

Emozioni e teoria del giudizio: una prima ricostruzione

Alessia Farano*

EMOTIONS AND ADJUDICATION THEORY: A FIRST UNDERSTANDING

ABSTRACT: The paper focuses on the effects of recent psychological findings on the theory of adjudication – putting emphasis on the role played by emotions in the decision-making process.

Two different philosophical claims will be analysed, starting from the very famous *topos* of digestive justice: the idea that the decision-making process is completely predictable (determinism) versus the irrationality of the decision claimed by the realists. In the conclusion a non-naturalistic perspective will be sketched, aiming at including the novel knowledge arising from psychology – i.e. emotions are part of physiological process of decision-making.

KEYWORDS: Law and Emotions; decision-making; digestive justice; Neurolaw

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Psicologia cognitiva e processi decisionali – 3. La “giustizia digestiva” tra determinismo e irrazionalità – 4. Oltre il naturalismo

1. Introduzione

La spiegazione scientifica del comportamento umano, che nelle ultime decadi ha prodotto risultati di grande impatto per il mondo del diritto¹, ha di recente investito anche i processi decisionali del giudice.

*Assegnista di ricerca Luiss Guido Carli - Roma. Mail: afarano@luiss.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Nell'ultimo ventennio, in particolare, la scienza giuridica è stata costretta a fare i conti con la descrizione scientifica del comportamento umano fornita dalle neuroscienze, originando un fervido dibattito, in area angloamericana ma non solo, relativo alla potenziale trasformazione delle categorie giuridiche tradizionali. La letteratura sul punto è davvero sterminata: un primo significativo momento di raccolta delle posizioni interne al dibattito statunitense è stato senz'altro la pubblicazione del numero monografico *Law and the Brain* delle *Philosophical Transactions* della Royal Society (*Philosophical Transactions of the Royal Society B*, 359, 2004, a cura di S. ZEKI e O. GOODENOUGH) dedicato al tema, in cui si veda il contributo di J. GREENE e J. COHEN, *For the Law Neuroscience changes Nothing and Everything, 1775-1785*. Sempre in area angloamericana, si vedano poi, *ex multis*: B. GARLAND (a cura di), *Neuroscience and the Law*, Washington, 2004; M. FREEMAN (a cura di), *Law and Neuroscience*, Oxford, 2011; T.M. SPRANGER (a cura di), *International Neurolaw. A Comparative Analysis*, Berlin-Heidelberg, 2012; S.J. MORSE, A. ROSKIES, *A Primer on Criminal Law and Neuroscience*, Oxford, 2013; M.S. PARDO, D. PATTERSON, *Minds, Brains and Law. The Conceptual Foundation of Law and Neuroscience*, Oxford, 2013. In lingua italiana si segnalano almeno i seguenti contributi: A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Le neuroscienze e il diritto*, Como-Pavia, 2008; O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009; L. SAMMICHELLI, G. SARTORI, *Neuroscienze giuridiche: i diversi livelli di interazione tra diritto e neuroscienze*, in A. BIANCHI, G. GULOTTA, G. SARTORI (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano 2009, 15-36; F.G. PIZZETTI, *Neuroscienze forensi e diritti*

Al modello di decisore razionale, sotteso alle norme di rito, la psicologia cognitiva e le neuroscienze hanno infatti contrapposto una descrizione alternativa², in cui il ruolo rivestito dalle emozioni, del tutto assenti – come noto – dal lessico giuridico contemporaneo, all’interno del processo decisionale ha condotto a riconsiderare il significato della razionalità nel giudizio.

Il “giudice emotivo”³ parrebbe costituirsi, oggi, come modello alternativo, tanto al giudice-macchina, oggi tornato in auge nella sua versione algoritmica⁴, quanto all’interpretazionismo radicale delle teorie scettiche dell’interpretazione⁵. Entrambe le posizioni, infatti, condividono l’assunto dell’incidenza negativa delle emozioni sul giudizio: il primo opponendo a queste un modello normativo di “razionalità olimpica”⁶, quella del giudice, che non deve lasciarsi trarre nel gorgo irrazionale delle emozioni; il secondo ritenendo le emozioni inscindibili dalla decisione, la quale sarà sempre incontrollabile e del tutto imprevedibile, giacché irrazionale⁷.

