

UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE

Sede di Milano

Facoltà di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza



UNIVERSITÀ
CATTOLICA
del Sacro Cuore

GIUSTIZIA POETICA E SISTEMA PENALE

Relatore: Chiar.mo Prof. Luciano EUSEBI

Tesi di Laurea di:

Jacqueline Diana CANAVESI SPREAFICO

N° Matricola: 4002346

Anno Accademico 2023 / 2024

Ai miei genitori, tutti e tre.

*A Barbara, mio sicurissimo porto,
a Gian Luca ed Edoardo
suoi fedeli custodi.*



P. PICASSO, *Le Poète (Il Poeta)*, 1911, olio su tela di lino, 131,2 x 89,5 cm, Venezia, Collezione Peggy Guggenheim (Fondazione Solomon R. Guggenheim, New York), 76.2553 PG 1.

«Il quadro è dipinto durante l'estate del 1911, nel periodo in cui Pablo Picasso lavora a stretto contatto con George Braque nei Pirenei francesi, e segna un momento preciso nello sviluppo del Cubismo analitico presentando un grado di astrazione tale che gli oggetti sono quasi irriconoscibili. Come indica il titolo, qui è la forma umana a essere sezionata e ricomposta. Nonostante l'elusività degli indizi visivi, si distingue al centro una figura piramidale densamente articolata, che, nel cromatismo e nella struttura, si fonde con gli scarsi dettagli del fondo. Picasso rappresenta visioni multiple di ciascun oggetto, come se gli girasse attorno, sintetizzandole in un'immagine composta. La frammentarietà di tale immagine spinge tuttavia a una lettura di tipo astratto, piuttosto che rappresentativo. I diversi volumi visuali della figura e degli oggetti si dissolvono in una composizione non oggettiva di linee, piani, luce e colori. La continuità delle linee nelle diverse visuali compenetranti crea l'illusione di un sistema di piani più vasti, che pure fluttuano in questo spazio indefinito, sebbene ancorati a una precisa struttura. La sobrietà cromatica che caratterizza questo periodo di Picasso e Braque è consona alla natura cerebrale dei problemi con cui essi si confrontano».

guggenheim-venice.it

GIUSTIZIA POETICA E SISTEMA PENALE

PREMESSA.....	15
---------------	----

CAPITOLO I

IL GIUDIZIO PENALE TRA RAGIONE E SENTIMENTO

1. Un breve necessario riepilogo storico.....	21
1.1. Il giudice: da sacerdote del diritto a <i>bocca della legge</i>	21
1.2. Nascita di un convincimento libero	24
1.3. Interpretazione della legge e discrezionalità del giudice	27
1.4. La motivazione delle sentenze: storia di una rivoluzione.....	29
2. Libero convincimento, discrezionalità e motivazione: profili oltre la storia .	32
2.1. Natura e fonti del libero convincimento.....	32
2.2. Discrezionalità del giudice e commisurazione della pena	34
2.2.1. Discrezionalità e arbitrio giudiziale.....	39
2.2.2. La concezione bifasica della discrezionalità.....	40
2.2.3. L'art. 133 c.p. come paradigma della discrezionalità	42
2.2.4. Discrezionalità e proporzionalità della pena	47
2.3. Diritto e dovere di motivazione.....	53
3. Errori giudiziari e processi mediatici.....	55
3.1. Lo spettro dell'errore giudiziario	55
3.2. Lo splendore dei processi	59
3.3. Effetti collaterali della giustizia mediatica	63
3.4. I paraocchi della Suprema Corte.....	67

4. Emotività e razionalità: il rischio di una doppia deriva.....	69
4.1. La deriva emotiva	70
4.1.1. Il diritto penale d'autore: la <i>logica del nemico</i>	71
4.1.2. L'immigrato irregolare e il recidivo	72
4.2. La deriva razionalista	77
4.2.1. <i>Junk science</i> : cosa è scienza e cosa non lo è	79
4.2.2. Il <i>mercato</i> della scienza.	80
5. Emozioni e giudizio penale.....	81
5.1. Il ruolo epistemico delle emozioni: lo studio di M.S. Brady	83
5.2. L'esperienza diretta di André Gide tra determinismo ed emozioni	88
5.3. Emozioni e giudizio di legittimità	92
6. Alcune prime considerazioni conclusive	94

