



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Facoltà di
Giurisprudenza

STUDIES ON ARGUMENTATION
& LEGAL PHILOSOPHY / 4

RAGIONI ED EMOZIONI
NELLA DECISIONE GIUDIZIALE

MAURIZIO MANZIN
FEDERICO PUPPO
SERENA TOMASI
(eds.)

2021



**UNIVERSITÀ
DI TRENTO**

**Facoltà di
Giurisprudenza**

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

50

2021

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* interno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

*Redazione a cura dell'Ufficio Pubblicazioni Scientifiche
dell'Università degli Studi di Trento*

© Copyright 2021
*by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento*

ISBN 978-88-8443-939-0
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Marzo 2021

STUDIES ON ARGUMENTATION
& LEGAL PHILOSOPHY / 4

RAGIONI ED EMOZIONI
NELLA DECISIONE GIUDIZIALE

MAURIZIO MANZIN
FEDERICO PUPPO
SERENA TOMASI
(eds.)

INDICE

	Pag.
Maurizio Manzin Gran cosa non avere una mente? <i>Il giudizio fra ragione e sentimenti</i>	1
Federico Puppo <i>Oltre la diarchia. Alcune riflessioni sul rapporto fra ragione ed emozioni. E sullo statuto di queste</i>	7
Gaetano Carlizzi <i>I principi del libero convincimento e del ragionevole dubbio nel processo penale</i>	19
Fabio Ciaramelli <i>Implacabilità della legge ed esigenza del diritto. A partire dall'Antigone di Sofocle</i>	35
Vito De Nardis <i>La prova: la ragionevolezza nei sentimenti. Semantica e diritto</i>	53
Sara Dellantonio, Luigi Pastore <i>Cognizione, affetti, giudizi: un resoconto problematico</i>	83
Francesca Delvecchio <i>Probatio vs praesumptio: il ritorno del giudice ventriloquo?</i>	103
Flora Di Donato <i>Il giudice emotivo. Note per una lettura interdisciplinare</i>	125
Andrea Favaro <i>Ruolo del giudizio nella 'in-venzione' del diritto</i>	139
Ida Ferrero <i>Formazione della prova ed emozioni del giudice in «The Children act»</i>	163
Mattia Garavaglia <i>Appunti e spunti su onere della prova e «comune sentire»</i>	181

INDICE

	Pag.
Carlo Vittorio Giabardo <i>Il giudice e l'algoritmo (in difesa dell'umanità del giudicare)</i>	211
Gaetano Insolera <i>Legge ragione ed emozione nella giustizia penale</i>	235
Claudio Luzzati <i>"Ontologie". Teoria del diritto e retorica. Un'analisi strutturale sottile.....</i>	251
Umberto Manzo <i>Le decisioni giuridiche: dalla ragione all'emozione</i>	261
Riccardo Perona <i>Trascendere il conflitto. Spunti sul superamento dell'Antigone negli argomenti dell'Edipo a Colono.....</i>	289
Dorella Quarto <i>Tempi del processo e retorica colpevolista della giustizia mediatica</i>	321
Mario Riberi <i>«Chi opera il male è fatto della stessa carne di chi opera il bene». Il coinvolgimento emotivo del giudice nella narrativa di Franco Vegliani</i>	347
Alessandro Serpe <i>Façade legitimation? Argomentazione e decision making nell'on law and justice</i>	369
Serena Tomasi <i>Valori e limiti dello storytelling forense: il racconto tra persuasione e realtà.....</i>	387
Lorenzo Zoppellari <i>Tv Justiça, le alterazioni della retorica giudiziale. Il caso del supremo tribunale federale brasiliano.....</i>	407
<i>Notizie sugli Autori</i>	435

IL GIUDICE E L'ALGORITMO (IN DIFESA DELL'UMANITÀ DEL GIUDICARE)

Carlo Vittorio Giabardo

SOMMARIO: 1. *Diritto immune e governo della calcolabilità*. 2. *Legal tech and co. e giustizia predittiva (il sogno proibito del positivista)*. 3. *L'eterno enigma del diritto*. 4. *Gli usi processuali delle emozioni*. 5. *Conclusioni*. «*Un algoritmo non si può convincere*» (ovvero dell'umanità del giudicare).

Abstract

This essay is a defense of the “human nature” of the practice of judging in the legal domain. By criticising contemporary tendencies towards ‘legal calculability’ and the deep-felt desire to get rid of human emotions in legal thought, it underlines the problems and risks that a purely algorithmic justice will inevitably entail. More specifically, it argues that the “legal positivists’ dream” of the judge as *bouche de la loi*, represented by the ‘robot-judge’, is, in fact, at odds with the exigence of doing justice in adjudication. By drawing upon the work of Antoine Garapon, a French legal scholar, this article argues that what a purely algorithmic approach to justice provides is, rather, the crystallisation of law and judicial conformism. At the end, it is suggested that doing justice is an extremely complex task that cannot be achieved without a full involvement of the judge, considered as a person in its entirety. In adjudication, human emotions are in play, and this is a positive, rather than negative, thing. What is at stake, rather, is how to channel judge’s “humanity” in the right direction.

1. Diritto immune e governo della calcolabilità

La storia del diritto può essere letta come il perenne (e mai compiuto davvero fino in fondo) tentativo di rendere irrilevanti le emozioni, di cautelarsi contro di esse, di renderle inoperanti, innocue, inoffensive; un tentativo di *disinfettare*, di *immunizzare* lo scorrere dei traffici giuridici e le prassi dalla imprevedibile (e irragionevole) mutevolezza del sentire emotivo e quindi della volontà che ne è, spesso, espressione. *Dominare l'imprevedibile*: questa la immane pretesa del diritto¹. D'altronde, proprio in questo risiede il nucleo politico più proprio del diritto inteso come sistema normativo nel senso più forte; far sì che i soggetti tengano certi comportamenti (o si astengano dal tenerli) a prescindere dal loro sentire, proprio quando essi desidererebbero non tenerli, o tenerne altri, e cioè tralasciando la loro volontà – sia questa volontà condizionata da calcolo personale, sia da emozioni (è qui, in fin dei conti, che si saggia la forza del diritto; poiché se i soggetti già desiderassero di per sé tenere quel certo comportamento – adempiere a un contratto, risarcire un danno causato – allora il diritto in queste ipotesi non verrebbe a rilevanza).

Il diritto nella sua generalità vuole che tutti i soggetti giuridici agiscano prescindendo dai propri stati emotivi, ma bensì essendo governati da norme che si vogliono pura espressione di ragione. Notiamo infatti che il comportamento giuridico (l'“agire giuridico” diremo) non deve mai essere dettato da un sentimento – se non quando questa facoltà è espressamente conferita dal diritto stesso. In primo luogo deve essere razionale il legislatore: nessuna disposizione deve essere concepita o redatta sotto l'ondata di una emozione, sotto l'impulso di paura, o di rabbia, o anche di ingiustificato ottimismo. Similmente devono essere razionali i destinatari di quelle norme, nel loro adeguarsi a esse. L'emotività non deve guidare – né vale a scusare giuridicamente – i comportamenti di una parte contrattuale, del proprietario di un bene, di un lavoratore subordinato, di un esercente una attività. Emblematicamente, poi, non può essere in nessun caso *emotivo* colui che è chiamato ad applicare quelle direttive di ragione che sono le norme giuridiche, ossia il

¹ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, pp. 44 ss.

giudice. Il suo operato si vuole quanto più possibile meccanico, puramente sillogistico, depurato (immunizzato appunto) e non viziato da disposizioni, stati, intenzioni, e da tutto ciò che si potrebbe definire un personale “senso di giustizia”. Il suo ragionamento deve essere dimostrabile, logico, e quindi esatto, controllabile oggettivamente, fondato e giustificato esclusivamente sulla ragione, che procede da premesse a conclusioni².

