto. In altri termini, il fatto entra nel giudizio sotto forma di enunciati che lo descrivono o, più spesso, «sotto forma di insiemi ordinati di enunciati, ossia di *narrazioni*»²⁶. I singoli enunciati fattuali, relativi alla singola circostanza di fatto, danno vita a una composizione che Taruffo paragona a un mosaico. La pronuncia del giudice non si legge unicamente a partire dal testo legislativo, dovendosi a quello aggiungere gli elementi tratti dalla realtà del fatto.

Si tratta di raccontare una *storia*²⁷. Si tratta della narrazione costruita di una storia, e non di una combinazione causale di enunciati.

giudice, in *Il mistero del processo*, Milano, 1994, 48 ss.) «...il giudizio non è soltanto la decisione... Non si svaluta con ciò la decisione. Essa rimane al centro dell'esperienza, come supremo atto conoscitivo - creativo di essa. E il suo valore, che la rende insostituibile, è nel giudizio, cioè nel trovare nel fatto il diritto, il diritto che è dentro il fatto (*ex facto oritur jus*) che è il fatto stesso, il suo essere...».

²³ VACCA, *Interpretatio e caso concreto*, in *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, a cura di ROSSETTI, Torino, 2017, 230.

²⁴ MEYER, *Storytelling for Lawyers*, New York, 2014.

²⁵ BRUNER, *La fabbrica delle storie. Diritto, letteratura, vita*, Bari-Roma, 2000. Secondo lo psicologo cognitivo statunitense, nonché giurista, la capacità di raccontare storie, il cd. *story-telling* è anche capacità di costruire la realtà giuridica.

²⁶ Così TARUFFO, *Il fatto e l'interpretazione*, in *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di BISCOTTI - BORSELLINO - POCAR - PULITANO, Milano, 2012, 127.

²⁷ Immaginare le decisioni giudiziarie come storie «non vuol dire che esse siano disancorate dal riferimento a norme, a vincoli procedurali o istituzionali. La narrazione è considerata piuttosto come un elemento attivo e strutturante di un processo di giuridicizzazione all'interno del quale questi elementi trovano una collocazione e un significato», DI DONATO, *La costruzione giudiziaria del fatto*, cit., 190.

È sulla base di questa narrazione che il giudice decide.

Si è in presenza, quindi, di un *ragionamento per storie*, in cui si prova, cioè, a dar conto della complessità di ogni vicenda giudiziaria mettendo in relazione, proprio attraverso la narrazione, fatti, storie, norme e anche emozioni.

Il diritto fa parte di questo tessuto narrativo. Il giudice è un narratore del fatto nel suo riferimento relazionale al diritto. Attraverso la narrazione del fatto si forgia e si conserva il *sensu*, identificato anche in base all'esperienza, senso che serve come orientamento, direzione e guida del comportamento e quindi della decisione.

Nel caso giudiziario si ritrovano due narrazioni: una relativa ai fatti e una relativa alle norme. L'interprete applica la norma, attraverso un procedimento intellettuale che muove dai testi giuridici: le norme penali nel caso di processo penale.

Così, ad esempio il fatto dell'impossessamento di una cosa mobile altrui può integrare l'ipotesi di furto, ma può essere interpretato come rapina se viene dimostrata la violenza. Quello stesso fatto poi potrebbe non costituire proprio reato nel caso in cui, non venga ritenuta provata la consapevolezza nell'agente dell'altruità della cosa, cioè del fatto che il bene di cui si è impossessato appartenga ad altri. Ecco che allora l'interprete esercita una inevitabile influenza sull'oggetto che deve interpretare, proponendosi narrazioni giuridiche diverse di uno stesso fatto.

Vediamo due casi giudiziari per comprendere meglio queste dinamiche.

Proverò a riportare i fatti come rivisitati dalla prospettiva di chi racconta.

5.2. La morte di una figlia. Il corpo senza vita di una bambina di 3 anni è ritrovato nel letto di un fiume che attraversa una piccola cittadina veneta²⁸.