CAPITOLO I

UN'INTELLIGENZA DIVERSA

1. Premessa	95
2. L'error in iudicando.....	96
3. L' <i>homo juridicus</i> e le trappole cognitive	98
3.1. I cinque <i>bias</i> più temuti: gli esperimenti di Guthrie, Rachlinski e Wistrich.....	100
3.1.1. Il <i>bias</i> dell'ancoraggio	101
3.1.2. Segue. L' <i>effetto framing</i>	103
3.1.3. Segue. Il <i>bias</i> «del senno del poi» o <i>hindsight bias</i>	105
3.1.4. Segue. L'euristica della rappresentatività	107
3.1.5. Segue. Il <i>bias</i> egocentrico	109
3.1.6. Risultati dello studio.....	111

4. Intelligenza artificiale e giustizia penale	113
4.1. Diritto penale e tecnologia.....	113
4.2. Cos'è l'intelligenza artificiale: <i>can machines think?</i>	116
4.3. <i>Machina deliquere (et puniri) non potest?</i> I.A. e responsabilità	118
5. Algoritmi predittivi: <i>policing</i> e <i>sentencing</i>	121
5.1. <i>Predictive policing</i>	122
5.2. Segue. I.A. e <i>sentencing</i> : il software COMPAS e il caso Eric Loomis	125
6. Alcune considerazioni conclusive	129

CAPITOLO III

IL GIUDICE POETA SECONDO MARTHA NUSSBAUM

1. Premessa	133
2. Il giudizio: un dramma umano <i>particolare</i>	135
3. Il pensiero di Martha Nussbaum	139
3.1. Contro utilitarismo e contrattualismo	139
3.2. Il recupero delle emozioni e della <i>gratuità</i>	140
3.3. L'immaginazione letteraria.....	143
3.4. Lo spettatore imparziale.....	146
3.5. Segue. La figura del <i>giudice poeta</i>	150
3.5.1. Il romanzo: una chiave d'accesso alla complessità umana.....	153
3.5.2. La posizione del <i>giudice poeta</i> e i suoi antagonisti.....	157
3.5.3. Il giudice come arbitro del diverso. Casi giurisprudenziali	163
3.5.3.1. <i>Hudson v. Palmer</i> , Corte Suprema degli Stati Uniti, 1984: la <i>dissenting opinion</i> del giudice Stevens	164
3.5.3.2. <i>Mary J. Carr v. Allison Gas Turbine Division, General</i>	

Motors Corporation, Corte d'Appello degli Stati Uniti per il settimo circuito giudiziario, 1994: l'opinione del giudice Posner	171
4. Letteratura e diritto: un binomio vincente.....	179
5. Verità, narrazione, riparazione.....	183
6. Il ristoro della letteratura: il caso italiano di un <i>giudice poeta</i>	188
7. Conclusioni. La giustizia poetica come risposta alla <i>crisi di umanità</i> del diritto	207
BIBLIOGRAFIA	215
RINGRAZIAMENTI	

PREMESSA

Nel momento in cui ci si accinge a circoscrivere un'entità sul piano concettuale, ovvero a definirla, è necessario compiere l'inevitabile sforzo di astrarla dal contesto in cui l'abbiamo colta e prendere le distanze dal suo oggetto. Tale esercizio è prerogativa del filosofo, ragion per cui, il terreno si fa sempre più scivoloso per il profano che non demorde dal suo proposito. Al contrario, il giurista, che si muove nel campo dell'«immane concretezza»¹, non può trascendere la realtà in cui si trova immerso e non può discostarsi dalle vicende umane in cui si trova coinvolto in veste di legislatore e, *a fortiori*, di giudice.

Chi si imbatte per la prima volta nell'espressione *giustizia poetica*, non può che soffermarsi e comprensibilmente stupirsi di fronte all'accostamento insolito, se non dissonante, dell'aggettivo al sostantivo. Il verbo greco ποιέω (*poiéō*), da cui ποίησις (*poiésis*), ovvero la creazione dal nulla, sottende un forte significato pratico, inscindibilmente legato alla figura dell'autore o, meglio, del creatore, ὁ ποιητής (o *poietés*). Questi, a differenza di quanto comunemente si crede, non vive dissociato dal mondo e non osserva con distacco gli eventi proponendone una rappresentazione edulcorata: il poeta partecipa direttamente e attivamente agli avvenimenti dell'umanità e ne fa esperienza in quanto uomo.