Diritto funzionale al vivere civile e ai traffici economico-sociali, razionale quindi, calcolabile, geometrico, matematico, scientifico, prevedibile, oggettivo, certo, a cui Natalino Irti ha dedicato, negli ultimi anni, importanti studi³.

La calcolabilità (del diritto, delle decisioni) sembra essere divenuta la nuova parola chiave per capire il presente giuridico; è onnipresente, pervasiva⁴. L'uso così enfatico di questo vocabolo, come mai prima

² Cfr. le penetranti notazioni in senso critico di B. CELANO, *Ragionamento giuridico, particolarismo. In difesa di un approccio psicologistico*, in *Riv. Fil. Dir.*, 2017, pp. 315 ss. che parla a questo proposito di “anti-psicologismo” nella teoria del diritto: «[l]’assunto che una teoria del ragionamento giuridico debba avere ad oggetto il ragionamento in senso logico è figlio della polemica contro lo psicologismo degli inizi del XX secolo. È, indirettamente, espressione dell’antipsicologismo novecentesco che (soprattutto per il tramite di Hans Kelsen) ha segnato in profondità la teoria del diritto contemporanea» (p. 317), e più oltre (p. 325) dove ancora l’Autore enfatizza l’insegnamento kelseniano in questa ricostruzione del diritto come «un che di impersonale, anonimo, de-psicologizzato», e che in questo «risiede la sua specifica autorità». Kelsen, difatti, ha offerto nella sua “Teoria pura del diritto” una immagine «antica e molto influente» del diritto, secondo la quale quest’ultimo «gode di una relativa indipendenza, o autonomia (sia concettuale, sia normativa), rispetto alle preferenze, alle intenzioni, alla volontà, alle decisioni, alle credenze (...) di coloro che vi sono soggetti; e in ciò risiede il suo carattere di oggettività».

³ N. IRTI, *Nomos e lex (Stato di diritto come Stato della legge)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, p. 590; ID., *Un diritto incalcolabile*, *ivi*, 2015, I, p. 1; ID., *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. Soc.*, 2015, p. 801; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, p. 687; ID., *Un contratto «incalcolabile»*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2015, 1, p. 17. V. poi la raccolta di questi studi in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

⁴ Oltre agli studi sulla (in)calcolabilità del diritto citati alla nota precedente, *adde* A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017 (e, in particolare, *ex multis*, M. NUZZO, *Il problema della prevedibilità delle decisioni: calcolo giuridico secondo i precedenti*, *ivi*, p. 137), volume nel quale la studiosa ha raccolto alcune delle

nella storia del diritto era accaduto, porta a prefigurare anche nell'universo giuridico una *dittatura del calcolo*, per usare la felice espressione che dà il titolo al bel libro del matematico Paolo Zellini⁵.

Facendo ciò, il diritto ha quindi espunto dal proprio ambito la soggettività dei soggetti, il nostro essere uomini in carne e ossa; ha dettato regole oggettive (cioè immuni da elementi psicologici) come se gli esseri umani non fossero, prima di tutto, esseri emotivi, o forse proprio per questa ragione; proprio per la consapevolezza, cioè, che l'uomo è un essere emotivo e che in quanto tale deve ricevere la guida del proprio agire al di fuori di sé medesimo.

Ma – parafrasando Pascal – si può ben dire che la “realtà vivente” della giustizia ha le sue ragioni, che la ragione non conosce...⁶

Certo, la razionalità giuridica, intesa come certezza del diritto e prevedibilità, rimane uno dei pilastri fondanti della giuridicità moderna: ma se essa fosse un valore assoluto, le conseguenze sarebbero paradossali (valga un esempio su tutti: se la certezza delle norme fosse davvero un valore assoluto, allora l'evoluzione del diritto sarebbe logicamente impossibile, impensabile, laddove per evoluzione non si intende null'altro che l'applicazione di una diversa regola di condotta a un medesimo fatto della vita successivo).

E così, similmente, concepire *normativamente* il processo di decisione giudiziale come puramente sillogistico (cioè affermando che sarebbe bene che si avvicinasse quanto più possibile a questo ideale regolativo) è importante per sottolineare il bisogno della prevedibilità delle conseguenze delle nostre azioni e, insieme, l'uguaglianza di ciascuno di fronte alla legge: due idee, queste, altamente morali⁷. Ma l'esigenza di

riflessioni svolte durante i “Seminari Leibniz per la teoria e la logica del diritto” svoltisi presso l'Accademia Nazionale dei Lincei (Roma, ottobre 2019).

⁵ P. ZELLINI, *La dittatura del calcolo*, Milano, 2018, *passim*.

⁶ Il riferimento è, ovviamente, al celebre Pensiero «Il cuore ha le sue ragioni che la ragione non conosce» (B. PASCAL, *Pensieri* (1670), in B. PASCAL, *Pensieri, opuscoli lettere*, a cura di A. Bausola, R. Tapella, Milano, 1997, p. 585).

⁷ P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto* (a cura di S. Calamandrei, con saggi di G. ALPA, P. RESCIGNO, G. ZAGREBELSKY), Roma-Bari, 2008, pp. 84-85 (testo originale del 1940) che sottolinea come «[s]enza la legge astratta non può esservi in concreto tra i consociati quella certezza del diritto che permette di sapere in anticipo quali sono i limiti del lecito» e che, parimenti, «la legge astratta è forse lo strumento logico attraver-

certezza non deve essere sopravvalutata, non deve essere trasformata in un *totem*, in un feticcio, o in un altare sul quale sacrificare la complessità del fare giustizia.

Infatti noi sentiamo in qualche modo vago, spesso non detto, sottaciuto, che l'agire giuridico è intriso di umanità, e che la giustizia è una esperienza profondamente umana, e che anzi è giusto e bene che sia così. Qualsiasi cosa si intenda con queste espressioni, nella pluralità dei significati che ognuno di noi attribuisce a queste parole così vaghe (quale "umanità", "umana", "giustizia"), vediamo comunque essere radicata l'idea per la quale la razionalità meccanica non deve mai essere *dis-umana*, il dominio delle regole oggettive non deve significare insensibilità per le concrete conseguenze.

