

Introduzione

Ricordo ancora come, durante un seminario organizzato nell'ambito del corso di Sociologia del diritto, il prof. Luigi Cominelli ci mostrò un grafico rappresentante le percentuali di accoglimento delle domande di libertà sulla parola sottoposte a otto giudici esperti (v. infra § 1.1; p.23) del Tribunale di sorveglianza.

Il grafico, benché fosse di facile interpretazione visiva, non venne compreso da nessuno di noi: esso metteva implicitamente in correlazione le “pause” dei giudici con l'aumento della tassonomia di concessione del beneficio richiesto. Il risultato lasciò tutti in un primo momento sconcertati. L'idea che “il giudice”, una figura ancora astratta per degli studenti di Giurisprudenza, com'anche “il legislatore”, fosse soggetto alle stesse dinamiche comportamentali di ciascuno di noi fu accolto con quasi stupore e incredulità. Invero, nessuno studente prima della laurea ha ben in mente cosa sia un tribunale.

Probabilmente, il giudicante, al pari del legislatore, viene concepito dall'immaginario collettivo come una specie di entità mistica che aleggia nelle aule dei tribunali e amministra, in modo perfettamente razionale e asettico, la giustizia in nome del popolo italiano. Dopo aver avuto modo di appurare personalmente, durante il tirocinio svolto presso il Tribunale di Varese, che il giudice agisce e decide come ogni altro essere umano, l'unica differenza risiede forse nell'elevata conoscenza delle materie giuridiche e in una certa abitudine nel prendere decisioni in condizioni di elevata pressione psicologica. Alla luce di questa banale verità, e grazie in particolare al supporto morale e materiale dei giudici Valentina Maderna, Stefano Colombo ed Anna Azzena, è stata prodotta questa tesi.

L'obiettivo principale dell'elaborato, infatti, è analizzare e descrivere i principali meccanismi cognitivi del giudicante durante la percezione del fatto che costituisce oggetto del processo penale di primo grado. L'analisi condotta per un arco temporale di oltre 8 mesi – da ottobre 2017 a giugno 2018 – prende in considerazione oltre 100 udienze monocratiche e circa 30 udienze collegiali. Durante il periodo d'osservazione, i magistrati mi hanno spiegato ogni singola decisione assunta e il metodo con il quale veniva elaborata l'informazione relativa alla percezione del fatto. Sicché, durante l'esperienza maturata è stato possibile osservare concretamente il modello ideato da Tversky e Kahneman, relativo ai Sistemi 1 e 2 afferenti alla formazione dei giudizi

decisori (v. infra § 1.4) . Alla luce di ciò, si è notato fin da subito come il giudice sia obbligato a ricorrere a meccanismi euristici per poter decidere. Tale necessità deriva sia dai limiti fisiologici della mente umana, sia dall'elevato carico delle udienze, le quali per essere concluse in giornata impongono necessariamente il ricorso alle scorciatoie mentali citate pocanzi.

L'elaborato si pone altresì l'obiettivo di fornire una classificazione – seppur limitata - delle principali strategie cognitive che i magistrati utilizzano per dirigere le udienze e decidere i processi. Sul punto è bene precisare fin da subito come non esista una formula alchemica che possa anticipare con certezza la decisione finale del giudice. Orbene, la tesi muove da una classificazione generale delle principali euristiche, ossia scorciatoie mentali, che possono essere usate efficacemente dai giudicanti durante lo svolgimento dei processi, cercando di individuare anche le principali categorie di trappole mentali nelle quali potrebbero incappare magistrati. Sicché, in presenza di rischi legati alla natura della mente umana e non strettamente correlati al mondo del diritto, teorizzare una certezza assoluta dello stesso risulta, oltremodo, sbagliato nonché anacronistico.

Il ruolo del giudice, così come definito dal legislatore, non è più quello di mera “*bouche de la loi*”, bensì quello di amministratore della giustizia. Il giudice diviene il soggetto che tramuta i principi giuridici contenuti nelle norme astratte in diritto vivente, con immediate e concrete ricadute nelle società. Infatti, non è la “legge” che condanna Tizio per furto, ma è il giudice che all'esito del processo, rispettando delle regole, si assume la responsabilità deontologica e giuridica di condannare o assolvere Tizio.

Nell'elaborato, pertanto, si affrontano i principali problemi legati al potere decisionale e discrezionale del giudice e di come tale potere influisca attivamente nella creazione di diritto in concreto.

A parere di chi scrive, il modo migliore di analizzare il “mito” della certezza del diritto è quello di analizzare i meccanismi decisionali dei giudici. In particolare, la decisione di focalizzare il campo d'indagine alle sole udienze penali, perlopiù monocratiche, risiede nel fatto che il diritto penale rispetto al diritto civile presenta un maggior coinvolgimento emotivo dovuto, probabilmente, alla importanza (v. sent. “*jeans*”) sociale dei beni giuridici oggetto di tutela penale, nonché ad un minor livello tecnico delle decisioni rispetto alle sentenze civili.

CAP. 1: Il bias e il ragionamento giudiziario

1.1 - Premesse applicative

La sempre maggiore attenzione per la psicologia della decisione giudiziaria ha senso se gli aspetti psicologici sono considerati nel loro rapporto con la logica, in particolare con la logica del diritto. L'itinerario del giudizio non segue linee prefissate e, persino nei casi più semplici, la decisione costituisce la risoluzione di un problema e non la meccanica applicazione di regole standardizzate, perché, anche nel processo penale più semplice, confluiscono sia giudizi di fatto che implicitamente giudizi di valore¹.