Lo stesso può dirsi del giudice, visceralmente legato alla sua creazione, la sentenza. Egli, chiamato all'imparzialità rispetto alla vicenda oggetto del suo giudizio e alla terzietà rispetto alle parti, è, in realtà, parte costituente e determinante del giudizio, al pari dello scienziato nei confronti del suo esperimento e del risultato che ne consegue.

Premessa dunque la pregnanza semantica dell'aggettivo «poetica», rimane da chiarire cos'abbia la poesia a che fare con la giustizia.

L'espressione *poetic justice* è stata coniata nel 1678 dal critico letterario inglese Thomas Rymer², il quale definisce in tal modo il meccanismo tipico di molte

¹ G. FORTI, *L'immane concretezza*, Cortina, Milano, 2000.

² T. RYMER, *The tragedies of the last age consider'd and examin'd by the practice of the ancients and by the common sense of all ages in a letter to Fleetwood Shepheard, Esq.*, Tonson, Londra, 1678.

opere letterarie, nelle quali, al termine della vicenda narrata, viene ristabilito l'equilibrio punendo il vizio e premiando la virtù³. Questo modello di giustizia rappresenta, dunque, la reazione ad «un'istanza utopica di conoscenza»⁴, cui la poesia e la narrazione rispondono delineando il carattere di ciascun personaggio al fine di determinarne l'individualità. Lo stesso ci si auspica possa accadere anche durante il processo penale, sul cui palcoscenico si intrecciano le vicende di uomini, ciascuno protagonista di una storia unica e irripetibile, che, raccontata da diverse prospettive, assume contorni differenti a seconda del narratore (pubblico ministero, giudice, difensore, etc.) che si impegna nella sua più o meno fedele ricostruzione.

Due secoli più tardi, il celebre poeta statunitense Walt Whitman, introducendo con i suoi versi la figura del *giudice poeta*, di cui si tratterà ampiamente nell'ultimo capitolo del presente elaborato, paragona il giudizio del poeta ai raggi del sole che avvolgono un oggetto inerte, illuminandone ogni singolo dettaglio: nulla è nascosto alla sua percezione, nulla è lasciato nell'oscurità.

Il *giudizio poetico* è, dunque, l'atto del ri-velare per poter ri-levare ogni singolo aspetto del mondo umano e considerarlo così nella sua interezza. Il risultato, come sintetizzato da Martha Nussbaum, che fa della *giustizia poetica* uno dei principali temi del suo pensiero, è una «neutralità giudiziale legata non a una vaga generalità, ma ad una ricca concretezza storica»⁵.

Per giungere a delineare i profili del *giudice poeta* è però necessario partire dal passato, ripercorrendo le principali tappe storiche che hanno segnato l'evoluzione del giudizio, per poi approdare al presente e dirigere un ampio sguardo al futuro. Infine, la proposta alternativa della *giustizia poetica*: il recupero dell'intelligenza (anche emotiva) dell'uomo, insostituibile attore e spettatore della sua realtà.

Il primo capitolo si apre con un riepilogo storico del ruolo del giudice a partire dall'*Ancien Regime*. Il fine della premessa storica è quello di ripercorrere le principali tappe dell'evoluzione non solo della figura del giudice, ma anche di due principî su cui si fonda il suo operato: il libero convincimento e la discrezionalità.

³ ENCYCLOPEDIA BRITANNICA, <https://www.britannica.com/art/poetic-justice-literature>, ultimo accesso il 12 febbraio 2024.

⁴ I. TESTA, *Autorizzare la speranza. Giustizia poetica e futuro radicale*, Interlinea, Novara, 2023, p. 24.

⁵ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica. Immaginazione letteraria e vita civile*, Mimesis, Milano 2012, p. 126.

Conoscere, infatti, il percorso intrapreso da queste due fondamentali idee che soggiacciono all'attività del magistrato in sede di giudizio permette di comprendere meglio ciò che significa oggi assumere una decisione avente per oggetto la responsabilità di un individuo per un fatto commesso nel passato e perciò irripetibile.