La visione dell'accusa. La morte è stata volontariamente cagionata dalla madre, giovane donna brasiliana separata, piena di rancore nei confronti dell'ex compagno, molto più grande di età di lei, a cui carico vi è un procedimento pendente per furto, già implicata in un giro di prostituzioni: è lei ad aver gettato la bimba nel fiume. La donna avrebbe voluto lanciarsi anche lei, ma poi si è fermata. È possibile anche che, moderna Medea, abbia voluto con quel gesto vendicarsi del padre della bambina, verso cui aveva maturato un profondo risentimento. *Omicidio doloso aggravato.*

²⁸ Il caso è raccontato in FORZA - MENEGON - RUMIATI, *Il giudice emotivo*, 208 ss.

La difesa narra una storia diversa. La giovane donna, madre affettuosa, in un pomeriggio di sole ha portato la bambina a prendere un gelato, parcheggiata l'auto risponde al telefono. Al termine della telefonata si volta e non trova più la piccola figlia di 3 anni, avuta da una precedente relazione. Disperata si rivolge alla polizia; informata del ritrovamento del corpo è preda di una crisi nervosa e viene trasportata in ospedale. È stato un drammatico incidente, lei amava sua figlia. Non può esservi stata volontà. Si è distratta solo un momento. Al più: *omicidio colposo*.

I fatti, come narrati nel processo, trovano una diversa colorazione nelle sentenze.

Corte di assise. La giovane donna brasiliana, viveva una nuova relazione, stanca di doversi occupare di una bambina nata da un uomo anziano e divenuto oppressivo, abbandona volontariamente la bambina, assumendosi il rischio della sua morte. *Abbandono di minore con conseguente morte*, 10 anni di reclusione (massimo edittale).

Corte di assise di appello. La donna brasiliana è stata massimamente imprudente, non badando a dove andasse la figlia scesa dall'auto e creando così le condizioni per la disgrazia. *Omicidio colposo*, 2 anni e 2 mesi di reclusione.

5.2. La morte della moglie. Una giovane donna di ventisette anni, moglie da sempre innamorata dello stesso uomo, dopo essere stata ricoverata in gravi condizioni di salute, muore a distanza di poco più di un mese dal ricovero. Gli accertamenti diagnostici avevano portato a concludere che la paziente era affetta da una forma avanzatissima di Aids.

L'ipotesi accusatoria. L'accusa si chiede quale sia la causa del contagio dell'AIDS, chi abbia trasmesso volontariamente la malattia mortale alla giovane donna. E ritiene che non ci sia che una risposta: il marito. L'imputato, fuggito in Messico mentre i suoceri portavano in ospedale con l'ambulanza la moglie in grave crisi respiratoria, è affetto da prima del matrimonio da sindrome da HIV. Non si è mai curato, non lo ha mai comunicato alla moglie, non ha mai adottato precauzioni nei rapporti sessuali. *Omicidio doloso*.

La prospettiva della difesa. Il marito amava profondamente la moglie, con cui aveva una relazione affettiva stabile da anni e insieme alla quale aveva deciso di avere dei figli. Non si era mai curato, perché si era sempre sentito bene, non aveva mai avuto disturbi da cui potesse derivare un peggioramento delle sue condizioni di salute. Riteneva che la sieropositività che gli era stata riscontrata

fosse irrilevante, comunque sotto controllo e per questo non ne aveva parlato alla moglie, per non turbare la loro tranquilla e armoniosa quotidianità nella certezza che non sarebbe mai accaduto nulla di grave. Il suo è stato un comportamento imprudente. *Omicidio colposo*.

Ancora una volta nel processo gli elementi fattuali congiungendosi con quelli di diritto portano a diverse narrazioni.

Tribunale. L'uomo era a conoscenza delle sue condizioni di salute, non ha mai fatto nulla per controllare l'evoluzione della malattia, non ne ha mai parlato alla moglie continuando ad avere con lei rapporti sessuali non protetti pur avendo ricevuto le opportune informazioni circa le modalità per evitare la trasmissione, così operando ha accettato il rischio del contagio. Si è allora in presenza di una condotta accompagnata dalla accettazione piena e completa del rischio di verificazione dell'evento lesivo morte. *Omicidio commesso con dolo eventuale*, 14 anni di reclusione (a seguito della riduzione per la scelta del rito).