Rispetto a questi due modelli contrapposti, allora, il riconoscimento di una componente emotiva nella fisiologia del processo decisionale costringe a fare i conti anzitutto con la teoria del giudizio, riarticola il problema della prevedibilità della decisione. Ma, prima ancora, a rilevare è il modo con cui il diritto incorpora i contenuti della psicologia e delle neuroscienze cognitive. Assumere i risultati di tali esperimenti come dato a partire dal quale ripensare il problema della decisione giudiziaria significa, infatti, già accedere ad una certa posizione filosofica, quella naturalistica, che tuttavia mostra dei limiti. Questo contributo, dunque, intende offrire una prima ricostruzione dei problemi filosofici che gli esperimenti sul ruolo delle emozioni nel processo decisionale presentano per il diritto. Più in particolare, si prospetteranno dapprima due diversi modi di intendere l’antropologia filosofica sottesa a tali esperimenti. In secondo luogo, si individueranno i valori e gli scopi cui le diverse immagini, più o meno consapevolmente, rimandano.

fondamentali, Torino, 2012; S. FUSELLI, *Diritto, neuroscienze, filosofia. Un itinerario*, Milano, 2014; V. MARZOCCO, *Causalità senza necessità. Neuroscienze, azione, senso comune*, in *Studi filosofici*, vol. XXXVII, 2014, 235-249.

² Su cui si veda A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017.

³ A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit.

⁴ Su cui si veda, da ultimo, A. PUNZI, *Judge in the machine. E se fossero le macchine a restituirci l’umanità del giudicare?*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019, 305-316. Il volume raccoglie gli atti del Convegno “Decisione robotica” tenutosi il 5 luglio 2018 presso l’Accademia dei Lincei, con contributi di: A. CARCATERA, A. CARLEO, M.R. COVELLI, M. DE FELICE, D. DE KERCKHOVE, L. DE RENZIS, F. DE STEFANO, A. DI PORTO, G. GITTI, N. IRTI, G. LEGNINI, M. LUCIANI, G. MAMMONE, M. MAUGERI, C. MOTTURA, E. PALMERINI, F. PATRONI GRIFFI, A. PUNZI, E. VINCENTI.

⁵ Quest’ultima posizione è notoriamente sostenuta da R. GUASTINI, di cui, *ex multis*, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004; ID., *Lo scetticismo interpretativo rivisitato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2006, 227-236; ID., *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011.

⁶ Di “razionalità olimpica” come ideale normativo, contrapposta alla “razionalità limitata” effettivamente in possesso degli individui, ha parlato Herbert Simon nel corso delle sue numerose ricerche sulla razionalità economica, che gli valsero il Nobel in Economia nel 1978: H.A. SIMON, *A Behavioural Model of Rational Choice*, in *Quarterly Journal of Economics*, 69, 1955, 99-118; ID., *Models of Bounded Rationality*, Cambridge, MA, 1982, trad. it. *Scienza economica e comportamento umano*, Torino, 2000.

⁷ Sulle diverse strategie argomentative, utilizzate dalla filosofia del diritto per espungere le emozioni dalla teoria del giudizio, si veda P. MINDUS, *The Wrath of Reason and The Grace of Sentiment: Vindicating Emotion in Law*, in M. SELLERS (a cura di), *Law, Reason, and Emotion*, Cambridge, 2017, 202-237.

2. Psicologia cognitiva e processi decisionali

La scoperta dell'incidenza delle emozioni nel processo decisionale umano costituisce uno dei momenti più noti – anche perché più efficacemente divulgati – della storia recente delle neuroscienze⁸. Il resoconto di tali scoperte, infatti, è contenuto nell'ormai classico "Errore di Cartesio"⁹, scritto dal neuroscienziato portoghese Antonio Damasio, il quale, non senza un pregevole talento narrativo, ha reso famose le vicende del suo paziente Elliot, definito giustamente novello "Phineas Gage"¹⁰.

Elliot era un uomo sulla trentina quando, a seguito di un tumore al cervello, riportò delle lesioni alla corteccia prefrontale. Da quel momento qualcosa cambiò irrimediabilmente nella sua vita: familiari e conoscenti, infatti, furono concordi nell'affermare che "Elliot non era più Elliot". E questo perché, pur avendo conservato intatte le sue facoltà razionali – aveva un quoziente intellettivo superiore alla media nonostante la presenza del tumore, e continuava a totalizzare un punteggio molto alto in tutti i test psicologici cui veniva sottoposto – Elliot era diventato freddo, insensibile, incapace di provare emozioni. A ciò si accompagnava, sorprendentemente, una insormontabile difficoltà ad assumere decisioni¹¹.

Damasio fu dunque chiamato dalla famiglia di Elliot per risolvere, tramite perizia, una questione legata alla titolarità del sussidio di disoccupazione, giacché l'incapacità di Elliot di assumere decisioni non gli consentiva di svolgere correttamente le sue funzioni lavorative e dunque di conservare il posto. Fu così che, in virtù delle evidenze raccolte osservando il comportamento di Elliot, Damasio formulò la celebre "teoria del marcatore somatico", in base alla quale le emozioni determinerebbero la corretta presa della decisione. L'incapacità di provare emozioni, dunque, aveva generato una incapacità di assumere decisioni, di decidersi tra alternative astrattamente valide.