A seguire, si affronterà il tema dell'errore giudiziario, che verrà ripreso anche nel secondo capitolo. L'errore nella valutazione delle prove e nella ricostruzione dei fatti a partire dai loro enunciati è un rischio costante anche per il più scrupoloso tra i giudici. Esistono itinerari ben precisi, che, una volta intrapresi, possono condurre all'errore con una altissima probabilità: si tratta di due derive opposte ma ugualmente pericolose. La prima rappresenta la tendenza del giudicante ad assecondare le spinte emotive proprie e della collettività, ulteriormente sostenute dall'eco dei processi mediatici, vera piaga della nostra epoca. La seconda, invece, prende piede in maniera più subdola, seducendo il giudice e convincendolo ad affidarsi ciecamente a tutto ciò che vesta i panni della scienza, senza curarsi troppo dell'attendibilità dei singoli dati e della loro validità nel contesto concreto in cui egli è chiamato ad esprimersi.

Il secondo capitolo è dedicato ad un argomento di estrema attualità: l'intelligenza artificiale applicata al processo penale.

Trattasi di un'intelligenza *diversa, aliena*, ma, in realtà, creata dall'uomo come supporto alle sue attività, tra cui rientra anche quella del giudizio nei confronti di condotte penalmente illecite. Per comprendere la portata di questo fenomeno, vengono illustrate alcune tra le principali trappole cognitive, di cui si presentano vari esempi. Questi insidiosi *bias*, inserendosi nel percorso di valutazione della vicenda da parte giudice, conducono ineluttabilmente alla produzione di errori giudiziari, cui l'intelligenza artificiale vorrebbe porre rimedio.

Non mancano cenni anche ad altre necessità cui risponde l'intelligenza artificiale: la predizione di eventi delittuosi e la loro prevenzione. In un'ottica utopica, se non fantascientifica, i sistemi informatici sono già oggi in grado di compiere scelte che condizionano l'attività di inquirenti e giudicanti, con il fine di ridurre al minimo il margine di errore, ovvero lo scarto tra verità fattuale e verità processuale e, se possibile, addirittura, agire prima ancora che il reato venga compiuto.

Il terzo capitolo analizza il fenomeno del processo dal punto di vista della sua drammaticità, intesa nel suo significato letterale, ovvero come proprietà di ogni intreccio narrativo.

Il processo, infatti, ricostruisce e rappresenta una storia, una vicenda umana, che vede uomini e donne del nostro tempo nelle vesti di attori e spettatori, tra cui lo stesso giudice. Quest'ultimo, secondo una definizione di Adam Smith mutuata, in seguito, dalla filosofa statunitense Martha Nussbaum, è uno *spettatore imparziale* che guarda e giudica i fatti dalla *giusta* distanza, vale a dire, non tanto dalla prospettiva che gli consente di avere una visione generale, quanto, piuttosto, da quella che gli permette di porre *attenzione* al minimo *particolare*.

I termini «attenzione» e «particolare», inteso quest'ultimo sia come aggettivo sia come sostantivo, ricorrono più volte nel testo a sottolineare l'importanza di un atteggiamento di ascolto empatico da parte del giudice nei confronti della *narrazione*, tema che rimarca lo stretto rapporto tra diritto e letteratura, che è percepibile fin dalle prime righe di questo studio.

Il cuore del capitolo è rappresentato dalla presentazione della figura del *giudice poeta*, i cui caratteri distintivi vengono tratteggiati da Walt Whitman, poeta dell'Ottocento, per poi essere sapientemente rielaborati da Nussbaum nella sua opera *Giustizia poetica. Immaginazione letteraria e vita civile*, in cui l'autrice propone una visione di giustizia in netta opposizione ai criteri di utilitarismo e contrattualismo che ispirano la logica retributiva della pena.

Gli ultimi paragrafi sono, infine, dedicati all'analisi di alcuni casi giurisprudenziali, due statunitensi risalenti rispettivamente al 1984 e al 1994 e uno italiano molto più recente. Quest'ultimo vede la redazione di una vera e propria «sentenza riparativa» in cui un giudice *illuminato* affida parzialmente alla letteratura il compito di riparare l'offesa. Grazie all'attenta rilettura di alcuni passi di queste tre pronunce si possono scorgere le virtù del *giudice poeta* così come teoricamente descritte nel corso della dissertazione.

Ciò che si propone al lettore con questo studio è uno sguardo sul giudizio penale che sappia coglierne l'umanità, troppo spesso ignorata, se non addirittura rifiutata. Questo, quindi, il modello di giustizia proposto e difeso: un paradigma eccentrico, o, quantomeno, anticonformista, che mette al centro l'uomo in tutta la sua ordinarietà e in tutta la sua straordinarietà.