Ciò non sembra valere allo stesso modo per ogni ambito dell'esperienza. Possiamo discutere sul significato e l'opportunità di un giudice emotivo e del ruolo (positivo o negativo) che i processi emotivi giocano nel ragionamento giudiziale. Ma già il fatto che si avverte il senso e l'esigenza di questo dibattito è rivelatore di qualcosa di molto significativo; ciò *ci dice qualcosa*. Avrebbe infatti senso chiederci se vogliamo un ingegnere emotivo? Credo di no. E, per esempio, un farmacologo emotivo? Nemmeno. Già, forse, più centrato sembrerebbe chiederci se è bene, oppure no, che un medico sia emotivo – salvo, poi, molto probabilmente convenire con una risposta tendenzialmente negativa. Perché questa differenza? Perché sentiamo nel profondo della nostra coscienza che l'ingegnere o il farmacologo non hanno a che fare, nel loro mestiere, con esseri umani, né governano o maneggiano, nella loro attività, esistenze e dolori, ma si occupano di costruzioni e osservazioni

so il quale meglio si manifesta in forma visibile il senso della *cristiana solidarietà* e della *uguaglianza spirituale che affratella gli uomini*: poiché nella legge non solo si esprime una esigenza di ugual trattamento garantita o minacciata a tutti coloro che si porranno in una certa condizione di fatto, ma il diritto e il dovere è sempre affermato in forma reciproca, in modo che ciascuno sa che nel momento stesso in cui si afferma il diritto suo proprio, nello stesso momento egli riconosce, basato sulla legge stessa, il diritto del suo simile e il suo proprio dovere dinanzi a lui» (enfasi nostra); e più avanti (pp. 104-105), dove si ribadisce che la «formulazione astratta delle leggi significa appunto che il diritto non è fatto per me o per te, ma per tutti gli uomini che vengano domani a trovarsi nella stessa condizione in cui io mi trovo. Questa è la grande virtù civilizzatrice e educatrice del diritto...».

della realtà, e quindi delle leggi del calcolo e della natura, che prescindono dall'uomo. Il medico, invece, interagisce primariamente con esseri umani che si trovano nel momento della loro massima sofferenza e che in quanto tali sono inoggettivabili – anche se, alla fine, ci arrendiamo al fatto che la soluzione alla malattia prescinde, in larga parte, dai vari atteggiamenti umani impiegati. Vorremmo quindi un ingegnere calcolatore, un farmacologo impassibile, un medico, forse, imperturbabile. Ma nulla di tutto ciò lo ritroviamo nel campo del diritto, che vede coinvolta la persona in quanto soggetto, nel momento del conflitto, con il proprio perenne anelito trascendentale verso la giustizia – la *trascendenza* della giustizia, ossia la perenne possibilità per l'uomo di contestare la giustizia attuale nel nome della giustizia stessa⁸. Vorremmo, quindi, un giudice incapace di provare la minima emozione? Un giudice a-patico, nel senso deteriore del termine, svuotato della umana capacità di leggere, interpretare e tradurre la gamma delle emozioni, e però, magari, dotato di abilità eccezionali, sopra la media, nel ricordare articoli di codice, eccezioni all'operare di regole e le pronunce per intero della Cassazione su un dato argomento?

2. *Legal tech and co., e giustizia predittiva (il sogno proibito del positivista)*

Antoine Garapon – magistrato francese nonché uno dei più lucidi studiosi della teoria del processo – in un recente saggio dedicato alle sfide della giustizia digitale ha messo in luce come sarebbe proprio stato questo diffuso *sentire* la giustizia come una impresa umana, “artigianale” quasi, ad aver reso più difficoltoso l'ingresso delle tecnologie e

⁸ Questa trascendenza della giustizia è resa con viva materialità ancora dalle parole di P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 64: «Giustizia? (...) Due litiganti vanno dinanzi al giudice e tutt'e due, per soverchiare l'avversario, invocano la giustizia; la parola è la stessa, ma per ciascuno di essi vuol dire l'opposto, vuol dire la propria vittoria e la rovina del suo contraddittore. Due popoli si scannano per la conquista di un regno: tutt'e due hanno scritto la parola diritto sulla propria bandiera; ma il diritto qual è, quello del vincitore o quello del vinto, quello di chi vuol mantenere le proprie leggi, o quello di chi vuole instaurare un ordine nuovo in luogo delle leggi abbattute?».

dell'intelligenza artificiale nel mondo del diritto rispetto ad altri ambiti della vita sociale (salute, benessere, educazione, ambiente, politica)⁹. Vi sarebbe stata, insomma, una certa resistenza culturale, qualcosa più di un generico sospetto, verso procedure automatizzate che mirino a sostituire l'attività del giurista, a diversi livelli, con il funzionamento impersonale di *software* e algoritmi, proprio in virtù di quella in-oggettività e irriducibilità dell'esperienza umana e dei casi della vita in formule preconfezionate. Oggettività e riducibilità che – va osservato – non sono altro che il “sogno proibito” del positivista radicale, il portare alle estreme conseguenze il mito di una entità che possa davvero definirsi *bouche de la loi*, cioè un qualcuno o un qualcosa (giudice o *software*) capace di rendere una decisione-*output* a seguito dell'inserimento di un fatto della vita-*input*. Tutto ciò eternamente ci affascina – nota ancora Antoine Garapon – perché realizza «les rêves les plus vieux du droit» ossia un «droit tellement positif qu'il se confond avec la machine et avec la technique», un diritto «entièrement positif (...) qui coïnciderait totalement avec la science»¹⁰.

Nonostante il ritardo, concetti come *legal tech*, *smart*, *digital*, *cyber justice*, sono ora espressioni consolidate. Il filo conduttore di questo vasto universo tecno-giuridico è costituito dalla c.d. “giustizia predittiva”, ossia l'esigenza che le conseguenze del nostro agire giuridico siano quanto più possibile prevedibili, pre-dicibili, e che il margine di alea sia ridotto al minimo, fino a potenzialmente scomparire – una esigenza, di nuovo, che ha radici antiche e che risale, quantomeno in questa versione, all'ideologia *mitica* del codice (e del codice civile in particolare) secondo la quale un libro rilegato e ordinato secondo articoli in ordine numerico avrebbe dovuto contenere la regolamentazione intera ed esaustiva, totale, completa dell'esperienza giuridica tra privati¹¹.

Più nello specifico, lo scopo della giustizia predittiva è quello di rendere le conseguenze delle azioni umane (per quanto qui ci riguarda, in caso di conflitto) *trasparenti* in anticipo attraverso l'uso dei *big data*,

⁹ A. GARAPON, *Les enjeux de la justice prédictive*, in *La semaine juridique (éd. gén.)*, 9 gennaio 2017, n. 1-2.

¹⁰ A. GARAPON, *op. cit.*, p. 52.

¹¹ Cfr. gli studi di N. IRTI sulla fine dell'età (e quindi dell'ideologia) della codificazione; cfr. ID., *L'età della decodificazione*, Milano, 1979 (I ed.), *passim*.

immense raccolte di informazioni non elaborabili da una mente umana per quantità e qualità del dettaglio, la cui analisi e combinazione permette di scoprire strutture e *patterns* di regolarità laddove prima si scorgeva solo caos, disordine e casualità. La potenza dell’algoritmo è infatti in grado di digerire e metabolizzare i dettagli e gli elementi fattuali, contestuali, e giuridici di milioni di casi già decisi in precedenza, prevedendo l’*outcome* della controversia con un altissimo grado di accuratezza. La creazione di modelli predittivi complessi su questa base rende così accessibile e conoscibile qualcosa che prima non lo era con mezzi umani, un nuovo livello di realtà. Dati, dati, e ancora dati¹². Attraverso le loro combinazioni è possibile una conoscenza *sovrumana* condotta scientificamente; da cui l’accusa, spesso mossa, di “anti-umanesimo” del mondo *legal tech*¹³.