A muovere dagli esperimenti condotti su Elliot, il gruppo di ricerca legato a Damasio arrivò ad altre importanti scoperte sul tema, interagendo con gli studi, condotti da Kahneman e Tversky, sull'avversione alle perdite¹².

⁸ Per neuroscienze si intende una disciplina ibrida che comprende neurologia, psicologia, neuropsicologia e neuropsicobiologia. Le neuroscienze promettono di identificare i correlati neurali di ogni attività mentale (neuroscienze cognitive) e comportamentale (neuroscienze comportamentali), nella convinzione che ad ogni funzione e contenuto mentale corrisponda l'attivazione di un'area cerebrale specifica. Per una prima introduzione al progetto neuroscientifico si veda A. OLIVERIO, *Prima lezione di neuroscienze*, Roma-Bari, 2011.

⁹ A.R. DAMASIO, *Descartes's Error. Emotion, Reason, and the Human Brain*, New York, 1994, trad. it. *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano* (1994), Milano, 2001.

¹⁰ Phineas Gage era un minatore del Vermont, che, durante la costruzione di una rete ferroviaria, subì un grave infortunio: una lastra metallica gli perforò il cranio, ledendo permanentemente i lobi frontali. Gage riuscì miracolosamente a sopravvivere, e tuttavia quanti lo conobbero affermarono che "non era più lui", avendo subito un rilevante cambio di personalità. Negli anni Novanta da Hanna e Antonio Damasio, nel corso delle loro ricerche, ricostruirono virtualmente la dinamica dell'incidente, e, anche grazie all'esame delle testimonianze dell'epoca, stabilirono una correlazione tra scelta razionale ed emozioni (vedi *infra*). H. DAMASIO, T. GRABOWSKI, A. GALABURDA, A.R. DAMASIO, *The Return of Phineas Gage: Clues about the Brain from the Skull of famous Patient*, in *Science*, 1994, 1102.

¹¹ A.R. DAMASIO, *Descartes's Error*, cit., 34 e ss.

¹² D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, in *Econometrica*, 47, 1979, 111-132.

Se, tuttavia, solo il fisiologico funzionamento del sistema emotivo garantisce la presa della decisione, le neuroscienze e la psicologia sperimentale hanno dimostrato come alcuni tipi di emozioni incidano, nello specifico, sull'assunzione della decisione giudiziaria, anche producendo distorsioni cognitive¹³. Com'è ampiamente noto, ad esempio, la somministrazione di materiale fotografico cruento determina nelle giurie una maggiore propensione ad emettere un verdetto di colpevolezza¹⁴, ed è, per tale ragione, da lungo tempo al centro di un dibattito di politica del diritto assai intenso¹⁵. Ciò rappresenterebbe, del resto, una conferma del luogo comune che vuole l'autentica decisione come un prodotto puramente razionale, rispetto al quale le emozioni rappresenterebbero un'indebita influenza. Tuttavia, le emozioni intervengono anche a favorire o diminuire l'attitudine, propria di ogni decisore, a ricorrere alle cd. euristiche. Le euristiche sono delle scorciatoie che la mente umana predispone per minimizzare lo sforzo decisionale, mobilitando, in luogo del più dispendioso sistema mentale 2 (quello analitico), il sistema 1 (quello intuitivo)¹⁶. Ebbene i risultati, per certi aspetti sorprendenti, di alcuni esperimenti, hanno dimostrato che un mood negativo¹⁷ incide positivamente sulla decisione, immunizzando il giudice dagli effetti distortivi prodotti dalle euristiche. Nello specifico, si è osservata una minore incidenza degli stereotipi nella decisione di un giudice "triste", che avrebbe la tendenza ad assumere una decisione più lenta e più analitica, rispetto a un giudice "felice", che deciderebbe in modo superficiale e veloce¹⁸. Lo stesso mood negativo, peraltro, è stato ritenuto responsabile di una maggiore disposizione all'euristica dell'ancoraggio e aggiustamento¹⁹. Tale euristica consiste nel formulare una prima valutazione "ancorandola" a dei dati immediatamente disponibili, anche del tutto irrilevanti per la decisione²⁰. Nel caso del giudizio, sono stati condotti degli esperimenti del seguente tenore: divisi i decisori in due gruppi, ad entrambi veniva sottoposto un caso di quantificazione dell'assegno di mantenimento (o semplicemente di liquidazione

¹³ A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit.; R. RUMIATI, C. BONA, *Dalla testimonianza alla sentenza. Il giudizio tra mente e cervello*, Bologna, 2019.