Uomini sono le parti coinvolte, a diverso titolo, nel giudizio penale, uomo è il giudice, figura insostituibile proprio perché in grado di cogliere e analizzare i tratti umani di ciò che, spesso, consideriamo come disumano per eccellenza, il crimine.

Capitolo I

IL GIUDIZIO PENALE TRA RAGIONE E SENTIMENTO

«Il presente (il più problematico degli aspetti del più problematico dei concetti, che è quello del tempo) non è altro che la zona illuminata davanti all'uomo, che procede al lume d'una lanterna. Così fa il giudice: cerca di illuminare quanto è possibile della strada davanti a lui. Così fa chiunque, quando deve formare un giudizio»⁶.

F. CARNELUTTI

1. Un breve necessario riepilogo storico

1.1. Il giudice: da sacerdote del diritto a bocca della legge

Durante l'*Ancien regime*, il re, per divina concessione, incarnava la giustizia ed investiva i suoi magistrati di una *scientia juris* a sua volta, come lo era il sovrano stesso, *soluta a legibus*⁷. Le sentenze erano prevalentemente pronunciate *secundum conscientiam* e non *secundum alligata et probata* e, pertanto, il concetto di giustificazione razionale era da considerarsi un vero e proprio attentato al concetto di *certezza del diritto*, la quale «era assicurata dall'esegesi arcana del magistrato» che svolgeva una «funzione quasi sacrale»⁸.

Per una prima concreta svolta sul piano della redazione delle sentenze, dobbiamo attendere la seconda metà del Settecento, con l'intervento di Bernardo

⁶ F. CARNELUTTI, *Cosa è il giudizio?*, in F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 56.

⁷ P. ALVAZZI DEL FRATE, *Autonomia, legittimazione e reclutamento della magistratura: considerazioni storiche sull'ordinamento francese*, in *Riv. Trim. di Scienza dell'Amm.*, fasc. n. 2, 2021, p. 3.

⁸ G. CANZIO, *Prefazione*, in G. M. BACCARI - P. FELICIONI, *La decisione penale tra intelligenza emotiva e intelligenza artificiale*, Giuffrè, Milano, 2023, p. X.

Tanucci, segretario di Stato e ministro del Regno di Napoli dal 1755 al 1776, grazie al quale, il 23 settembre 1774, viene emanata una Prammatica che prescrive ai giudici l'obbligo di motivazione delle sentenze⁹. L'attuazione di tale provvedimento segna, di fatto, la crisi di un sistema giuridico ormai obsoleto, che ignora il progresso scientifico, culturale e sociale dell'epoca nella quale opera.

Imporre ai giudici di fondare le proprie pronunce non tanto sulla dottrina, quanto sui testi di legge, significa, anzitutto, costringere il governo alla creazione di un diritto limpido e pienamente fruibile agli addetti ai lavori¹⁰.

A supporto del pensiero di Tanucci, Gaetano Filangieri, nelle sue riflessioni sopra la Prammatica, ribadisce la necessità di un rapido superamento dell'«arbitrio giudiziario»¹¹, riconoscendo ai magistrati unicamente la «cognizione del fatto» e quindi l'«applicazione letterale della legge»¹². Sarà opportuno costringere i giudici «a dar ragione al pubblico della giustizia delle loro decisioni», poiché dal loro operato «dipende la sorte e la tranquillità de' cittadini»¹³.

Tuttavia, va puntualizzato che, l'obbligo di motivazione delle sentenze rispondeva, in epoca borbonica, più che ad «una istanza democratica» ad un'impellente esigenza «di centralizzazione del potere», oltreché «di riorganizzazione dell'amministrazione della giustizia»¹⁴. La matrice culturale di questa concezione è da ricercarsi nel «razionalismo funzionalistico e burocratico del dispotismo illuminato» piuttosto che in un'ideologia illuministica e democratica *ante litteram*¹⁵. Era, infatti, primario interesse del sovrano conoscere non solo l'operato dei giudici, ma anche il loro pensiero, così da poter esercitare il proprio potere al riparo da un agire incontrollato della magistratura.