Tali giudizi, seppure orientati dalla soggettività dell'interprete, devono rimanere ancorati alle opzioni del legislatore, il quale richiede una ricerca sugli eventi adeguata alla specificità dei fatti. Tale *status* richiede autovigilanza psicologica alimentata dalla costante consapevolezza della possibilità di sbagliare.

Nella loro integrazione psicologia e logica coordinano l'attività dell'argomentare. Ma, mentre la prima costituisce una scienza in continua gestazione, la seconda si presenta come auto-fondata e auto-fondativa: i principi logici appaiono come se appartenessero a un mondo indipendente, autonomo dalle rappresentazioni mentali, non inventato ma quasi scoperto come un continente a sé stante².

Verosimilmente, oggi la psicologia del giudicare, o in senso più lato del giudizio in generale, suscita un interesse maggiore rispetto alla logica del giudicare³. La psicologia indaga come il pensiero funziona e “come esso è di fatto sottoposto a condizioni soggettive di vario genere”, viceversa nella logica “[...] la questione non verte su regole

¹ Nella formulazione data da Max Weber, si ritrovano già le due caratteristiche centrali che il concetto di valore mantiene. Innanzitutto, il valore non è semplicemente inteso come l'oggetto di una preferenza, come ciò che è desiderato, ma assume una connotazione normativa. Il valore non è, però, nemmeno un ideale astratto, sganciato dalle scelte effettive. Nei suoi saggi metodologici Weber considera i valori come la guida e l'orientamento delle scelte stesse. I valori si realizzano, dunque, storicamente e si connettono in vario modo con la realtà sociale, l'organizzazione economica e giuridica, le tradizioni, i costumi e i simboli di una collettività. – ENCICLOPEDIA TRECCANI con riferimento a M. WEBER; *Economia e società*, a cura di P. ROSSI, Milano 1974.

² G. CANGUILHEM, *Qu'est-ce la que la psychologie?*, *Etudes d'histoire et de philosophie des sciences*, Vrin, Paris 1968.

³ P. CHERUBINI, A. COSTANZO, F. PETRUCCELLI, G. VICICONTE; *Psicologia e società: Diritto - Giunti editore, Italia 2011.*

contingenti bensì su regole necessarie, non su come pensiamo ma su come dobbiamo pensare”⁴.

La logica è strutturata come un’etica del pensiero. Infatti, facendo applicazione della teoria hegeliana della logica, essa non può essere ricondotta a una descrizione psicologica delle leggi che la regolano⁵. Costituirebbe un errore di categoria confondere la descrizione del modo in cui un giudizio si forma nella psiche con il suo contenuto oggettivo, con il suo senso e uso pubblico⁶.

Nella valutazione dell’influenza di condizioni soggettive sul giudicante, quali ad esempio affettività, emozioni e processi mentali del magistrato, non deve trascurarsi che anche fattori personali di tipo ideologico e culturale possono influire sul processo decisionale. Il magistrato, come qualsiasi altro essere umano, può talvolta essere ispirato da modelli di giustizia divergenti rispetto a quelli postulati dalle leggi dell’ordinamento vigente. In particolare, nell’interpretazione dei dati normativi i

⁴ I. KANT, *Logik* (1800). Trad.it *Logica*, Laterza, Roma 1984.

⁵ Nella *Scienza della logica*, Hegel intende astrarre le regole della logica dialettica dal suo contenuto reale, e studiarle in sé; ossia vuole studiare le regole del reale come regole, in sé, del pensiero che pensa e conosce il reale. La logica, pertanto, è il versante soggettivo della metafisica, che è lo studio delle leggi di sviluppo del reale oggettivo. E poiché nella Fenomenologia Hegel ha rilevato che la funzione conoscitiva dello spirito si articola nei tre momenti di coscienza, autocoscienza e ragione, e dal momento che la coscienza attinge l’essere nella sua indeterminatezza, l’autocoscienza coglie l’essenza e la ragione si eleva al concetto.

Nella Logica Hegel individua come strutture fondamentali del pensiero proprio le categorie: essere, essenza e concetto. Di queste il concetto viene considerato lo strumento logico della ragione perché coglie, della realtà, l’esterno e l’interno, l’apparenza e l’essenza, il reale e l’ideale; Hegel considera una ragione così intesa come lo strumento proprio della "concezione idealistica" perché non implica frattura tra i termini opposti tra loro, e quindi non cade nei limiti delle concezioni "soggettivistiche" e di quelle "realistiche" o dogmatiche.

⁶ Lo psicologismo (la fallacia psicologista) la domanda ‘come è possibile la conoscenza’ con la domanda ‘come si produce la conoscenza (in quanto processo naturale e causale)’. La questione è: “Attività come ‘comprendere’, ‘ragionare’, ‘giudicare’ [...] che vengono tradizionalmente qualificate come ‘cognitive’, poiché presuppongono un tipo di conoscenza, sono essenzialmente ‘normative’ in quanto soggette a una valutazione di verità o falsità, di correttezza o scorrettezza, di validità o invalidità, di razionalità o irrazionalità, cioè in quanto riguardano qualcosa di cui si può dar ragione. Oppure queste attività sono ‘naturali’ nel senso che le si può spiegare causalmente nei termini di un vocabolario che descriva i processi mentali, ma anche i processi biologici, o in generale i processi naturali?” - P. ENGEL, *Filosofia e psicologia*, Einaudi, Torino 2000.

meccanismi del discorso giuridico rendono possibile la surrettizia introduzione di contenuti irrelati con quelli del livello presupposto, sicché l'applicazione dei dati normativi può deviare dai loro significati originari⁷. Valori metagiuridici individuali possono alterare l'interpretazione dei valori normativi o addirittura sostituirsi a essi nell'applicazione delle regole.