L’uso di questi strumenti è stato confinato il più delle volte fuori dal processo vero e proprio, in chiave preventiva dello stesso, cioè per prevederne l’esito. Una sorta di *do-it-yourself justice*¹⁴, una “giustizia fai da te” messa in atto consultando il responso di *software* decisionali che anticipano i probabili (o probabilissimi) orientamenti giurisprudenziali sulla base delle precedenti statuizioni. Gli esempi sono ben noti. Si riporta che alcuni ricercatori dell’University College di Londra e dell’University of Sheffield nel 2016 hanno creato un algoritmo in grado di prevedere in anticipo l’esito di alcune controversie riguardanti i diritti umani in decisione alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (in particolare, sulla base degli artt. 3, 6, e 8 della relativa Convenzione) a partire dalla struttura morfologica, e quindi dall’analisi semantica, delle precedenti sentenze in casi simili; ebbene, l’algoritmo ha previsto le conclusioni dei giudici nel 79 per cento dei casi¹⁵. E inoltre apprendiamo di un *software*, *Case Cruncher Alfa* (il nome dice molto: in italiano suonerebbe qualcosa come “il masticatore di casi”), elaborato da alcuni stu-

¹² Criticamente, di «nuova religione dei dati: il datismo» e della riduzione dell’esperienza umana «a un *pattern* di dati» parla L. BREGGIA, *Prevedibilità, predittività e umanità nella soluzione dei conflitti*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2019, p. 395.

¹³ A. GARAPON, *op. cit.*, p. 49.

¹⁴ A. GARAPON, *op. cit.*, p. 51.

¹⁵ Lo riporta E. GABELLINI, *La «comodità del giudicare»: la decisione robotica*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2019, p. 1309.

denti di giurisprudenza dell'Università di Cambridge, il quale è risultato vincitore, gareggiando contro un *pool* di avvocati specializzati provenienti dai migliori studi legali inglesi, nel predire le soluzioni di 750 casi riguardanti controversie in materia di assicurazioni decise dal *Financial Ombudsman*: mentre la percentuale “indovinata” dal *software* è dell'88,6 per cento, quella della squadra composta da uomini si assesta al 62,3 per cento¹⁶. In Francia, poi, è operativa la piattaforma *Predictice*, già testata presso due corti di appello e ora ampiamente utilizzata da colossi assicurativi per testare la probabilità di successo caso per caso nell'eventualità di contenzioso e di valutare conseguentemente la strategia processuale più adatta. E gli esempi potrebbero moltiplicarsi¹⁷.

Nulla esclude, però, che l'uso di questi strumenti possa avvenire anche dentro al giudizio, e cioè o in funzione decisionale vera e propria o quantomeno per orientare, con varia forza, la decisione umana. In questo modo – a parere di chi scrive, distopico – il giudice, ove presente, sarà sempre più spinto a conformarsi passivamente alla decisione che gli viene proposta dall'algoritmo e, se vuole discostarsene, sarà sottoposto a più intensi doveri di motivazione (cfr. *infra*)¹⁸.

È senza dubbio vero che, ora, paventare lo scenario del giudice robot è nella migliore delle ipotesi prematuro, se non proprio un esercizio di fantascienza giuridica. Ciò non toglie che, filosoficamente, valga la pena vagliare l'ideologia sottostante la giustizia algoritmica, e cioè quella di ridurre, assottigliare la discrezionalità del giudice in tutte le sue ramificazioni, fino all'ideale regolatore della sua eliminazione completa – e non mi pare certo un caso che questa esigenza sia così potente e insistente proprio in questa epoca, la nostra, che ha visto il ruolo del giudice assumere un'importanza cruciale nella *governance*

¹⁶ E. GABELLINI, *op. cit.*, p. 1310.

¹⁷ Tant'è che la *European Commission for the Efficiency of Justice* (CEPEJ) del Consiglio d'Europa ha predisposto una carta etica per l'uso dei sistemi di intelligenza artificiale nell'amministrazione della giustizia (*EU Ethical Charter on the Use of AI in Judicial Systems*, 4 dicembre 2018).

¹⁸ Già Francesco Carnelutti, sul finire degli anni Quaranta, si preoccupava di questo, rilevando come l'uso (acritico) da parte dei giudici delle massime giurisprudenziali li dispensasse dalla «fatica del pensare». Cfr. F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1949, pp. 41 ss. Cfr. anche ID., *Massime non consolidate*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1951, pp. 360 ss.

delle nostre società ai più vari livelli (la “vocazione” del nostro tempo per la giurisdizione)¹⁹.

3. *L'eterno enigma del diritto*

La realtà è che *fare giustizia* è molto più difficile che *applicare la legge*.

Il diritto vive in bilico tra la certezza (che presuppone l'immutabilità) e l'adattamento ed evoluzione (che comporta, per definizione, incertezza). È questo uno dei molteplici paradossi del diritto, uno degli enigmi che ne caratterizza il funzionamento. Questo eterno problema può anche essere declinato come dilemma tra l'esigenza di certezza e quella di giustizia. Infatti, le regole che compongono il diritto richiedono adattamento al caso concreto, o richiedono una loro evoluzione e cambiamento, quando la loro interpretazione o applicazione appare (è) ingiusta. Tutto *si regge, si appoggia* sul giudizio.

Diamo uno sguardo a quella cultura giuridica che ha fatto delle connessioni dinamiche tra certezza, evoluzione e giustizia il centro della propria preoccupazione, ossia il *common law*. Il grande giudice Lord Reid scrisse:

People want two inconsistent things; that the law shall be certain, and that it shall be just and shall move with the times. It is our business to keep both objectives in view²⁰.

Il diritto esige quindi una contraddizione. Là è stato proprio il sistema di *case law* (che si vuole imitare con l'uso dell'intelligenza artificiale nel processo) che aveva paradossalmente garantito il bilanciamento tra le due esigenze in massimo grado. È pur vero, infatti, che il sistema dello *stare decisis* negli ordinamenti di *common law* è più una afferma-

¹⁹ Cfr. N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2004, p. 50 ss.

²⁰ LORD J. REID, *The Judge as a Lawmaker*, in *Journal Society Public Teachers of Law*, 1972, p. 22.

zione declamatoria che una regola operativa vera e propria²¹. Da un lato i giudici inglesi, liberi dalle strettoie della “calcolabilità prevedibile e prevedibilità calcolabile” di un codice, sono stati storicamente liberi di creare il diritto partendo proprio dalle esigenze sociali sottostanti di chi chiedeva loro giustizia e quindi calibrando le decisioni sempre su casi concreti; dall'altro i giudici successivi hanno sempre utilizzato con grande abilità le raffinate tecniche di *distinguishing* e di *overruling*, sviluppate nei secoli, per discostarsi dalle decisioni precedenti ove ciò apparisse “giusto”.

Nel mondo degli algoritmi, invece, un diritto troppo calcolabile è un diritto cristallizzato e cementificato. Un diritto troppo calcolabile è un diritto nel quale il giudice è incoraggiato a conformarsi, omologandosi, al flusso di decisioni passate, producendo automaticamente risultati sempre identici a sé stessi (c.d. effetto “performativo”). Nei casi in cui il giudice si conformi – e l'argomentazione non deve sorprendere – egli sarebbe premiato con la possibilità di motivare succintamente, o non motivare affatto, bastando il richiamo a quanto “deciso” dall'algoritmo (dico che questo ragionamento non deve sorprendere per il semplice fatto che è questa la direzione che, almeno con riferimento all'ordinamento italiano, le più recenti riforme del processo civile hanno percorso, verso un progressivo e costante *alleggerimento* del dovere di motivazione)²².