Corte di Appello. Il marito, di mediocre livello culturale e in giovane età al momento degli unici e iniziali contatti con le autorità sanitarie, sprovvisto di adeguate conoscenze sull'evoluzione della sieropositività, sull'inevitabilità di un decorso a esito infausto della malattia e sull'esatta capacità di infettare la partner in caso di rapporti sessuali ripetitivi non protetti, ha operato una imponente azione di rimozione e di negazione della possibile evoluzione nefasta dell'infezione, per sé stesso e per la moglie. Ha avuto un comportamento irrazionale nella illusione derivante dalla constatazione che negli anni le proprie condizioni di salute fossero rimaste invariate, atteggiamento che porta verso un giudizio di condotta gravemente colposa. *Omicidio colposo, aggravato dalla previsione dell'evento*, 4 anni di reclusione.

6. *Decisioni emotive*. Nelle motivazioni dei diversi giudici, la descrizione dei fatti, in precedenza brevemente narrati, è costruita anche con sintagmi contraddittori e indici leggibili secondo significazioni diverse, che, talvolta, possono addirittura produrre una sorta di *suspence* narrativo, che si scioglie, poi, nella parte dispositiva della sentenza. Non senza qualche involuzione giuridicamente non accettabile.

Dalla lettura delle motivazioni delle sentenze emergono le ragioni dei diversi convincimenti degli attori processuali che argomentano la propria scelta decisoria selezionando, enfatizzando, portando in primo piano quelle informazioni - teoricamente uguali per tutti - che più servono a *giustificare* la propria

conclusione. Perché come detto da altra, «di fronte alla visione del fatto, si attiva il cervello emotivo e scatta l'empatia, e si selezionano allora quelle le informazioni che servono poi a motivare, a fondare la propria decisione»²⁹.

Così, nel primo caso, i giudici di primo grado accentuano la colorazione soggettiva della donna: straniera (per di più brasiliana!) molto più giovane del padre della bambina, dai trascorsi opachi, piena di rancore; la Corte di appello – più distante dai fatti – pur tenendo in conto l'emotività della vicenda – la morte di una bimba piccola – decide di soffermarsi sul dato della leggerezza dimostrata dalla madre che anziché controllare la figlia, parla al telefono.

Analogamente, nel secondo caso, quello che i primi giudici leggono come espressione di volontà e rappresentazione (conoscenza delle proprie condizioni di salute, silenzio e nascondimento nei confronti della moglie, ripetitività dei rapporti sessuali) è *sentito* in modo opposto dai giudici di secondo grado che giungono a scrivere «porta a risultati apparentemente paradossali il ritenere possibile che in un rapporto di coppia pacificamente descritto come caratterizzato da mutua affezione e stabilità negli anni, potesse annidarsi, celato nei recessi dell'animo di uno dei partner, l'intenzione di accettare la morte della compagna quale risultato concretamente probabile di una condotta che, si badi, viene comunemente valutata come espressione di affetto».

Le ragioni che hanno guidato la scelta dei giudici (e, prima, orientato le parole delle parti processuali) sono, in definitiva, espressione di una personale interpretazione dei fatti che è anche sentimentale ed emotiva. La decisione giudiziaria, poggiata sul necessario passaggio dall'empirico al normativo, è inevitabilmente segnata dalle emozioni³⁰. È proprio l'incontro con il particolare a sollecitare reazioni emotive³¹. Mescolare giudizi e fatti ha ripercussioni sulle decisioni. Le peculiarità di tali giudizi sono state correttamente sottolineate: «l'individuazione delle caratteristiche singolari del fatto e le conseguenti valutazioni configurano la cosiddetta *equità* del giudizio, nella quale si esprime un potere

²⁹ DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009, 142.

³⁰ DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico?* Cit., 173, riferendosi alla bioetica ha osservato come la valorizzazione del fatto (vale a dire una maggiore propensione al contatto emotivo con i fatti) possa portare alla formulazione di un *giudizio pratico*, fondato sull'intuizione e su reazioni condivise sulla base di risposte empatiche. Una risposta basata su reazioni istintive - emotiva avrebbe il pregio di «essere comune e da tutti condivisa e si conformerebbe quindi se non altro al nostro eterno bisogno di eguaglianza», *Una lettura evolutivista del diritto penale. A proposito delle emozioni*, in *Diritto penale e neuroetica*, a cura di DI GIOVINE, Padova, 2013, 356 ss.