In linea puramente teorica, quando il legislatore descrive i fatti oggetto di disciplina normativa presuppone che ci siano una serie di valori individuali percepiti come fondamentali dalla quasi totalità⁸ dei consociati. Pertanto, nel disciplinare tali fattispecie astratte ricorre a nozioni impregnate di precetti morali quali ad esempio: la buona fede, lo stato di abbandono del minorenne, la pericolosità sociale. Tuttavia, il legislatore devolve, quasi completamente, l'applicazione al caso concreto del valore sociale normato in astratto all'organo giudicante. Orbene, costituisce un problema psicologico del decidente risolvere in modo deontologicamente e logicamente corretto i dilemmi che possono derivarne arrestando l'influenza delle sue opzioni culturali al livello dei pregiudizi e senza farle debordare in giudizi.

I condizionamenti psicologici dei giudizi sono un'esperienza personale, mentre le relazioni logiche che reggono i contenuti dei giudizi hanno una intrinseca rilevanza pubblica.

Gli psicologi indagano il pensiero reale, non sindacando sulla razionalità o meno del pensiero stesso, pertanto, lo studio dello psicologo si arresta prima della valutazione di cosa siano le regole logiche in generale. Viceversa, per i logici la correttezza di un giudizio o di un ragionamento dipende da criteri che non possono essere analizzati in termini empirici o causali.

Quest'ultimi postulano che non può essere confuso il normativo con il naturale e che nel pensiero rimarrà sempre qualcosa fuori dal quadro delle 'scienze della mente' e dei loro eventuali progressi. Provando a spiegare con una "*metafora giuridica*" la differenza tra psicologi e logici, potremmo affermare che i primi rappresentano la sociologia, vale a

⁷ Cfr. B. MONTANARI, *Luoghi della Filosofia del Diritto* – Giappichelli editore, Torino 2012 p. 122 – in relazione alle criticità intrinseche che il ragionamento giuridico presenta proprio per la sua collocazione negli schemi sociali di dirimente tra la morale (individuale) e la norma (collettiva).

⁸ Invero i sistemi parlamentari moderni, benché si pongano come obbiettivo che i valori vengano percepiti come leciti dalla totalità dei consociati, si accontentano della maggioranza di essi.

dire, quell'insieme di studi che indagano su com'è il diritto vivente e come vengono concretamente applicate le norme; viceversa i secondi potremmo metaforicamente paragonarli alla filosofia del diritto, cioè quell'insieme di studi che indaga su come il diritto ideale dovrebbe essere. Eppure, come per la filosofia e la sociologia, logici e psicologi non possono evitare d'incontrarsi e non porsi le stesse domande, addivenendo, con gli aggiustamenti reciproci del caso concreto in esame, alle medesime risposte.

In particolare, basti pensare alla relativizzazione della logica classica in favore delle logiche devianti o deboli ovvero all'inclinazione verso una logica della vaghezza al posto di una logica dei concetti ben determinati⁹.

Alla luce di tali premesse, si rende necessario approfondire il concetto di *fallacia logica*. In particolare, una *fallacia* consiste in uno o più errori nascosti nel ragionamento che comportano la violazione delle regole di un confronto argomentativo corretto, ovvero una violazione delle regole metodologiche nella utilizzazione della mappa delle informazioni¹⁰.

La fallacia di un ragionamento non presuppone automaticamente l'inutilità della sua conclusione. A contrario, l'assenza di fallacie non esclude aprioristicamente che le conclusioni raggiunte relativamente al territorio d'indagine siano scorrette o false¹¹. A tal proposito si ricorda come gli studi del Cherubini nelle indagini della psicologia sperimentale rappresentino come la logica mentale spontanea sembra non contenere tutte le regole della logica delle proposizioni, quale ad esempio la valutazione del nesso causale nel ragionamento bifasico applicato ai reati in forma omissiva¹².

⁹ Cfr. C. ANIMATO, *Questioni filosofiche di Teoria degli insiemi paraconsistenti* – Università degli Studi di Napoli Federico II - http://www.fedoa.unina.it/9968/1/Animato_Claudio_26.pdf

¹⁰ A. COSTANZO, *La logica del giudice e l'errore come difetto di imparzialità* – Scuola Superiore della Magistratura, Roma 2014, pp. 2 e ss.

¹¹ Alcune delle più esiziali fonti di errore derivano dalle tendenze (simmetrizzanti) a non distinguere e a scambiare i meri contrari per contrari contraddittori e, per queste vie, a: supporre che ogni termine abbia uno e un solo opposto; ridurre le opzioni a due; a saltare alla conclusione che la dimostrata falsità di una premessa implichi la validità del suo opposto; a saltare alla conclusione che la dimostrata falsità di una premessa implichi la validità del suo opposto; a aggiungere implicitamente alle affermazioni “tutto” o “soltanto”.