Gli effetti del conformismo giudiziale non vanno affatto sottovalutati; questo – come rileva molto opportunamente e molto criticamente Antoine Garapon – «renforce la culture, l'idéologie dans le sens de Ricoeur, au détriment de l'utopie»²³. Portare a compimento totale il miraggio positivista del giudice-robot significa rinforzare le soluzioni do-

²¹ Con chiarezza, S. CHIARLONI, *Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giudiziale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2001, pp. 614 ss.

²² Sulla tendenza a sminuire e svalutare la motivazione nel processo civile, cfr. M. TARUFFO, *Addio alla motivazione?*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2014, pp. 375 ss.; B. CAVALLONE, *La motivazione «laica, funzionalista, 'disincantata'»*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2015, pp. 121 ss.; C. RASIA, *La motivazione elastica nel recente caleidoscopio normativo e giurisprudenziale*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2018, pp. 668 ss.; più in generale, ID., *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, 2016.

²³ A. GARAPON, *op. cit.*, p. 52 (che cita, in nota 11, P. RICOEUR, *L'idéologie et l'utopie*).

minanti, lo stato dell'arte, il "come stanno le cose" (l'"ideologia") a scapito, *ricoeurianamente*, del pensiero utopico.

Non era così che dovevano andare le cose, verrebbe da dire... Il giudice, storicamente, ha sempre svolto – negli interstizi interpretativi più o meno ampi lasciati dal legislatore, nelle fessure che le parole lasciano aperte e nella misura del consentito – una attività interpretativa volta a garantire una decisione giusta, ma giusta nel senso di *giusta nel caso concreto*, cioè in questa ipotesi qui, irripetibile nella sua singolarità, *hic et nunc*, davanti a queste, e non altre, persone. Come già rilevava Carnelutti, la giustizia – se è veramente tale – è sempre giustizia del caso singolo²⁴.

Prendere sul serio il giudizio significa destreggiarsi tra la complessa dialettica tra regole e principi²⁵, tenere conto delle esigenze e degli interessi in evoluzione e financo – di fronte a casi nuovi – il dovere di *inventare* (nel senso latino di *invenire*, cioè "trovare" a partire dal materiale dato) una soluzione, e giustificarla²⁶. Tutte esigenze che si pongono in contrasto con gli obiettivi della giustizia algoritmica²⁷. I giuristi sanno bene che gran parte dell'evoluzione del diritto avviene nel – e tramite il – giudizio, cioè attraverso l'attività interpretativa, o interpretativo-creativa, del giudice; e ciò sconfessa la presunta "immunità" del diritto da quel senso di giustizia che guida l'interprete, il quale, avendo di fronte a sé questo specifico caso di specie, è chiamato a decidere. E – si badi bene – questa non è solo una innegabile affermazione descrittiva

²⁴ Così, incisivamente, F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 138.

²⁵ Per tutti, P. GROSSI, *Sull'odierna incertezza del diritto*, in *Giust. Civ.*, 2014, p. 18.

²⁶ M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, ora nella raccolta di saggi del medesimo A., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, pp. 195 ss. Cfr. anche le riflessioni di S. CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza e attività creativa di nuovo diritto*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2002, pp. 1 ss.

²⁷ E. GABELLINI, *op. cit.*, p. 1318, in nota 74 che rileva come «un simile sistema non è in grado di garantire l'effettivo sviluppo del diritto e il superamento di storici orientamenti oramai cristallizzati. Si pensi, per esempio, agli importanti approdi giurisprudenziali che hanno consentito di ridefinire il problema della risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi oppure, ancora prima, il concetto di danno ingiusto risarcibile (il c.d. caso Meroni). Tali evoluzioni sono, evidentemente, incompatibili con la giustizia robotica».

di uno stato di cose, ma una affermazione normativa, nel senso che è giusto e bene che sia così.

Mi sia consentito riportare a questo proposito un bel passo di Luciana Breggia (giudice oltre che studiosa di diritto) in un recente articolo dedicato alla prevedibilità delle decisioni e all'umanità nel diritto:

Il giudizio umano è l'unico che può valutare quel singolo fatto per dargli valore *anche al di là della fattispecie espressa* e, attraverso i criteri ermeneutici, può dare rilevanza ad *interessi materiali non espressamente o non completamente formalizzati nella fattispecie*, ma degni di tutela alla luce del complessivo sistema delle fonti e dei principi costituzionali, eurounitari e internazionali²⁸ (*enfasi nostra*).

Torniamo al punto di partenza, e cioè che fare giustizia è cosa ben più complessa che applicare il diritto. Fare giustizia, tra le molte altre cose, significa – come recita il passo – valutare singoli fatti *per attribuire loro valore anche al di là della fattispecie espressa*, e *dare rilevanza a interessi materiali non espressamente o completamente esplicitati nella singola disposizione normativa*. Sono affermazioni importanti, che devono essere meditate. Certo, tutto ciò non significa muoversi al di fuori della legalità. Il giudice, così facendo, opera pur sempre dentro la legalità; anzi, la attua appieno e nella maniera più genuina possibile. Una legalità che va oltre il *legalismo formalista*. Potremmo dire con John Gardner – richiamando l'affermazione in apertura a questo capitolo (cioè che fare giustizia è ben più complesso che applicare la legge) – che *doing justice according to the law* e *applying the law* non sono affatto la stessa cosa²⁹. Senza avallare un tanto inammissibile quanto pericolo soggettivismo del giudice, ognuno vede con chiarezza la porosità dei concetti, riportati nel passo citato, quali “complessivo sistema delle fonti”, “principi costituzionali”, etc. e come questi abbiano il grande pregio di saper recepire, entro i confini della legalità, quell'in-determinabile senso di giustizia che alla fine di ogni discorso non può che ricadere sul singolo giudicante.

²⁸ L. BREGGIA, *Prevedibilità, predittività e umanità*, cit.

²⁹ J. GARDNER, *The Virtue of Justice and the Character of Law*, nella sua raccolta di saggi *Law as a Leap of Faith*, Oxford, 2017, p. 238 (che riprende e valorizza alcuni argomenti già di D. LYONS, *On Formal Justice*, in *Cornell Law Rev.*, 1973, p. 833).

Senza dimenticare infine che questo benefico margine di discrezionalità non è limitato al diritto ma si esprime anche nel momento della ricostruzione delle questioni di fatto, le quali devono essere ricostruite – come giustamente sottolinea ancora Luciana Breggia – «anche in base alle narrazioni processuali dei soggetti coinvolti, cariche di percezioni, emozioni, punti di vista»³⁰. Infatti, solo «l’ascolto empatico» che è «proprio dell’umano» è in grado di dare corpo e consistenza alle istanze di giustizia che devono essere riempite di senso, laddove invece una macchina «riduce la discrezionalità a un calcolo probabilistico»³¹.