⁹ «Si spieghi la ragione di decidere o sieno li motivi su quali la decisione è appoggiata, incaricando Sua Maestà per rimuovere quanto più si possa da giudizi lo arbitrio ed allontanare da' Giudici ogni sospetto di parzialità, che le decisioni si fondino non già sulle nude autorità de' Dottori, che han purtroppo colle loro opinioni o alterato o reso incerto ed arbitrato il diritto, ma sulle leggi espresse del Regno o comuni. E quando non vi sia Legge espressa per lo caso di cui si tratta e si abbia da ricorrere alla interpretazione o estensione della legge, vuole il Re che questo si faccia dal giudice, in maniera che le due premesse dello argomento sieno sempre fondate sulle Leggi espresse e letterali. E quando il caso sia tutto nuovo o talmente dubio che non possa decidersi colla Legge, né collo argomento della Legge, allora vuole il Re che si riferisca alla Maestà Sua per attendere il Sovrano oracolo» (R. BISSO, *De recto jurisprudentiae ministerio*, in *Opuscoli di autori siciliani*, Vol. XVII, Palermo, 1776, p. 282 s.).

¹⁰ R. CANCELILA, *Autorità sovrana e potere feudale nella Sicilia moderna*, in *Quaderni Mediterranea. Ric. storiche*, fasc. n. 24, Palermo, 2013, p. 174.

¹¹ G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche su l'ultima legge del sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia*, Napoli, 1774, p. 11.

¹² G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche*, cit., p. 35.

¹³ G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche*, cit., p. 49.

¹⁴ R. CANCELILA, *Autorità sovrana e potere feudale*, cit., p. 178.

¹⁵ M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975, p. 334 s.

Lo stesso Cesare Beccaria, già un decennio prima, sosteneva che il giudice avesse, come unico onere, l'esame delle condotte dei cittadini e, quindi, il giudizio circa la conformità o difformità di queste alle leggi scritte¹⁶. Anche il celebre illuminista milanese invitava, pertanto, il magistrato a porgere l'orecchio alla «costante e fissa voce della legge» e a prendere le opportune distanze da «l'errante instabilità delle interpretazioni»¹⁷.

Con lo scoppio della Rivoluzione francese ed il successivo progressivo smantellamento dell'apparato istituzionale dello stato assoluto, il rapporto del giudice con la legge diviene ancora più stretto: sono ormai lontani i tempi in cui il giudice veniva considerato alla stregua di un «sacerdote del diritto», non conta più nemmeno che questi motivi la sua decisione, giustificando il suo operato alla luce dell'interpretazione delle norme, ciò che conta è la perfetta aderenza della sua pronuncia con quanto stabilito dalla legge. Egli, come scrive il barone di Montesquieu, nient'altro è se non un essere inanimato che non può (e non deve) moderare forza e rigore della legge, ma limitarsi ad applicare quest'ultima al caso concreto senza interpretazione alcuna¹⁸. Egli è *bouche de la loi*, bocca della legge¹⁹.

Di seguito, si dedicheranno alcune considerazioni relative all'evoluzione storica del principio del libero convincimento del giudice penale, alla nozione di discrezionalità e all'istituto della motivazione della sentenza: attraverso questi tre fondamentali concetti, che verranno nuovamente ripresi nel corso del capitolo, si osserverà il ruolo delle emozioni e il peso della ragione nel processo decisionale riservato al giudice in sede di giudizio.

¹⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, a cura di F. VENTURI, Einaudi, Torino, 2018, p. 17.

¹⁷ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 16.

¹⁸ «Ma i giudici della nazione sono soltanto, come abbiamo detto, la bocca che pronuncia le parole della legge, esseri inanimati che non ne possono moderare né la forza né il rigore» (MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, in MONTESQUIEU, *Opere complete (1721-1754)*, a cura di D. FELICE, Bompiani, Milano, 2014, p. 1233).

¹⁹ Sull'argomento si veda anche L. NAZZICONE, *La motivazione della sentenza. Stile e tecniche*, Giuffrè, Milano, 2024, p. 26 s.

1.2. Nascita di un convincimento libero

Il principio del libero convincimento del giudice nasce come alternativa ai regimi di valutazione probatoria vincolati, ovvero a sistemi processuali in cui il peso probatorio degli elementi è predeterminato, così come sono prestabilite «le evidenze che possono confermare o infirmare l'ipotesi accusatoria»²⁰.