¹² Cfr. F. VIGANÒ, *Reati contro la persona* – in “Trattato teorico–pratico di diritto penale” diretto da F. PALAZZO e C. E. PALIERO, Giappichelli editore, Torino 2015, pp. 6 e ss.

Nello specifico, le inferenze risultano influenzate dai contenuti delle premesse e dal contesto nel quale vengono inserite. Semplificando ulteriormente, possiamo affermare che la fallacia logica porti a ragionare in modo diverso su problemi formalmente simili ma con premesse dal contenuto diverso.

A questo si deve aggiungere che le persone non applicano regole formali alle premesse logiche del ragionamento, piuttosto sembrerebbe che gli agenti siano portati a ragionare mediante l'utilizzo di modelli mentali, costruiti sulla base delle esperienze pregresse direttamente accumulate¹³. Il Cominelli, riprendendo gli studi di Damasio, rappresenta come il cervello umano non possa prendere decisioni perfettamente razionali. Invero, la scienza non è ancora riuscita spiegare perfettamente i meccanismi biochimici che regolano il pensiero umano e le emozioni a esso collegate. La complessità dell'organo e la moltitudine di sub-aree, diverse tra loro, di cui è composto lasciano ancora molto spazio alla ricerca in materia.

Il ragionamento giuridico e, precipuamente, il ragionamento del giudice presenta molteplici aspetti nei quali si possono insinuare sia fallacie logiche nel ragionamento che errori sostanziali. L'errore si distingue dalla fallacia, in quanto il primo consiste in un'errata scelta delle mappe logiche utilizzate, viceversa nella seconda l'albero delle decisioni scelte risulta corretto ma il ragionamento utilizzato presenta dei meccanismi logico – decisionali viziati da variabili non pienamente ponderate o ponderabili a priori. A ciò, si aggiunga che la peculiarità del ragionamento giuridico, data dalla sua necessità di guardare ai fatti non nella loro complessità ma soltanto come a possibili fattispecie concrete di fattispecie normative astratte, aumenta il rischio di ancorarsi degli stereotipi. Questa è una delle ragioni per le quali un eccesso di esperienza in un dato settore può persino diminuire la qualità della attività professionale.

Per meglio capire gli obiettivi di questa tesi si rende necessaria una breve digressione di alcune nozioni di psicologia e psichiatria. Nei paragrafi seguenti si cercherà di spiegare due concetti chiave nelle decisioni dei magistrati: euristica e bias.

1.2 - Euristica

Nel ragionamento giuridico ben si possono insinuare fattori psicologici che possono portare ad alterare, anche sistematicamente le decisioni degli interpreti. Nello specifico,

¹³ Cfr. L. COMINELLI, *Cognizione del diritto: per una sociologia cognitiva dell'agire giuridico* – Franco Angeli editore, Milano 2015, p. 62.

il cervello umano, nella fase deliberativa, ricorre a meccanismi euristici, i quali permettono al decisore di addivenire a una soluzione complessa nel modo più efficiente possibile. Le euristiche, proprio perché basate su “scorciatoie” decisionali non rispettano tutti i passaggi del ragionamento logico, e pertanto non garantiscono la soluzione del problema, ma consentono al decisore di avvicinarsi all’obiettivo.

Fin dai primi studi di Simon¹⁴ – 1956 - il concetto di *homo oeconomicus*, vale a dire un soggetto perfettamente razionale in grado di scegliere sempre la soluzione ottima al problema postogli¹⁵, subisce un forte ridimensionamento, in quanto tali modelli risultano difficilmente applicabili ai casi concreti.

Per esempio, Tizio nato a Milano, appena diplomato deve iscriversi all’università ma non sa quale scegliere. In Italia ci sono 68 università statali. Un essere perfettamente razionale visiterebbe tutti gli atenei per poi scegliere quello migliore per le sue esigenze. In realtà Tizio, difficilmente visiterà tutti gli atenei, più verosimilmente selezionerà tre o quattro opzioni e concentrerà la sua attenzione su quelle.

Alla luce del semplice ma efficace esempio, possiamo definire l’euristica anche come una strategia che consente all’individuo di risolvere un problema - la scelta dell’università -, compatibilmente con la complessità del compito in relazione alla limitatezza dei suoi sistemi di elaborazione e immagazzinamento delle informazioni, nonché alla scarsità di tempo a disposizione per decidere.

Con il termine **euristica** si definisce uno stratagemma mentale, una regola semplice e approssimativa, che utilizziamo quando ci troviamo di fronte a una situazione complessa che deve essere risolta. Per esempio, tendiamo a valutare la distanza di un oggetto calcolando la nitidezza con cui riceviamo la sua immagine. Siamo portati a credere che più è chiara e nitida l’immagine, più vicino sia l’oggetto. Tale procedura funziona nella maggior parte dei casi e si rivela particolarmente utile per valutare velocemente la distanza degli oggetti mentre guidiamo. Tuttavia, la valutazione delle distanze mediante tale approccio risulta errata in condizioni d’illuminazione molto forte.

¹⁴ H. SIMON; *Rational Choice and the Structure of the Environment* – 1956 –

https://uk.sagepub.com/sites/default/files/upm-binaries/25239_Chater-Vol_1~Ch_03.pdf

¹⁵per maggiori approfondimenti circa la teoria della perfetta razionalità e al concetto di *homo oeconomicus* si rimanda a - S. CARUSO, *Homo oeconomicus. Paradigma, critiche, revisioni* - Firenze University Press, Firenze 2012.