Ecco quindi riemergere la funzione *inventiva* del giudizio. Va da sé che il tema cruciale è quello dell’educazione del giudice e della formazione della sua sensibilità. Non giudici purchessia, quindi, ma giudici attenti, consapevoli, sensibili, empatici; qualità irrinunciabili per svolgere una funzione tanto *terribile* come quella del giudicare. Si vedano già, a questo proposito, le severe parole di Salvatore Satta:

Che una persona, un uomo, possa giudicare di un altro uomo è cosa che a noi sembra naturale (...): ma se ci si pensa un momento si vede subito che questo è uno dei misteri, forse il più grande, che stanno alla base della vita sociale. (...) Ciò significa che la forza su cui il giudice si regge, la fonte della sua autorità, non è umana, ma divina, è il *charisma*...³²

La bontà e la tenuta di un sistema si regge su queste qualità che si ottengono – certo nel lungo periodo – con una preparazione universitaria eccellente, una conoscenza teorica unita da uno spiccato senso pratico e una visione quanto più possibile consapevole delle infinite com-

³⁰ L. BREGGIA, *op. cit.* Sul ruolo delle emozioni narrate nelle dispute giudiziarie sui diritti umani, cfr. l’ampio e documentatissimo studio monografico di A. SCHILLACI, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e Stati Uniti*, Napoli, 2018, e in part. Il Cap. III (*Le storie degli altri. Narrazione, riconoscimento e pari dignità nella giurisprudenza*), pp. 177 ss.

³¹ L. BREGGIA, *op. cit.*

³² S. SATTA, *La tutela del diritto nel processo* (1950), ora in ID., *Il mistero del processo*, Milano, 1994, p. 65. Sulla complessità umana del giudizio, v. anche le recenti e profonde riflessioni di un altro grande processualcivilista, V. COLESANTI, *Sulla legittimazione a giudicare (meditazioni su un alto pensiero «chi sono io per giudicare?»)*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2019, pp. 1081 ss.

piessità della realtà e di ciò che è relazione, e cioè con un pensiero critico affinato, che rifugge il semplicismo, i giudizi taglienti, l'ottusità.

La filosofa del diritto americana Martha Nussbaum – che ha studiato a fondo l'importanza delle emozioni nella giustizia e nella vita politica³³ – consiglia come parte integrante dell'educazione e dell'attività dei giudici la lettura delle grandi opere letterarie e dei classici senza tempo, che parlano di uomini e vicende, dolori e complessità dell'animo. Solo in questo modo sarebbe possibile fare giustizia³⁴. Nonostante questo consiglio possa sembrare, a prima vista, ingenuo, o suscitare un sorriso, esso rivela in realtà una grande verità. E cioè che il desiderio, che si traduce in sforzo (per certi versi lodevole), di ottenere buone sentenze *a prescindere* dalle qualità giuridiche e umane di chi giudica è una impresa votata allo scacco; siamo consapevoli, infatti, che il diritto, per quanto lo si intenda in senso ampio, non è *tutto* ma che, più ancora in generale, ciò che conta è la qualità del sistema civile di riferimento, del quale il diritto è solo una parte, e forse nemmeno la più importante.

4. Gli usi processuali delle emozioni

Giudicare significa quindi non essere impermeabili, ma *in ascolto*. Colui che giudica, anzi, deve lasciarsi muovere dalla viva esperienza nella quale è processualmente immerso. Il processo è un contesto pervaso da emozioni fortissime; il tribunale è il luogo delle emozioni forse come pochi altri della vita sociale, e tutti gli attori processuali sono attori emotivi³⁵. Gli studi di *Law & Emotion* hanno messo in luce da di-

³³ Si veda, per esempio, M. NUSSBAUM, *Poetic Justice: The Literary Imagination and the Public Life*, Boston, 1995; ID., *Upheavals of Thoughts: The Intelligence of Emotions*, Cambridge, 2001; ID., *Political Emotions. Why Love Matters for Justice*, Cambridge (MA), 2013. Cfr. anche M. NUSSBAUM, *Emotion in the Language of Judging*, in *St. John Law Rev.*, 1996, pp. 23 ss.

³⁴ V. anche A. REICHMAN, *Law, Literature, and Empathy: Between Withholding and Reserving Judgment*, in *56 Journal of Legal Education*, 2006, pp. 296 ss.

³⁵ Spesso, quando si parla di emozioni nel processo, si ha in mente il processo penale, nel quale si discutono, talvolta, i grandi drammi dell'esistenza (il delitto, il dolo, il dolore della pena detentiva, etc.). Ma non va dimenticato che anche il processo civile può essere il luogo delle grandi emozioni umane e della disperazione; nei conflitti di

verse angolature il ruolo delle emozioni delle parti, della vittima, dell'accusato, dei giurati, e poi di quelle tra cliente e difensore³⁶, del giudice³⁷, la loro circolazione all'interno dell'arena processuale³⁸ e, più in generale, il loro ruolo strategico del dare forma alle questioni di fatto, alle difese, alle argomentazioni, e infine al diritto stesso. Ma il punto che vorrei enfatizzare è che non solo l'emotività del giudice è un dato innegabile, ma anche che un qualcosa che può e deve essere incanalato positivamente.

Certo, se la domanda fosse se è bene che il giudice decida secondo i propri sentimenti e le proprie emozioni, e cioè sulla base di giudizi più o meno coscienti di antipatia e simpatia, o di rabbia, ira, collera, irritazione, tristezza, affetto, turbamento, e così via, essa non avrebbe nemmeno senso di esser posta. A ciò osta l'elaborazione plurisecolare del concetto di Stato di diritto e del principio di legalità. I codici processuali, poi, si premurano di garantire che un giudice, in quelle ipotesi in cui sia coinvolto emotivamente, sia privato del potere di decidere. A salvaguardia del principio di imparzialità, la disciplina dell'astensione e della ricsuzione, nel processo civile (artt. 51 e 52 c.p.c.), prevede che il giudice debba astenersi (e correlativamente possa essere ricsuto) in caso di «grave inimicizia», sua o del coniuge, con una delle parti o con i difensori, o in altre ipotesi tipizzate in cui il suo «portato emotivo»

famiglia (che coinvolgono, forse come null'altro, gli aspetti così esistenziali delle nostre vite), nei conflitti societari, ereditari, o quelli sul luogo di lavoro, o che riguardano beni essenziali, quali l'abitazione, e via dicendo. Per di più, mentre il processo penale rappresenta, *di norma*, una eccezione nella vita delle persone, di cui non molti fanno esperienza, non altrettanto si può dire delle liti civili.

³⁶ F. DI DONATO, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel processo*, Milano, 2008; F. SCAMARDELLA, F. DI DONATO, *Il silenzio 'a più voci' nelle narrazioni di clienti e avvocati*, in *Sociologia del diritto*, 2012, pp. 127 ss.

³⁷ A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, Bologna, 2017. Cfr. anche E. JEULAND, *Le juge et l'émotion*, in *Liber Amicorum en hommage à Pierre Rodière*, LGDJ, 2019, pp. 125 ss. La letteratura anglo-americana sul punto è sterminata; si veda, come inizio, il numero speciale *Emotion in Legal Judgement and Decision Making*, in *Law and Human Behavior*, 30, (2) 2006.

³⁸ F. DI DONATO, *La comunità processuale come contesto attivo di interazione tra clienti, avvocati e giudice*, in *Ars Interpretandi*, 2009, p. 187.

potrebbe portarlo a favorire l'una o l'altra parte (come nel caso di vincoli di parentela, o di particolare frequenza di contatti con le parti).