³¹ FIANDACA, *Sul ruolo delle emozioni e dei sentimenti nella genesi e nell'applicazione delle leggi penali*, in *Diritto penale e neuroetica*, cit. 233 ss.

che chiamerò *potere di connotazione*³². Nello svolgimento di tale potere – si continua – la comprensione umana «è sempre, tendenzialmente simpatetica»³³. È un *ambiente emotivo* quello del giudice, che muove allora verso l'utilizzo (anche) di criteri decisionali non imbrigliati in schemi meccanici e deliberativi. Spesso, anche il giudice penale si trova a utilizzare «una ragionevolezza o saggezza applicativa»³⁴, attraverso l'uso di strumenti pratici di soluzione delle controversie.

Ponendomi in un solco tracciato da altri³⁵, mi sembra che si possa dire che le emozioni giocano un ruolo importante nel processo di formazione della decisione giudiziaria insieme a una definizione completa e “ragionevole” dei casi stessi. E questo è sicuramente più vero nel caso di giudici vicini, nel loro giudicare, ai fatti, dove, proprio per quel tessuto così aperto alle emozioni, ancor di più deve essere superata la netta contrapposizione tra emozioni e ragione. È necessario riconoscere, come detto, anche alle emozioni una valenza cognitiva, avendo anche loro a che fare con il pensiero e con il ragionamento in qualsiasi forma.

«Però attenzione; tutto ciò a una condizione: a condizione cioè di saper distinguere quando le emozioni sono basate su giudizi ragionevoli e quando, invece, non lo sono»³⁶.

Il processo decisionale di un giudice così *emotivo* verosimilmente sarà basato anche su un sistema intuitivo³⁷, destinato a mescolarsi nella deliberazione.

³² FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1998 (or. 1989), 136 ss.

³³ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1998 (or. 1989), 145. Cfr. anche BOELLA, *Empatia in tribunale: il difficile percorso di una empatia negativa o senza simpatia*, in *Diritto penale e neuroetica*, cit., 210 e ss., che pur ritenendo che «l'empatia può arricchire il ragionamento del giudice», ricorda come «...il giudice... è tenuto a rispettare vincoli istituzionali e normativi, l'obbligo dell'imparzialità, l'istanza della giustizia o dell'equità».

³⁴ Così PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012, 52, riferendosi alla discrezionalità rimessa al giudice penale nella commisurazione della pena ai sensi dell'art. 133 c.p.

³⁵ Mi riferisco, in particolare, alla filosofa Martha Nussbaum, voce tra le più autorevoli nell'indicare la centralità della dimensione umana o emotiva del diritto, di cui, tra gli altri, *L'intelligenza delle emozioni*, il Mulino, Bologna, 2004, e *Emozioni politiche. Perché l'amore conta per la giustizia*, Bologna, 2013. Nella letteratura penalistica, il riferimento è a DI GIOVINE, di cui, tra gli altri, *Una lettura evolutivista del diritto penale. A proposito delle emozioni*, in *Diritto penale e neuroetica*, cit., 337 ss. e *Un diritto penale empatico?* cit.

³⁶ FIANDACA, *Sul ruolo delle emozioni* cit., 235.

³⁷ Sulla importanza del momento intuitivo anche nelle decisioni dei giudici, cfr. FORZA, *Razionalità ed emozioni nel giudicante*, in *Criminalia*, 2011, 353 e ss. Per una efficace ricostruzione delle diverse posizioni in letteratura sul valore cognitivo delle intuizioni, cfr. RUSSO, *Il diritto punitivo della CEDU e il “tranello” di Civil Law al banco di prova della confisca*, in *Cass. pen.*, 2016, 1094 ss., cui si rinvia anche

L'intuito quasi sempre induce il giudicante ad anticipare il proprio convincimento³⁸. Altavilla, uno dei padri fondatori della psicologia giuridica, notava come «questo giudizio anticipato (dovuto all'intuizione) si cristallizza così prepotentemente nella coscienza del giudice che non soltanto le risultanze processuali non verranno a modificarlo ma egli, inconsapevolmente, si sforzerà di adattare queste risultanze al suo convincimento»³⁹. E l'intuizione che muoverà come primo motore la decisione è, a sua volta, determinata da un "insieme di cose" estremamente vago, indeterminato, variabile e incerto. Un insieme di *conoscenze* di difficile definizione, data la vaghezza e la variabilità dei contenuti. Riprendendo quanto scritto da Twining⁴⁰, si tratta, certo, di un insieme di «*ill-defined agglomerations of beliefs*», costituiti a loro volta da un *complex soup* di informazioni, aneddoti, ricordi, impressioni, storie, miti, proverbi, desideri, stereotipi, speculazioni e pregiudizi⁴¹. A tale *conoscenza*, bisogna poi aggiungere, ci dicono le neuroscienze, il bagaglio di emozioni, quali la paura, il dolore, la gioia e via dicendo⁴².