L'idea di libero convincimento, nel corso del tempo, è penetrata diversamente a seconda che ci si trovi all'interno degli ordinamenti anglosassoni, oppure all'interno di quelli continentali. In Inghilterra, l'idea di un convincimento libero del giudice penale inizia ad emergere attorno al XIII secolo, in seguito alla sostituzione del giudizio ordalico con il giudizio rimesso ad una giuria. Ad un giudice chiamato ad assolvere o a condannare un individuo sulla base del superamento o meno di una «sfida particolarmente impegnativa»²¹, quale è l'ordalia²², viene sostituita una giuria chiamata a pronunciarsi sulla base della valutazione delle prove, secondo un regime di stampo razionale, in reazione a quello di stampo decisamente irrazionale rappresentato dal giudizio ordalico.

²⁰ G. CARLIZZI, *Il principio del libero convincimento come guida per il legislatore e per il giudice nel campo del processo penale*, in *Discrimen*, pubblicato il 4 marzo 2019, p. 2. Sul tema del libero convincimento del giudice si segnalano, tra i molti, i seguenti contributi dottrinali: M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1974; AA.VV., *Libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze: atti del Convegno, Siracusa, 6-8 dicembre 2002*, Giuffrè, Milano, 2004; F. LAI, *Prova scientifica nel processo penale e libero convincimento del giudice. Riflessioni in tema di valutazione della prova scientifica: il delicato ruolo del giudice penale*, in G. DE FRANCESCO - G. MORGANTE (a cura di), *Il diritto penale di Fronte alle Sfide della «Società Del Rischio»: un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di Sistema*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 348 ss.; G. VERDE, *Alcune considerazioni sul libero convincimento del giudice*, in *Notizie di politeia*, Vol. XXXVI, fasc. n. 140, 2020, p. 113 ss.; V. VELLUZZI, *Il libero convincimento del giudice*, *ivi*, Vol. XXXVI, fasc. n. 140, 2020, p. 104 ss.; G. CARLIZZI, *Libero convincimento del giudice e automatismi probatori*, *ivi*, Vol. XXXVI, fasc. n. 140, 2020, p. 106 ss. Sotto il profilo storico: C. COGROSSI, *La criminalistica italiana del XVIII secolo sulla 'certezza morale' antesignana del libero convincimento del giudice: note*, Fond. Sergio Mochi Onory, Roma, 2000; ID., *Alle origini del libero convincimento del giudice: la morale certezza in Tommaso Briganti trattatista del primo Settecento*, Giuffrè, Milano, 2003.

²¹ IBID.

²² Il regime ordalico si basa sul «collegamento indefettibile instaurato tra il peso probatorio della [...] sfida e la volontà divina». Il superamento della sfida cui era sottoposto l'imputato era sinonimo di prova di innocenza, secondo una logica così riassumibile: «poiché è impensabile che Dio voglia che un innocente soccomba all'ordalia cui viene sottoposto; poiché è impensabile che accada qualcosa che Dio non vuole; il superamento dell'ordalia è segno univoco di innocenza». IBID. Un esempio di ordalia è la cosiddetta prova del ferro rovente, di cui, di seguito, si descrive un caso: «Edoardo il Confessore, che già da tempo nutriva dubbi non del tutto irragionevoli a proposito di sua madre Emma, porse ardentemente ascolto alle accuse che le erano mosse di essere stata sorpresa in intimo colloquio con Alwyn, vescovo di Winchester, essa venne condannata a sottoporsi all'ordalia dei vomeri arventati; il che essa accettò; e siccome riuscì a camminare a piedi nudi su quel ferro rovente senza portarne alcuna lesione, con ciò stesso riuscì a dimostrare la falsità dell'accusa» (H.C. LEA, *L'ingiustizia della giustizia. Storia delle torture e delle violenze legali in Europa*, Fratelli Melita, Genova, 1989, p. 295 s.).

Negli ordinamenti continentali, invece, il concetto prende forma in Francia con la Rivoluzione. Grazie ai decreti emanati tra l'8 ottobre e il 3 novembre 1789 e a quelli emanati tra il 16 e il 29 settembre 1791, si decide di affidare la decisione circa la *questio facti* ad una giuria «dotata di piena autonomia valutativa» e non gravata da alcun obbligo di motivazione²³. Nella realtà dei fatti, si tratta di un sistema basato su prove legali positive, in cui il legislatore stabilisce, dapprima, gli elementi in base ai quali l'accusato risulterebbe responsabile, per poi, successivamente, determinarne il peso probatorio. Alla giuria, pertanto, non rimane «che compiere due operazioni», di fatto, «prive di reale discrezionalità»: verificare che ciascuno degli elementi indicati dal legislatore corrisponda ad un determinato tipo di prova legale e controllare il peso probatorio attribuito dal legislatore²⁴.