¹⁴ E. OLIVER, W. GRIFFITH, *Emotional arousal and "objective" judgment*, in *Bulletin of Psychonomic Society*, 8, 1976, 399-400; D.H. WHALEN, F.A. BLANCHARD, *Effects of photographic evidence on mock juror judgment*, in *Journal of Applied Social Psychology*, 12, 1982, 30-41; K.S. DOUGLAS, D.R. LYON, J.R.P. OGLOFF, *The Impact of Graphic Photographic Evidence on Mock Jurors' Decisions in a Murder Trial: Probative or Prejudicial?*, in *Law and Human Behavior*, 21, 1997, 485-501.

¹⁵ La n. 403 delle Federal Rules of Evidence del resto esclude la sottoposizione di prove alla giuria che determinino un «unfair prejudice», intendendosi come tale «an undue tendency to suggest a decision on an improper basis, commonly, though not necessarily, an emotional one». Alcune riflessioni critiche sulle implicazioni di tale *Exclusionary rule*, con particolare riferimento all'impatto delle foto cruente, si trovano in S.A. BANDES, J.M. SALERNO, *Emotion, Proof and Prejudice: The Cognitive Science of Gruesome Photos and Victim Impact Statements*, in *Arizona State Law Journal*, 46, 4, 2014, 1003-1056.

¹⁶ R. RUMIATI, C. BONA, *Dalla testimonianza alla sentenza*, cit., 137 ss.

¹⁷ Per mood si intendono quei «background states that raise or lower our susceptibility to emotional stimuli». Così D. EVANS, *Emotion. A Very Short Introduction*, Oxford, 2001, p. 47. Per un resoconto dell'incidenza delle diverse euristiche sulla decisione del giudice si veda, da ultimo, R. RUMIATI, C. BONA, *Dalla testimonianza alla sentenza*, cit., spec. 133-171.

¹⁸ J.P. FORGAS, *Affective Influences on Self-disclosure: Mood Effects on the Intimacy and Reciprocity of Disclosing Personal Information*, in *Personality and Social Psychology Bulletin*, 3, 2011, 449-461.

¹⁹ A.L. ALTER, J.P. FORGAS, *On Being Happy but Fearing Failure: The Effects of Mood on Self-Handicapping Strategies*, in *Journal of Experimental Social Psychology*, 43, 2007, 947-954.

²⁰ R. RUMIATI, C. BONA, *Dalla testimonianza alla sentenza*, cit., 138-145.

del risarcimento del danno). A fronte delle medesime circostanze (nel caso dell'assegno di mantenimento: stesso reddito e stesso patrimonio del coniuge, stessa inabilità a lavorare della parte attrice, stesso ammontare della somma che il convenuto si dichiarava disponibile a versare), a un gruppo veniva prospettata una richiesta di parte più alta, ad un altro più bassa. Ebbene la somma che i decisori hanno inteso liquidare è risultata fermamente ancorata al valore richiesto: il gruppo al quale era stata prospettata la richiesta alta si era deciso per una quantificazione dell'assegno alta, il gruppo al quale era stata prospettata la richiesta più bassa per una quantificazione sensibilmente inferiore.

La tristezza inciderebbe dunque sulla propensione ad ancorare la decisione ad elementi estranei al percorso argomentativo tipizzato dal legislatore, anche del tutto accidentali (come il lancio dei dadi²¹). Fortemente suggestivi – anche, come si vedrà, per i precedenti teorici evocati – sono poi quegli esperimenti che hanno monitorato l'andamento delle decisioni rese dai giudici nel corso di una stessa giornata, mettendone in relazione l'esito con le pause ristoro.

Alcuni ricercatori della Columbia, in collaborazione con l'università di Tel Aviv, hanno infatti analizzato 1100 sentenze emesse in sequela dai giudici di due distinti tribunali israeliani, chiamati a esaminare le richieste di concessione della libertà provvisoria presentate dai detenuti. I risultati di tale esperimento, pubblicato nel 2011, hanno mostrato che la frequenza delle decisioni di accoglimento, favorevoli ai detenuti, fosse molto più alta a seguito della "pausa ristoro"²², per poi diminuire progressivamente via via che ci si allontanava da tale momento della giornata.

Pur non insistendo sul medesimo modello teorico – il fenomeno descritto è riconducibile alla "ego depletion"²³, e non propriamente all'incidenza delle emozioni sulla decisione – tali esperimenti nutrono, nei termini che verranno illustrati, il medesimo scetticismo nei confronti del modello di decisione giudiziaria consegnatoci dalla modernità giuridica. Tanto osservando la concreta incidenza delle emozioni nel processo decisionale, quanto le oscillazioni del giudizio determinate dalla maggiore o minore prossimità alla pausa ristoro, ci si trova di fronte, infatti, ad un tipo di decisione fortemente soggettiva, in cui le ragioni del diritto cedono di fronte all'incidenza di fattori estranei alla teoria normativa della decisione giudiziaria.