Il codice, quindi, vuole serenità di giudizio; quella serenità che deriva dal *disinteresse*. Ma ciò non significa affatto che il giudice non sia chiamato, nel corso del giudizio, a fare uso di quella qualità eminentemente umana che è la comprensione delle proprie e altrui emozioni, e a servirsene. Si è già fatto cenno (v. *supra*, cap. precedente) al delicato giudizio di diritto, che chiama il giudice a prendere in considerazione e valorizzare interessi ed esigenze anche non formalizzate nelle singole disposizioni ma desumibili dai principi generali, e come questa valorizzazione coinvolga necessariamente il senso di giustizia di un *buon giudice*.

Questo uso intelligente della soggettività lo si ritrova anche a proposito della valutazione degli elementi fattuali. È qui che un approccio puramente *calcolatore* mostra, forse, il suo volto più debole.

Rapidamente: ai sensi dell'art. 116 del c.p.c. il giudice deve valutare la prova secondo il proprio «prudente apprezzamento», locuzione che codifica il principio del “libero convincimento” (il «contenitore di emozioni» del giudicante)³⁹, mentre l'art. 533 c.p.p. afferma il canone dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» nel riconoscimento della colpevolezza dell'imputato. Certo, saremo gli ultimi a disconoscere la essenziale necessità di criteri razionali e obiettivi nel percorso di valutazione probatoria che rendano la decisione del giudice quanto più controllabile intersoggettivamente⁴⁰; ma di certo è difficile spingersi fino al punto di voler negare la presenza e l'importanza di un nucleo infrangibile, un segmento ultimo e insopprimibile di soggettività insito nel convincimento personale e nella valutazione della ragionevolezza o meno del

³⁹ Secondo quanto detto da L. LANZA, *Emozione e libero convincimento nella decisione del giudice penale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2011 (online).

⁴⁰ La letteratura in tema è sterminata. Per tutti, per questa fondamentale esigenza, J. FERRER BELTRAN, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, 2002; ID., *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007 (entrambi tradotti in italiano, ID., *Prova e verità nel diritto*, Bologna, 2004; e ID., *La valutazione razionale della prova*, Milano, 2007). Cfr. anche M. TARUFFO, voce *Libero convincimento del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990 e il fondamentale studio di M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974.

dubbio circa la colpevolezza. Potremmo davvero immaginare un giudice che si trovi a condannare un imputato, in ipotesi a una pena detentiva altissima, perché “dalle carte” *oggettivamente, matematicamente*, emerge che non vi sono dubbi ragionevoli circa la colpevolezza, pur non *credendo* egli, dentro di sé, a quella ricostruzione⁴¹?

E ancora, a mo' di esempio, vediamo nel processo civile come il giudice (*ex art. 116, comma 2 c.p.c.*) ha la possibilità di desumere «argomenti di prova» dal «contegno delle parti». Si può valutare il contegno senza essere in grado di leggere (e quindi provare) stati emotivi, propri e altrui, senza cioè saper intuire il significato di *quel* contegno preciso, nel contesto di *questo* processo, e quindi senza una valutazione che è essenzialmente personale?

Infine, al giudice civile è demandato il dovere di ascoltare il minore «in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano» (così ora l'art. 315 *bis*, comma 3, c.c.). Orbene, l'ascolto compiuto dal giudice non è un momento istruttorio, come tale soggetto a quella valutazione razionale, ma un'occasione processuale per il minore di potersi esprimere liberamente, durante la quale poter far sentire la propria voce, riferire i propri bisogni, preferenze e disagi (“stati emotivi”) che il giudice deve tenere in debito conto, e quindi saper tradurre giuridicamente. Davvero un giudice privo di emozioni potrebbe essere in grado di svolgere questo delicatissimo compito affidatogli dalla legge⁴²?

5. Conclusione. «Un algoritmo non si può convincere» (ovvero dell'umanità del giudicare)

Che ne è quindi della immacolata, pura *logicità* controllabile, verificabile del giudizio, inteso come *dover essere* regolativo?

⁴¹ Per un'ottima discussione del problema, G. TUZET, *Prova, verità e valutazione*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2014, pp. 1517 ss. (ove troviamo la domanda “il giudice sa, crede, o accetta” la colpevolezza?).

⁴² In tema, *si vis*, cfr. C.V. GIABARDO, *Il minore e il suo diritto a essere ascoltato nel processo civile*, in A. RONCO (a cura di), *Aspetti processuali del diritto di famiglia*, in *Giur. It.*, 2014, pp. 2357 ss.

Sul carattere puramente logico del giudizio convengo con il Carnelutti il quale – in un dimenticato e visionario saggio⁴³ – scrisse che credere che il giudizio *dimostri* qualcosa significa commettere «l'errore di confondere la sentenza con la sua motivazione» e cioè che «quando si credeva che il dispositivo sia un *post* e la motivazione un *prius* si scambiava la *collaudo* con la formazione del giudizio», sicché bisogna invece tenere a mente che «la motivazione giustifica, non scopre la disposizione»⁴⁴. La distinzione alla quale Carnelutti fa riferimento è quella tra “contesto di scoperta” e “contesto di giustificazione”, ossia tra ragioni che spiegano e ragioni che giustificano (i “buoni argomenti” veri e propri) e in definitiva tra nozione *psicologica* e nozione *logica* del ragionamento⁴⁵. Prima il giudizio si forma, *nasce* internamente in noi e poi ne vengono esplicitate le ragioni. Naturalmente – ma non c'è, forse, nemmeno necessità di ribadirlo – tutto ciò non toglie che «vi è bisogno non solo di scoprire ma di giustificare la scoperta» e che quindi «nessuno di noi giuristi è disposto ad ammettere una sentenza non motivata». Piuttosto ciò porta ad avere consapevolezza che – nel giudizio – «la logica sillogistica... era parziale» e che non è possibile scorgere nel sillogismo «l'atto logico originale»⁴⁶.

Dove risiede quindi questo atto logico originale che dà vita e corpo al giudizio?

«Il diritto (c'è ancora bisogno di dirlo?) – afferma e si chiede ancora Carnelutti – è un fatto essenzialmente spirituale». Esso, in quanto tale, non è riducibile all'insieme delle sue parti: «la norma giuridica in sé, o un complesso di norme, un codice per esempio, è un pezzo del diritto, non tutto il diritto, cioè il diritto vivo nella pienezza della sua vita» la quale «si accende (...) quando le norme sono applicate o anche siano violate». Il diritto è viva esperienza umana: «un contratto, un delitto, un

⁴³ F. CARNELUTTI, *Matematica e diritto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1951, pp. 201 ss.

⁴⁴ F. CARNELUTTI, *ult. op. cit.*, pp. 202-203.

⁴⁵ B. CELANO, *Ragionamento giuridico*, cit., p. 315. Cfr. anche M. TARUFFO, *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in M. BESSONE (a cura di), *L'attività del giudice*, Torino, 1997, pp. 150 ss. Cfr. però anche T. MAZZARESE, *Scoperta vs giustificazione. Una distinzione dubbia in tema di decisioni giudiziali*, in *Analisi e diritto*, 1995, pp. 145 ss.