Le stesse informazioni, filtrate da pregiudizi, precomprensioni, emozioni portano giudici diversi a decisioni diverse.

Leggendo quelle motivazioni, in cui gli stessi dati informativi vengono diversamente composti, si vede, in un evidente controtuce, come il giudizio *prima* si forma, *nasce* internamente al giudice al cospetto con i fatti, e quindi dopo vengono costruite le ragioni, la giustificazione che traspare, che emerge che deve essere presente nella motivazione.

per le ampie citazioni bibliografiche. La sintesi conclusiva proposta dall'A. sul contributo dato, in particolare, dalla ricerca psicologica e neuroscientifica sui procedimenti decisionali delinea che: a) gode in letteratura di ampio consenso l'idea che le decisioni vengano prese attraverso un doppio sistema intuitivo e deliberativo; il sistema intuito è quello che risponde con maggiore celerità e, pertanto, tende a prevalere su quello deliberativo che, al contrario, richiede una ponderazione e, quindi, concentrazione e rispetto di regole codificate; b) il sistema intuitivo, pur potendo dar luogo a decisioni migliori (o più giuste), può, soprattutto in determinati settori, causare errori, con la necessità, pertanto, di mettere in azione sistemi correttivi.

³⁸ Sul ruolo delle emozioni, e dell'intuito, sul convincimento del giudice, cfr. FORZA - MENEGON - RUMIATI, *Il giudice emotivo*, Il Mulino, Bologna, 2017.

³⁹ ALTAVILLA, *Psicologia giudiziaria*, UTET, Torino, 1948, 716, come citato da FORZA - MENEGON - RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit., 32.

⁴⁰ TWINING, *Rethinking evidence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, 338 (come citato da Taruffo, *La semplice verità*, cit., 58).

⁴¹ Per ciascuno di questi elementi, cfr. Taruffo, *La semplice verità*, cit., 59 ss.

⁴² Su questo ancora DI GIOVINE, *Una lettura evolutivista del diritto penale*, cit., 34.

È Porfirij Petrovich che ci ricorda come, anche in assenza di prove, il giudice si convinca della colpevolezza «che confessiate o no – dice a Raskolnicov - in questo momento per me è lo stesso. Dentro di me sono convinto anche senza che confessiate». E poi continua, «e inoltre, per il momento, non ho nessuna prova contro di voi». Non ha nessuna prova, eppure è giunto alla conclusione della sua colpevolezza.

È inevitabile: si tende a *decidere* utilizzando, probabilmente inconsapevolmente, logiche emotive e anche intuitive, magari nascoste *ex post* da argomentazioni deliberative⁴³.

Si è detto, in ogni decisione si è in presenza di un *ragionamento per storie*, in cui la complessità è resa anche dalla necessità di mettere in relazione fatti, storie, norme e anche emozioni. Emozioni che diventano criterio valutativo e cognitivo. L'ideale della razionalità come sguardo distante sul mondo è fuorviante ed erronea, afferma Marta Nussbaum, poiché sorge dal tentativo, costante nella storia filosofica, sociale e umana, di trascendere l'umanità: tale operazione è destinata al fallimento perché esiste una intelligenza delle emozioni profondamente connessa all'intelligenza razionale, che piuttosto che essere disconosciuta andrebbe valorizzata⁴⁴.