3. La giustizia digestiva tra determinismo e irrazionalità

Non è difficile a questo punto individuare l'illustre riferimento teorico degli ultimi esperimenti indicati: "la giustizia è ciò che il giudice mangia a colazione" è la proverbiale sentenza con la quale si identifica spesso, semplificandolo, il realismo giuridico americano²⁴.

²¹ *Ivi*, 139-140.

²² S. DANZIGER, J. LEVAV, L. AVINAM-PESSO, *Extraneous Factors in Judicial Decisions*, in *PNAS*, 108, 2011, 6889-6892.

²³ D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2018, 53 e ss. L'*ego depletion* è una teoria, invero messa in discussione da recenti esperimenti (M. VADILLO, *Ego depletion may disappear by 2020*, in *Social Psychology*, 2019, 282-291), secondo cui uno sforzo di volontà genera stanchezza, e dunque un calo di glucosio nel sangue.

²⁴ In questi termini, ad esempio, R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge (MA), 1986, trad. it., *L'impero del diritto*, Milano, 1989, 40 e 147. Sull'origine e la fortuna di questa espressione si veda V. MARZOCCO, *Nella mente del giudice. Il contributo di Jerome Frank al realismo giuridico americano*, Torino, 2018, spec. 27-59.

L'origine della metafora della "giurisprudenza digestiva" risale, tuttavia, almeno al La Mettrie autore di *L'homme machine*²⁵, il quale indicava in un giudice svizzero, tale Ms. Steiguer de Wittighofen, un esempio di come la macchina umana risentisse di *inputs*, a questi adeguando il proprio funzionamento, finanche nel momento della decisione giudiziaria. Il sig. Steiguer, altrimenti noto per la sua grande clemenza, era, a detta del filosofo di Saint-Malo, capace di impiccare un innocente a seguito di una cena particolarmente abbondante²⁶.

L'aneddoto raccontato da La Mettrie consente anzitutto di individuare il primo dei punti filosoficamente rilevanti nella lettura di tali esperimenti: la possibilità, cioè, che del comportamento umano sia possibile offrire una descrizione in termini esclusivamente causali, che ogni azione – anche la decisione del giudice – possa essere compresa e sussunta unicamente sotto le leggi scientifiche che la governano. Ad essere in questione, in altri termini, è primariamente l'antropologia filosofica – di tipo deterministico – cui più o meno consapevolmente alcuni di tali esperimenti rimandano. L'uomo sarebbe osservabile scientificamente e di esso non sarebbe possibile offrire altra descrizione che non sia quella prodotta da una scienza declinata in senso solo deterministico. Le premesse ontologiche di tale antropologia sono rappresentate, evidentemente, dal naturalismo, che si propone di sostituire l'indagine filosofica del mondo con la descrizione che di questo forniscono le scienze naturali²⁷.

Il naturalismo è del resto esplicitamente invocato da Brian Leiter, non a caso studioso di Nietzsche, proprio per dar conto del processo di *adjudication*²⁸. Ad avviso di Leiter la teoria del diritto avrebbe colpevolmente trascurato il *naturalistic turn* verificatosi negli ultimi decenni in filosofia, tramandando così una serie di metodi e teorie del tutto disancorate dalla "realtà" dei fatti²⁹.

Valorizzando l'eredità asseritamente naturalistica del realismo giuridico americano³⁰, che avrebbe, invece, correttamente individuato le premesse teoriche di una "*jurisprudence* naturalizzata"³¹, Leiter propone di sostituire la teoria normativa della decisione giudiziaria con la descrizione del processo decisionale fornita dalle scienze naturali. L'analogia con il programma di naturalizzazione dell'epistemologia quineano è evidente: come Quine intendeva sostituire la teoria normativa della conoscenza – *i.e.* l'epistemologia – con la descrizione psicologica del processo conoscitivo, *naturalizzando* l'epistemologia³², così Leiter intende sostituire la teoria dell'*adjudication* con i risultati delle scienze empiriche

²⁵ La figura del Giudice Steiguer è rievocata da G. TUZET, *A Short Note on Digestive Realism*, in *Revus*, 2015, 25, 2; P. MINDUS, *op. cit.*

²⁶ LA METTRIE, *Oeuvres philosophiques*, tomo III, Amsterdam, 1774, 13-14. I diversi piani su cui la riflessione di La Mettrie rileva per il diritto sono indagati da A. PUNZI, *L'ordine giuridico delle macchine. La Mettrie, Helvétius, D'Holbach: L'uomo macchina verso l'intelligenza collettiva*, Torino, 2003, spec. 47-54, dove si mostra la continuità tra il materialismo settecentesco e l'odierno "post-naturalismo"; e 55-84. Vale la pena ricordare, peraltro, che La Mettrie morì, curiosamente, proprio a seguito di una cena pantagruelica, per una cattiva digestione.