Le principali teorie euristiche derivano dal paradigma della *Social Cognition*¹⁶. Quest'ultime considerano il sistema cognitivo umano come un sistema a risorse limitate, il quale non potendo risolvere problemi tramite processi algoritmici, fa uso di euristiche come efficienti strategie per semplificare le decisioni e risolvere problemi complessi in breve tempo. Tale modello viene definito da Taylor come *modello di individuo come economizzatore di risorse*; l'individuo possiede molte strategie cognitive alle quali fare ricorso per adattarsi ai *bisogni* e agli scopi di una determinata situazione, e grazie all'euristica l'individuo è in grado di pensare e agire rapidamente, sia in fase di raccolta delle informazioni, che in fase di elaborazione della realtà circostante. Tuttavia, proprio perché raccolte rapidamente le informazioni, possono presentare delle discrasie tra ciò che è realmente e ciò che è stato percepito velocemente¹⁷.

Nella psicologia si tendono a racchiudere le euristiche in quattro macro-aree:

- **Euristiche della rappresentatività**

L'euristica della rappresentatività consiste in una scorciatoia di pensiero, la quale consente di ridurre la soluzione di un problema inferenziale complesso, riportandolo a un 'operazione di giudizio particolarmente semplice. Tale euristica induce a valutare la probabilità di un'ipotesi, sulla base di un giudizio di similarità. Nel 2005 Kahneman e Frederick teorizzarono che l'euristica cognitiva funzionasse per mezzo di un sistema chiamato sostituzione dell'attributo, che avviene senza consapevolezza.¹⁸

- **Euristiche della disponibilità**

¹⁶ La psicologia sociale sin dai suoi albori ha elaborato un approccio cognitivo in base al quale la persona viene considerata come un individuo attivo in grado di elaborare le informazioni provenienti dall'ambiente in modo da orientare il proprio comportamento – PALOMARI, CAVAZZA e RUBINI; *Psicologia Sociale* – University of Verona, Il Mulino, Bologna 2002.

¹⁷ S.E. TAYLOR, *The interface of cognitive and social psychology*. In *Cognition, social behavior, and the environment* – In D. L. HAMILTON, *Cognitive processes in stereotyping and intergroup behavior* (pp. 83–114). Lawrence Erlbaum Associates Inc., New Jersey 1981.

¹⁸ D. KAHNEMAN, S. FREDERIK; *A model of heuristic Judgment* - in *The Cambridge handbook of thinking and reasoning*, 2 Feb. 2015 – <https://pdfs.semanticscholar.org/853c/2304f0b6455f27677023e19ffc30dc6ca683.pdf>

L'euristica della disponibilità valuta la probabilità che si verifichi un determinato evento sulla base della facilità con cui ricordiamo o siamo in grado di pensare ad esempi relativi. Tendenzialmente elementi che appartengono a una classe ampia vengono ricordati meglio e più velocemente di elementi che appartengono a classi ridotte; così come eventi ritenuti molto probabili sono ricordati meglio di eventi ritenuti poco probabili.

- **Euristiche dell'ancoraggio**

L'euristica di ancoraggio ovvero di correzione del dato iniziale, si verifica in condizioni d'incertezza *ab origine*; le persone riducono l'ambiguità "ancorandosi" a un valore di riferimento iniziale certo, per poi operare degli aggiustamenti con processi di avvicinamento al risultato sperato o preventivato. In altre parole, si tratta di processi di stima di un qualche valore, partendo da un dato iniziale, rispetto al quale si affianca un nuovo dato.

- **Euristiche della simulazione**

L'euristica della simulazione probabilmente è quella più rilevante per il diritto penale, in particolare è il meccanismo cognitivo che entra in gioco nella valutazione dei reati in forma omissiva. Si tratta infatti dell'euristica del pensiero controfattuale, vale a dire del processo attraverso il quale decomponiamo il passato per poi ricostruirlo in un futuro alternativo.

Kahneman e Tversky postulano che più è facile immaginare un esito alternativo maggiori saranno le reazioni affettive dell'individuo.¹⁹

Quando poi le euristiche spontanee nei confronti di un dato problema o in un determinato contesto applicativo convergono sistematicamente, oppure quando si è portati ripetere il processo logico-decisionale, si rivela un bias, e cioè:

“un giudizio (o un pregiudizio), non necessariamente corrispondente all'evidenza, sviluppato sulla base dell'interpretazione delle

¹⁹ A. TVERSKY, D. KAHNEMAN; *Rational Choice and the Framing of Decisions* – in *The Journal of Business* Vol. 59, *The Behavioral Foundations of Economic Theory*, 1986.

informazioni in possesso, anche se non logicamente o semanticamente connesse tra loro, che porta dunque ad un errore di valutazione o a mancanza di oggettività di giudizio²⁰.”