⁴³ Un ulteriore esempio può trarsi dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, il cui compito principale – volendo sintetizzare al massimo – è, per il tramite della Convenzione, quello di proteggere la dignità delle persone (sia consentito su questo, il rinvio al mio, *La confisca urbanistica. Una storia a più voci*, Torino, 2020, 127 ss.). Si pensi, ad esempio, a come i giudici di Strasburgo pesino diversamente le condizioni della detenzione lesive della dignità umana a seconda del *tipo* di detenuto: in presenza di *delinquenti comuni*, l'ampiezza riconosciuta al rispetto della dignità umana è *una grandezza incommensurabile, impermeabile a qualsiasi contro istanza* giustificativa di una sua diminuzione. Al contrario, quando si tratta di criminalità mafiosa, la dignità umana è diversamente *declinata* e soccombe rispetto alla gravità del fatto o a ragioni di sicurezza e difesa sociale, finendo in questo modo per porre a fondamento di una maggiore severità dell'intervento punitivo (sotto forme di condizione di carcere duro) sentimenti quali la paura o la vendetta, mascherati da esigenze di sicurezza della collettività. Sulla *ipersensibilità* dei giudici europei alle istanze di sicurezza e giustizia sostanziale, VALENTINI, *Normativa antimafia e diritto europeo dei diritti umani. Lo strano caso del dottor Bruno Contrada*, in *questa Rivista*, 2017, 2. Lo stesso autore, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Torino, 2012, 89, nota come *non sia un caso* che il giudice europeo abbia ritenuto far rientrare nella garanzia di cui all'art. 7, nella parte in cui garantisce l'irretroattività, anche regole (formalmente) processuali nel caso Scoppola (*soggetto depresso e costretto su sedia a rotella*: Corte EDU (GC), 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia) mentre lo nega nel caso Kalkaris (*sicario infanticida a pagamento*: Corte EDU, 12 febbraio 2008, Kalkaris c. Cipro).

⁴⁴ Come già visto, l'emozione come criterio valutativo e cognitivo è uno dei temi centrali del pensiero di Martha C. Nussbaum. Nella sua ampia produzione, oltre *L'intelligenza delle emozioni*, già citata, si veda, *Il giudizio del poeta. Immaginazione letteraria e vita civile*, Milano, 1996.

In definitiva, le decisioni giudiziarie sono prese in un contesto di razionalità limitata e le emozioni giocano un ruolo importante nel processo di formazione della decisione giudiziaria. Quanto ciò incida sulla qualità e conoscibilità delle decisioni non può negarsi. Certo è che le emozioni del giudice, la sua *precomprensione*⁴⁵ *emotiva*, non possono essere eliminate. Al fine di controllarle andrebbero, però, assunte esplicitamente, chiarendone i presupposti e le implicazioni, depurandole, anche attraverso una sana presa di distanza, dagli aspetti maggiormente soggettivi e dagli eventuali fattori di maggiore irrazionalità che possono contenere⁴⁶. Tutto ciò servirebbe, in effetti, a rendere più intellegibile, e quindi prevedibile, il giudizio dei giudici.

È altrettanto indubbio che le emozioni possono produrre fallacie del ragionamento: il giudice, o ancora prima di lui il pubblico ministero, può innamorarsi di una ipotesi, escludendo così dal proprio campo concettuale ipotesi alternative; o possono indurre a precipitose conclusioni, senza la corretta acquisizione di tutte le informazioni necessarie.

Ma le emozioni possono anche avere funzioni positive - ci è stato detto - perché possono farci capire il fatto, è attraverso di loro, attraverso l'intuito che si riesce a penetrare negli strati più profondi del fatto.

Il mistero del giudizio, e del processo per usare le parole di Salvatore Satta, allora sta nel governare e controllare le emozioni della ragione. Governo e controllo che devono avvenire nella motivazione della decisione, che non dovrà presentare vizi o contraddizioni. Il giudice è ovvio non può motivare come gli pare. La motivazione consiste nella giustificazione razionale di un giudizio razionale⁴⁷. Il fatto e il diritto devono pertanto fondersi nella struttura logica della decisione che dovrà poi emergere, nella motivazione.

La sentenza è allora una sintesi che comprende tutto: ragionamento, sentimento, sensazioni.

Non c'è ragione senza emozioni. E infatti, il giurista nella propria ricerca decisionale deve avere non solo competenze tecniche ma anche *sensibilità*.

Lo studio delle emozioni è stato definito un "campo di studi molto confuso e confondente"⁴⁸.

⁴⁵ Sul ruolo della precomprensione e delle anticipazioni di senso nella interpretazione giuridico - penale, cfr. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 353 ss.

⁴⁶ VIOLA - ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, 1999, 427.

⁴⁷ IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013.

⁴⁸ ORTNOY - CLORE - COLLINS, *The cognitive structure of emotions*, Cambridge, 1988, 2.

Ecco, forse, la rotta tracciate potrebbe risultare ma spero non confondente per circumnavigare il continente delle emozioni del giudice penale.