²⁷ Per una ricostruzione dei recenti sviluppi del naturalismo si veda M. DE CARO, D. MACARTHUR (a cura di), *Normativity and Naturalism*, New York, 2010.

²⁸ B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, 2007.

²⁹ *Ivi*, spec. 31-32.

³⁰ *Ivi*, 30 ss.

³¹ Su quest'aspetto G.B. RATTI, *Verso una teoria del diritto naturalizzata. Note a margine di Naturalizing Jurisprudence di Brian Leiter*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2012, 535-550.

³² «Epistemology, or something like it, simply falls into place as a chapter of psychology and hence of natural science. It studies a natural phenomenon, viz., a physical human subject. This human subject is accorded a certain

sul processo decisionale. Le ragioni filosofiche di questo programma non si esauriscono, peraltro, al solo naturalismo, giacché Leiter mutua dal realismo giuridico anche la matrice pragmatista³³, in base alla quale una teoria si misura sulla sua capacità di intervenire sulla realtà³⁴, sulla sua funzionalità rispetto agli scopi che si intendono perseguire.

Orientando il pragmatismo alla teoria del diritto, una teoria della decisione giudiziaria sarà dunque tanto più convincente quanto più in grado di prevedere le decisioni dei giudici³⁵.

È, questo, un punto decisivo, giacché il racconto descrittivista si inquina, rendendo subito palese il vero scopo – normativo – del realismo di Leiter: la spiegazione scientifica del processo decisionale è funzionale a un obiettivo ben preciso, che è quello di prevedere il comportamento dei giudici, nella convinzione che il valore della certezza del diritto si identifichi con il tasso di prevedibilità delle decisioni giudiziarie.

Tuttavia, è ancora dall'utilizzo – assai differente – che della metafora della “giustizia digestiva” è stato fatto che è possibile avanzare una ulteriore lettura di tali esperimenti.

Il contesto originario in cui l'immagine della giurisprudenza digestiva inaugura la sua fortuna risale, in effetti, alle pagine di Roscoe Pound sull'equità³⁶, dove il padre della giurisprudenza sociologica individuava nella giustizia del Cadì – che decideva a seconda dello stato della sua digestione³⁷ – il modello antitetico rispetto a quello ipostatizzato nella formula “giurisprudenza meccanica”³⁸. Entrambi i poli dialettici sarebbero, ad avviso di Pound, normativamente inadatti a fornire una teoria della decisione giudiziaria: il primo, la giustizia del Cadì, perché fondato su ragioni del tutto a-giuridiche (“pre-giuridiche” come definite dallo stesso Pound); il secondo, la giurisprudenza meccanica, perché non in grado di adeguarsi alle mutevoli circostanze del caso, in cui gli interessi in gioco necessitano di una flessibile compensazione³⁹.

experimentally controlled input-certain patterns of irradiation in assorted frequencies, for instance-and in the fullness of time the subject delivers as output a description of the three-dimensional external world and its history. The relation between the meager input and the torrential output is a relation that we are prompted to study for somewhat the same reasons that always prompted epistemology; namely, in order to see how evidence relates to theory, and in what ways one's theory of nature transcends any available evidence». W.V. QUINE, *Epistemology Naturalized*, in ID. (ed.), *Ontological relativity and other essays*, New York, 1969, 82-83.

³³ B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence*, cit., 46 e ss.

³⁴ «The pragmatic view of theory-construction is essentially the view expressed most famously by Marx in the “Theses on Feuerbach”: “Man must prove the truth, that is, the reality and power, the this-sidedness of his thinking in practice. The dispute over the reality or non-reality of thinking which is isolated from practice is a purely *scholastic* question” (Thesis II, emphasis added). Theorizing, in other words, should make a difference to practice (or experience)». *Ivi*, 48.

³⁵ B. LEITER, *Rethinking legal realism. Towards a naturalized jurisprudence*, in *Texas Law Review*, 2, 1997, 267-315, 286.

³⁶ R. POUND, *The Decadence of Equity*, in *California Law Review*, 1, 1905, 20-35.

³⁷ «The oriental cadì administering justice at the city gate by the light of nature tempered by the state of his digestion for the time being». *Ivi*, 21.

³⁸ *Ivi*, 20.

³⁹ Diversamente si pone l'equità, che Pound definisce «the idea of wider discretion, greater freedom of application, more elasticity in view of particular cases, or, to quote once more from Clark, of 'reasonable view of the circumstances'». *Ivi*, 22.