Ai giorni nostri esiste molta letteratura relativa allo studio delle euristiche - Groner & Bischof (1983); Evans (1989) -. Tuttavia altri autori, per esempio Wallsten, Fillenbaum e Cox, criticano gli studi sull’euristica. Essi ritengono che tali studi non abbiano prodotto delle teorie sul giudizio umano, ma un lungo elenco di errori sistematici.²¹²²

Ciò nonostante, a parere di chi scrive, gli studi, prima di Simon sull’euristica, successivamente approfonditi da Kahneman e Tversky mettono in luce come l’essere umano agisca in contesti a razionalità limitata, in quanto è impossibile che l’agente decisore al momento del giudizio o della risoluzione del problema possa calcolare tutte le variabili. In particolare, le fonti dell’errore nel giudizio in presenza di euristiche non dipendono dall’errato calcolo delle probabilità, ma dall’elaborazione delle informazioni necessari per esprimere il giudizio probabilistico.

In particolare, partendo dagli studi di Damasio²³, circa l’errore di Cartesio²⁴ nello scindere completamente l’area dell’encefalo preposta all’intelletto rispetto a quella dedicata alle emozioni, gli psicologi sono arrivati a creare una mappa delle aree preposte all’euristica e ai bias cognitivi. Infatti, le tecniche di studio del cervello *in vivo*

²⁰ Cit. L. CANNITO, *Cosa sono i bias Cognitivi* – in *EconomiaComportamentale.it* – Università di Pescara – 17 luglio 2017.

²¹ T. S. WALLSTEN, S. FILLENBAUM, J. A. COX; *Base rate effects on the interpretations of probability and frequency expressions* - *Journal of Memory and Language*, 1986.
- <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/0749596X86900124>

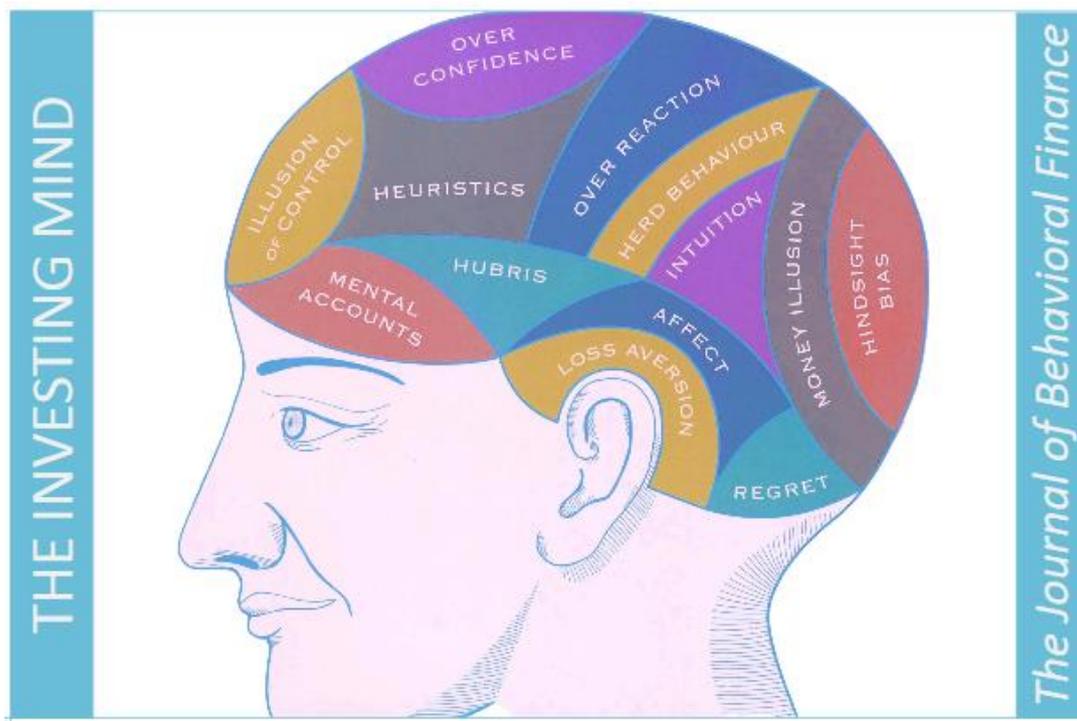
²² v. su tutti T. S. WALLSTEN; *The theoretical status of Judgmental Heuristics* – in *Advances in Psychology* Vol. 16, 1983 –
<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0166411508621925>

²³ A. R. DAMASIO, *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano* - Adelphi, 1995.

²⁴ Nei suoi studi Cartesio mette in forte relazione il concetto di razionalità con quello di intelligenza matematica. Il filosofo postula, commettendo un errore di base, che i pensieri di cui possiamo essere certi sono evidenze primarie alla ragione e che il ragionamento non serve a dimostrare idee di per sé evidenti ma a impararle.

hanno individuato un sostrato fisico delle emozioni e delle percezioni nell'attività neuronale e nel macchinario biologico della ragione.²⁵

L'elaborazione emozionale richiede un'integrazione talamo-corticale e interemisferica. Le emozioni sono funzioni biologiche che si sono evolute per permettere agli esseri viventi di sopravvivere e riprodursi e come tali possono assumere la veste di atti valutativi automatici con conseguenze inconsapevoli, che tuttavia possono tener conto dell'esperienza passata. Raggiunto lo stato di coscienza, le emozioni consentono di addivenire alla soluzione corretta con un minor dispendio energetico rispetto a una scelta compiuta razionalmente.²⁶



²⁵ Cit. L. COMINELLI, *Neuroprova e bias giudiziario* – in *Filosofia del diritto e nuove tecnologie*, dicembre 2015, p.183. Il Cominelli riprende gli studi del DAMASIO (1994) rappresentando come le sensazioni convergono nel cervello in modo entropico. Egli illustra come nel cervello la sede della *razionalità* si presume sia nell'area neocorticale, ma in realtà tale assioma sia solo apparente, in quanto il circuito legato al Sistema 2 (v. infra § 1.3) si attivi solo insieme ad altre aree del cervello, come l'amigdala o la corteccia cingolata anteriore. Tuttavia, sia nell'amigdala che nella corteccia cingolata anteriore, sono collocati neuroni predisposti al circuito della memoria.