⁴⁶ F. CARNELUTTI, *ibid.*

processo sono degli uomini uno di fronte all'altro», e perciò «bisogna capire quegli uomini per capire il diritto». Ecco l'umanità del giudizio. Il diritto inteso nella sua umanità non solo «è materia ribelle ai numeri» ma anche – aggiunge qui Carnelutti, toccando vette inarrivabili del pensiero giuridico – «alle parole»⁴⁷. Ma in che senso l'esperienza giuridica sarebbe ribelle alle parole? Egli intende – se ben interpreto il suo pensiero – la parola *logica*, escludente, categorica, che pretende di tagliare, e quindi recintare le intere sfumature in-dicibili e inarticolabili delle esperienze umane dentro argini concettuali. Egli, invece, non si riferisce certo alla parola parlata, recitata, narrata, raccontata, viva e vissuta; quella che si manifesta nel dialogo processuale, la “oralità” intesa non solo in chiave semplificatoria (come spesso, riduttivamente, si intende) ma soprattutto come veicolo per l'approdo a una soluzione giusta⁴⁸.

Ecco quindi la accentuata enfasi di Carnelutti sulla dimensione dialogica della giustizia, e sull'aspetto retorico e argomentativo della relazione tra parti e giudice. «La parola – egli prosegue con un linguaggio evocativo che ci indica la strada da seguire – ha da essere parlata affinché se ne esprima la musicalità. E con l'oralità affiora la eloquenza. (...) Ma l'eloquenza combina la musica con la poesia. E il segreto della musica è la pausa; mediante i suoni essa riesce a far gustare il silenzio. Non basta scrivere, bisogna parlare col giudice; e non basta spesso il discorso, se non è un'orazione *perché a lui s'ha da fare intendere ciò che non si può dire*»⁴⁹.

Dire l'indicibile, quindi: questo il fondamento e la funzione paradossale e necessaria del giudizio. Ma questo dire l'indicibile non è fine a sé stesso, no; ma bensì perché ciò che non può esser detto possa venire, invece, inteso.

⁴⁷ F. CARNELUTTI, *ult. op. cit.*, pp. 211-212.

⁴⁸ In questo preciso, medesimo senso, L. BREGGIA, *op. cit.*

⁴⁹ F. CARNELUTTI, *ult. op. cit.*, p. 212.

Bibliografia

- BREGGIA L., *Prevedibilità, predittività e umanità nella soluzione dei conflitti*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2019, p. 395
- CALAMANDREI P., *Fede nel diritto* (a cura di S. Calamandrei, con saggi di G. Alpa, P. Rescigno, G. Zagrebelsky), Roma-Bari, 2008
- CARLEO A. (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017
- CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 138
- CARNELUTTI F., *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1949, pp. 41 ss.
- CARNELUTTI F., *Massime non consolidate*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1951, pp. 360 ss.
- CARNELUTTI F., *Matematica e diritto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1951, pp. 201 ss.
- CAVALLONE B., *La motivazione «laica, funzionalista, 'disincantata'»*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2015, pp. 121 ss.
- CELANO B., *Ragionamento giuridico, particolarismo. In difesa di un approccio psicologistico*, in *Riv. Fil. Dir.*, 2017, pp. 315 ss.
- CHIARLONI S., *Ruolo della giurisprudenza e attività creativa di nuovo diritto*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2002, pp. 1 ss.
- CHIARLONI S., *Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giudiziale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2001, pp. 614 ss.
- COLESANTI V., *Sulla legittimazione a giudicare (meditazioni su un alto pensiero «chi sono io per giudicare?»)*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2019, pp. 1081 ss.
- DI DONATO F., *La comunità processuale come contesto attivo di interazione tra clienti, avvocati e giudice*, in *Ars Interpretandi*, 2009, p. 187
- DI DONATO F., *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel processo*, Milano, 2008
- FERRER BELTRAN J., *La valoracion racional de la prueba*, Madrid, 2007
- FERRER BELTRAN J., *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, 2002
- FORZA A., MENEGON G., RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, Bologna, 2017
- GABELLINI E., *La «comodità del giudicare»: la decisione robotica*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2019, p. 1309
- GARAPON A., *Les enjeux de la justice prédictive*, in *La semaine juridique (éd. gén.)*, 9 gennaio 2017, n. 1-2
- GARDNER J., *The Virtue of Justice and the Character of Law*, in *Law as a Leap of Faith*, Oxford, 2017, p. 238
- GIABARDO C.V., *Il minore e il suo diritto a essere ascoltato nel processo civile*, in A. RONCO (a cura di), *Aspetti processuali del diritto di famiglia*, in *Giur. It.*, 2014, pp. 2357 ss.

- GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007
- GROSSI P., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015
- GROSSI P., *Sull'odierna incertezza del diritto*, in *Giust. Civ.*, 2014, p. 18
- IRTI N., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, p. 687
- IRTI N., *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. Soc.*, 2015, p. 801
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1979 (I ed.)
- IRTI N., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, pp. 44 ss.
- IRTI N., *Nomos e lex (Stato di diritto come Stato della legge)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, p. 590
- IRTI N., *Un contratto «incalcolabile»*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2015, 1, p. 17
- IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, I, p. 1
- IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016
- JEULAND E., *Le juge et l'émotion*, in *Liber Amicorum en hommage à Pierre Rodière*, LGDJ, 2019, pp. 125 ss.
- LANZA L., *Emozione e libero convincimento nella decisione del giudice penale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2011 (online)
- LYONS D., *On Formal Justice*, in *Cornell Law Rev.*, 1973, p. 833
- MAZZARESE T., *Scoperta vs giustificazione. Una distinzione dubbia in tema di decisioni giudiziali*, in *Analisi e diritto*, 1995, pp. 145 ss.
- NOBILI M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974
- NUSSBAUM M., *Emotion in the Language of Judging*, in *St. John Law Rev.*, 1996, pp. 23 ss.
- NUSSBAUM M., *Poetic Justice: The Literary Imagination and the Public Life*, Boston, 1995
- NUSSBAUM M., *Political Emotions. Why Love Matters for Justice*, Cambridge (MA), 2013
- NUSSBAUM M., *Upheavals of Thoughts: The Intelligence of Emotions*, Cambridge, 2001
- PASCAL B., *Pensieri (1670)*, in ID., *Pensieri, opuscoli lettere*, a cura di A. Bausola, R. Tapella, Milano, 1997, p. 585
- PICARDI N., *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2004, pp. 50 ss.
- RASIA C., *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, 2016
- RASIA C., *La motivazione elastica nel recente caleidoscopio normativo e giurisprudenziale*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2018, pp. 668 ss.

- REICHMAN A., *Law, Literature, and Empathy: Between Withholding and Reserving Judgment*, in 56 *Journal of Legal Education*, 2006, pp. 296 ss.
- REID J. (Lord), *The Judge as a Lawmaker*, in *Journal Society Public Teachers of Law*, 1972, p. 22
- SATTA S., *La tutela del diritto nel processo* (1950), ora in ID., *Il mistero del processo*, Milano, 1994, p. 65
- SCAMARDELLA F., DI DONATO F., *Il silenzio 'a più voci' nelle narrazioni di clienti e avvocati*, in *Sociologia del diritto*, 2012, pp. 127 ss.
- SCHILLACI A., *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e Stati Uniti*, Napoli, 2018
- TARUFFO M., *Addio alla motivazione?*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2014, pp. 375 ss.
- TARUFFO M., *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in M. BESSONE (a cura di), *L'attività del giudice*, Torino, 1997, pp. 150 ss.
- TARUFFO M., *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in ID., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, pp. 195 ss.
- TARUFFO M., voce *Libero convincimento del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990
- TUZET G., *Prova, verità e valutazione*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2014, pp. 1517 ss.
- ZELLINI P., *La dittatura del calcolo*, Milano, 2018