Pound, facendo ricorso alla figura esemplare del Cadi orientale, intendeva dunque prospettare una tesi normativa, squalificando come “pre-giuridiche” o “non giuridiche” le componenti irrazionali – la digestione – del processo decisionale⁴⁰.

È evidente, in questo caso, che l'utilizzo del *topos* della giurisprudenza digestiva è assai distante da quello prospettato da La Mettrie. Se, infatti, per il modello deterministico la digestione è metafora di un processo regolare, *macchinico* appunto, in cui gli alimenti determinano causalmente la decisione del giudice, per Pound il senso della metafora è esattamente opposto, rappresentando la digestione la componente non razionalizzabile, e dunque non intelligibile, del processo decisionale umano. Nel volgere di qualche decennio, peraltro, la giurisprudenza “digestiva” diventerà epiteto dispregiativo con cui le tesi radicali di Jerome Frank saranno additate⁴¹. Per Frank, com'è noto, la componente irrazionale della decisione del giudice non rappresenterà più un modello negativo, rispetto al quale la decisione secondo equità si porrebbe in superamento dialettico, bensì l'essenza stessa di ogni decisione, imprevedibile perché del tutto irrazionale.

I modelli di razionalità giuridica cui l'ambigua metafora rimanda sono dunque assai distanti, come distanti le possibili letture degli esperimenti prima descritti.

4. Oltre il naturalismo

Il primo livello interpretativo attiene, dunque, alla diversa concezione della razionalità che emerge da tali esperimenti: se Damasio avrebbe mostrato che le emozioni intervengono nella fisiologia del processo decisionale, gli esperimenti condotti sui giudici israeliani si prestano ad essere interpretati in una direzione alternativa. E, tuttavia, si sbaglierebbe a ritenere le due letture come espressione di confliggenti modelli di teoria della mente, giacché entrambe contribuiscono ad arricchire la comprensione dei processi decisionali e del ruolo che le emozioni rivestono all'interno degli stessi.

In effetti, non si tratta tanto di stabilire i contorni precisi del modello scientifico di decisione. Aver richiamato – sebbene sinteticamente – i precedenti teorici dell'immagine della “giurisprudenza digestiva” consente, infatti, di ripensare il rapporto tra teoria della mente e teoria del giudizio, rendendo rilevante il problema dei principi ai quali ciascun modello rimanda.

Questo perché, al di là della condivisione più o meno elevata di una certa teoria del ragionamento giuridico, e dell'antropologia filosofica che la sottende, a rilevare è soprattutto l'uso che la teoria del diritto intende normativamente farne ai fini dell'enucleazione di scopi e valori della funzione giudicante.

⁴⁰ È su questo aspetto che si appunteranno le critiche di Frank, il quale, al contrario, rilevava come le decisioni rese in base “alla natura temperata della digestione” fossero senz'altro giuridiche. Rievocando l'immagine della giustizia del Cadi, Frank si chiedeva, infatti, se sarebbe stato mai possibile superare quel modello di giustizia. J. FRANK, *Are Judges Human? Part One: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave Like Human Beings*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 17, 1931, 27. Su questo aspetto, e più in generale sulla teoria del giudizio di Jerome Frank, si veda V. MARZOCCO, *op. cit.*, spec. 54 ss.

⁴¹ A ciò contribuì senz'altro la critica che Dickinson, allievo di Pound, mosse a Frank all'indomani della pubblicazione di *Law and the Modern Mind*: se il giudizio non è altro che decisione irrazionale, come sembrava affermare Frank, l'obbedienza dei consociati non sarebbe altro che un atto di deferenza superstiziosa, alla stregua di quanto accade con il Cadi orientale. J. DICKINSON, *Legal rules: Their functions in the process of Decision*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 7, 1931, 844 ss.

Se scopo della teoria dell'*adjudication* è la predizione del comportamento dei giudici – giacché la certezza del diritto si atteggia esattamente a prevedibilità della risposta – sarà più efficace mobilitare un'immagine deterministica dell'uomo, oltre che un modello di razionalità *more geometrico*. Diventa a questo punto essenziale porre in discussione il valore della certezza del diritto così intesa⁴², in nome della quale tale idea di razionalità è chiamata in causa.

Diversamente, la valorizzazione delle emozioni nella fisiologia del processo decisionale rimanda a un differente apprezzamento della certezza del diritto, in cui è piuttosto la capacità adattiva della risposta giuridica alle circostanze concrete, che il buon uso delle emozioni renderebbe possibile, ad assurgere a valore⁴³.