Tale circuito, tuttavia, è legato alle emozioni: più un evento suscita a una forte emozione o sensazione, maggiore sarà la possibilità che il soggetto riesca a ricordare nel dettaglio.

²⁶ M. NEGRELLI, appunti di Medicina e Chirurgia – Università degli studi dell'Insubria, a.a. 2017/18 - in riferimento a *"Fisiologia dell'uomo"* a cura di P. E. DI PRAMPERO e A. VEICSTEINAS, Edi-Ermes, Milano 2012.

1.3 - Bias cognitivo

I bias cognitivi sono costrutti basati, al di fuori del giudizio critico, su percezioni errate o deformate, su pregiudizi e ideologie. Essendo riconducibili all'euristica cognitiva, possono essere utilizzati per prendere decisioni in fretta con il minor dispendio d'energia. Nella maggior parte dei casi si tratta di errori cognitivi che impattano nella vita di tutti i giorni, non solo su decisioni giudiziali o comportamenti complessi, ma anche sui processi di pensiero basilari e di vita quotidiana.

Pertanto, possiamo definire i bias come particolari euristiche che si insinuano sistematicamente nei giudizi, diventando pregiudizi. Viceversa, le euristiche cognitive funzionano come una scorciatoia mentale e permettono di avere accesso a informazioni immagazzinate in memoria.

Infatti, i contributi provenienti dalla psicologia evoluzionistica dimostrano come nel tempo, il sistema cognitivo umano si sia adeguato alle richieste dell'ambiente esterno sviluppando svariate strategie di ragionamento e decisione, e con l'evoluzione del ragionamento umano si ritrovano le euristiche.

Il ragionamento di tipo euristico, in opposizione a quello di tipo algoritmico, come più volte ripetuto prevede che si giunga ad una risposta basandosi sull'intuizione piuttosto che seguendo un procedimento di verifica sequenziale degli step necessari allo scopo. Tale stile decisionale è preferibile in quelle circostanze in cui la scarsità di risorse cognitive e di risorse temporali impediscono una valutazione approfondita e ponderata di tutti gli elementi o quando l'output richiesto al sistema cognitivo concerne procedure familiari o già consolidate.

Uno studio dell'Università di Verona, di seguito riportato e integrato nella tabella sottostante, ha permesso di unificare gli studi Arnott (2006); Baron (2008); Carter, Kaufmann & Michel (2007); Stanovich & West (2008); Tversky & Kahneman (1974) creando una tassonomia e una classificazione delle principali euristiche e dei principali bias cognitivi²⁷.

²⁷Per lo studio completo v. A. CESCHI, R. SARTORI, E. RUBALTELLI; *Un approccio empirico per una tassonomia delle eristiche e dei bias cognitivi* – University of Verona - http://www.univr.it/documenti/AllegatiOA/allegatooa_25237.pdf

BIAS	Descrizione
Affection effect	Riguarda l'influenza della connotazione affettiva verso gli oggetti che può alterare il processo razionale di presa di decisioni.
Anchoring heuristic	Riguarda l'effetto che hanno i punti di riferimento nelle valutazioni compiute dagli individui.
Aversion to ambiguity	I decisori sono avversi all'ambiguità
Availability heuristic	Alcuni eventi, fatti od oggetti vengono maggiormente considerati perché facilmente richiamabili.
Base rate fallacy	È la tendenza a ignorare il <i>ratio</i> di una popolazione a favore della rappresentazione mentale.
Belief bias	Si tratta di un bias cognitivo che induce gli individui a prendere una decisione sulla base delle loro convinzioni.
Confirmation bias	Si tratta di una tendenza che induce gli individui a preferire le informazioni che confermano le loro ipotesi ed evitare quelle che le sconfessano.
Conjunction fallacy	Violazione di una norma logica che si verifica quando alcuni eventi rappresentativi vengono considerati più probabili di quanto in realtà lo siano.
Distinction bias	Gli individui nei processi decisionali sono influenzati dalla modalità di valutazione: singola o congiunta.
Endowment effect	Effetto che porta gli individui ad assegnare un valore maggiore a ciò che già possiedono
Forer effect	Gli individui tendono ad accettare le descrizioni di personalità vaghe e generali come applicabili unicamente a sé stessi, senza rendersi conto che la stessa descrizione potrebbe essere applicata a chiunque.

Framing	È un fenomeno che influenza la percezione decisionale, sulla base di un contesto di decisione positivo o negativo.
Gambler's fallacy	Si tratta di un effetto che induce gli individui a considerare brevi sequenze dettate dal caso come statisticamente rilevanti.
Hindsight bias²⁸	Si tratta di un processo mentale che induce gli individui a considerare un evento già verificatosi come più prevedibile di quanto in realtà sia. Le spiegazioni a tale bias possono essere sia di tipo cognitivo che di tipo motivazionale
Hyperbolic discounting	Fenomeno che induce le persone a preferire dinamiche incoerenti nella scelta di opzioni future.
Information bias	Bias dovuto a una irrazionale gestione delle informazioni.
Illusion of superiority	Spesso in alcune attività, gli individui tendono ad auto-valutarsi come superiori alla media.
Imaginability bias	Eventi facilmente immaginabili vengono considerati come più probabili.
Opportunity cost	È il costo dell'opzione non scelta, in generale inferiore al costo dell'opzione già scelta.
Optimism bias	Tendenza a considerare un esito futuro come più probabile se positivo ma meno probabile se negativo.
Planning fallacy	Illusione che porta gli individui a sottovalutare il tempo

²⁸ Secondo il Cominelli – v. *Cognizione del diritto: per una sociologia cognitiva dell'agire giuridico*, pp.221 e ss – la spiegazione motivazionale risiederebbe nella volontà innata dell'individuo di percepire il mondo come il più stabile possibile, pertanto egli si auto-illude di che gli eventi nefasti siano facilmente prevedibili. Invece la spiegazione dell'hindsight bias attraverso le teorie cognitive risiederebbe nel fatto che, la conoscenza postuma dell'evento già verificatosi, altererebbe in maniera inconscia la percezione della probabilità di verificarsi dell'evento stesso.

Per esempio, in seguito alla vittoria del Leicester City F.C. della Premier League nel 2016 – evento quotato 5000:1 – un soggetto potrebbe essere più propenso a sovrastimare la ripetizione dell'evento proprio perché verificatosi.

	necessario per completare un compito.
Prominence effect	Fenomeno che succede quando un'opzione presenta un attributo importante che influenza le preferenze rispetto a un confronto diretto tra le diverse opzioni.
Pseudo certainty effect	Effetto che induce gli individui a considerare un risultato come più certo di quanto in realtà sia.
Reference price	Tendenza ad assegnare un prezzo ad un oggetto sulla base del contesto di riferimento.
Regression toward the mean	Fenomeno che induce gli individui a non considerare l'effetto del caso su una serie di eventi
Regret aversion	Tendenza a evitare il rimpianto su scelte già effettuate
Sunk costs fallacy	In economia i sunk costs sono spese di bilancio già sostenute e non più recuperabili, sono direttamente riconducibili al concetto di barriera all'ingresso. In presenza di costi non recuperabili si può arrivare a sovrastimare tale spesa fino al punto di compromettere la futura gestione dell'attività stessa.
Self-serving bias	Bias che si verifica quando gli individui attribuiscono i loro successi a fattori interni o personali e i loro fallimenti a fattori situazionali, indipendenti dalla loro volontà.
The extra-cost effect	Si tratta di un effetto che porta gli individui a valutare maggiormente un costo perché già sostenuto.
Representative bias	È la disposizione a violare il calcolo probabilistico bayesiano a favore di un'opzione rappresentativa.
Wishful thinking	Tendenza a valutare un evento come più probabile perché maggiormente desiderato ²⁹ .

²⁹ Nella sentenza di Cassazione n° 1636/98 (v. infra § 1.4) i giudici in motivazione tendono a sovrastimare una possibilità compatibile e rafforzativa della decisione rapida presa in precedenza, e ritenere quasi impossibile la versione in contrasto con quanto affermato nel dispositivo della sentenza.

Zero risk bias

Tendenza a evitare ogni forma di rischio e a preferire un'opzione che potrebbe eliminare ogni minaccia a scapito dell'utilità attesa delle altre opzioni.

Presumere che il mondo del diritto sia estraneo al concetto di euristica oppure che gli agenti decisori non possano cadere vittima di trappole mentali inconse, a parere di chi scrive, non è veritiero. Infatti, nel proseguo dell'elaborato si cercherà di dimostrare, anche attraverso l'analisi di casi concreti, come in realtà le scelte e il potere discrezionale del giudice, in specie penale, sia regolato più da meccanismi decisionali di stampo euristico, piuttosto che logico-meccanici. Tale affermazione non vuole porsi come critica alle decisioni giudiziarie, soprattutto, in virtù del fatto che le valutazioni euristiche, nel maggior parte dei casi, sono tecnicamente corrette e producono il medesimo risultato finale che avrebbe prodotto una valutazione ponderata. In vero si vuole dimostrare come vi sia interdipendenza tra l'agire in modo razionale e l'agire in modo intuitivo.³⁰

1.4 - Euristica e bias nella ricostruzione del fatto giudiziario

[...]Giudizio e decisione sono attività mentali intimamente intrecciate, ma separabili perché la decisione presuppone il giudizio.³¹

La risoluzione di problemi di qualsiasi specie e natura richiede un certo grado di creatività e una capacità di metacognizione, vale a dire una consapevolezza del modo in cui si sviluppano gli itinerari conoscitivi e dei metodi necessari per arrivare alla soluzione.

L'incertezza impone al giudicante di contemplare e integrare due fonti di informazione:

- **l'esito della decisione**
- **la quantità di incertezza corrispondente al prodursi dell'esito**

³⁰ L. COMINELLI, *Cognizione del diritto: per una sociologia cognitiva dell'agire giuridico* – Franco Angeli editore, Milano 2015 – in relazione agli studi di C.R. SUNSTEIN e R.H. THALER, *Nudge. La spinta gentile* - Feltrinelli, Milano 2014.

³¹ Cit. A. COSTANZO - Scuola Superiore della Magistratura – 21 Maggio 2014.