Del resto, la riflessione filosofica più recente sulle emozioni ne valorizza – a partire dal riconoscimento della loro peculiare razionalità – l'attitudine informativa, la capacità, cioè, di veicolare più rapidamente un'informazione utile all'esercizio della deliberazione⁴⁴. Il contributo della teoria di Damasio alla filosofia della decisione si presta, dunque, ad essere letto come parte di quel processo di riabilitazione della razionalità pratica che diventa luogo elettivo di esercizio della ragione giuridica.

Il che non esclude la necessità di un *caveat*. Se il naturalismo impone di considerare tal quali gli asserti delle scienze naturali, informando i concetti normativi del loro contenuto, un approccio ermeneutico, per converso, consente di individuare un percorso argomentativo alternativo. Come la tradizione ermeneutica ci ha insegnato, infatti, una più accurata *spiegazione* da parte delle scienze naturali è utile ad una migliore *comprensione* delle istituzioni e più in generale dei concetti normativamente rilevanti, nella consapevolezza tuttavia della irriducibilità del piano normativo delle istituzioni a quello empirico delle scienze dure⁴⁵. Il dialogo inevitabile con le scienze cognitive produrrà, dunque, nuove "ragioni

⁴² Di recente Natalino Irti ha riproposto la tesi weberiana della derivazione della certezza del diritto, intesa come "calcolabilità", dalle esigenze dello sviluppo capitalistico. Da ultimo si veda N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, 21 ss. Come ricorda POUND (*The Decadence of Equity*, cit., 24), peraltro, tale tesi era già stata sostenuta da MONTESQUIEU, in *L'Esprit des lois*, 20, 18. *Contra*, di recente, P. GROSSI, *Storicità versus prevedibilità. Sui caratteri di un diritto pos-moderno*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2-3, 2018, 251-266.

⁴³ Discute questa posizione, con consapevolezza dei rischi di un approccio cognitivista, Patricia MINDUS, *op. cit.* Il movimento *Law and Emotions*, peraltro, non si limita ad analizzare il giudizio come luogo di rilevanza di tale interazione, proponendosi di analizzare il ruolo dell'intero spettro di emozioni sul diritto. Su ciò *amplius* T.A. MARONEY, *Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field*, in *Law and Human Behaviour*, 2006, 30, 119-142; K. ABRAMST, H. KERENTT, *Who's Afraid of Law and Emotions?*, in *Minnesota Law Review*, 94, 2010, 1999-2063.

⁴⁴ D. WALTON, *The Place of Emotion in Argument*, University Park Pa., 1992.

⁴⁵ "Spiegare di più per comprendere meglio" era una massima ricorrente nella ricca riflessione filosofica di Paul Ricoeur. Con particolare riferimento alle neuroscienze, il suo approccio ermeneutico-riflessivo si fa apprezzare nel lavoro a quattro mani scritto in dialogo con il neuroscienziato Changeux: P. RICOEUR, J.-P. CHANGEUX, *Ce qui nous fait penser. La nature et la règle*, Paris, 1998, trad. it. a cura di M. BASILE, *La natura e la regola*, Milano, 1999. In quella sede Ricoeur mostrò senz'altro profonda sensibilità e apertura nei confronti dei risultati delle neuroscienze, affermando tuttavia, con grande chiarezza, l'alterità delle scienze dello spirito: «Ciò che chiamo *etica* più che *morale*, con le sue leggi e i suoi divieti, è per me molto radicato nella vita, anche se non posso evitare il momento del passaggio alla norma. Perché questo passaggio obbligato? Ebbene, perché la vita nella sua evoluzione ci ha in qualche modo piantato in asso; voglio dire che l'organizzazione biologica mi conduce, forse, a certe disposizioni all'associazione, alla benevolenza, ma c'è la violenza, c'è la guerra, e allora bisogna scontrarsi con il divieto, quello dell'omicidio, dell'incesto, cosicché ci troviamo in un rapporto di continuità-discontinuità», *ivi*, 21.

epistemiche”⁴⁶, che non potranno sottrarsi ad una valutazione pratica alla luce di principi e valori del giudizio.

⁴⁶ Il sintagma “epistemic reason” è usato da Raz, che le definisce «reasons for believing in a proposition through being facts that are part of a case for (belief in) its truth». Tali ragioni integrano il cd. “normative-explanatory nexus”, giacché l’esercizio della razionalità pratica deve necessariamente fondarsi su credenze che abbiano un certo valore di verità: «since an unknowable fact cannot guide us, it cannot feature in the (normative-reason based) explanation of conduct and therefore it cannot be a reason». J. RAZ, *From Normativity to Responsibility*, Oxford, 2011, 110. Su questo punto della teoria raziana si veda U. HEUER, *The Reasons that Can’t be Followed: Comment on Joseph Raz’s From Normativity to Responsibility*, in *Jerusalem Review of Legal Studies*, 1, 2013, 185-198, spec. 187-188.