Sarà «proprio la democratica versione per questa dispotica assolutezza» a spingere i costituenti francesi e i legislatori degli altri paesi europei ad incentrare i loro «regimi di valutazione probatoria sull'idea di libero convincimento»²⁵.

Negli Stati italiani preunitari, al contrario di quanto accade in Francia, il principio in questione avrà un'ispirazione tutt'altro che democratica. La sua evoluzione è sintetizzabile in quattro tappe²⁶.

Anzitutto, a differenza dell'esperienza francese, la valutazione delle prove viene affidata a giudici togati anziché ad una giuria popolare. Le codificazioni del Regno d'Italia napoleonico (1805-1814) e del Granducato di Toscana non fanno neppure cenno ad un obbligo di motivazione fattuale in capo al giudice. Altri Stati preferiscono una soluzione intermedia: sia il codice del Regno delle due Sicilie (1819) che il Regolamento di procedura criminale dello Stato pontificio (1831) prevedono sì il libero convincimento del giudice, ma anche l'obbligo di motivazione.

Successivamente, in ossequio all'archetipo democratico francese, viene introdotta una giuria, alla quale viene affidata l'autonoma valutazione probatoria della *questio facti*, sempre senza obbligo di motivazione. In tal senso si adeguerà anche la codificazione albertina, limitando inizialmente la soluzione ai reati di

²³ G. CARLIZZI, *Il principio del libero convincimento*, cit., p. 3.

²⁴ IBID.

²⁵ G. CARLIZZI, *Il principio del libero convincimento*, cit., p. 4.

²⁶ G. CARLIZZI, *Il principio del libero convincimento*, cit., p. 4 ss.

stampa, per poi estenderla, in un secondo momento (1859), a tutti gli illeciti penali. Con l'unità d'Italia, il presente modello acquisisce una portata nazionale e verrà conservato fino alla rielaborazione codicistica del 1913.

Una terza fase è individuabile a partire dall'emanazione del codice di procedura penale del 1930, che affida il giudizio a giudici di professione tenuti a motivare la propria decisione. Successivamente all'emanazione del codice, il principio del libero convincimento subisce un'evidente degenerazione sotto il profilo operativo: la giurisprudenza dell'epoca applicherà, infatti, il principio non solo all'attività di valutazione probatoria, cui è naturalmente conforme, ma anche alle attività di ammissione e assunzione, che rientrano, piuttosto, in una dimensione pratica della funzione giudiziale. Ecco come il riferimento al libero convincimento si convertirà in un mezzo finalizzato ad «eludere surrettiziamente i divieti e i limiti di ammissione e di assunzione probatoria stabiliti in modo esplicito o implicito dallo stesso codice di rito»²⁷.

L'ultima fase relativa all'evoluzione dell'idea di libero convincimento si apre con l'avvento della Costituzione ed è tuttora in corso. Il principio, ancora una volta, funge da guida per il giudice togato nella fase della valutazione probatoria, ma continua a non trovare un esplicito riscontro nell'ordinamento: esso affiora implicitamente dalla lettura in combinato disposto degli artt. 192, co. 1 e 187 e dagli artt. 192, co. 3, 238, co. 4, 408, 425, co. 1 e 3 c.p.p.²⁸.

Ripercorrere le tappe evolutive di un principio tanto fondamentale quanto dibattuto come quello in questione permette di comprendere la difficoltà con cui si è giunti a ciò che intendiamo oggi per libero convincimento: un vero e proprio atto di fiducia dell'ordinamento nei confronti del giudice. Il legislatore fa appello non solo alla competenza e all'esperienza dell'organo giudicante, ma anche alla sua saggezza e alla sua umanità, intesa come qualità unicamente propria degli esseri umani, a prescindere dal ruolo istituzionale che ricoprono e quindi impossibile da sostituire anche con i più sofisticati sistemi di intelligenza artificiale, che saranno il centro dell'analisi del prossimo capitolo.

²⁷ G. CARLIZZI, *Il principio del libero convincimento*, cit., p. 5.

²⁸ Queste norme, «pur disciplinando l'apprezzamento probatorio del giudice, ne rispettano sostanzialmente l'autonomia, cioè la relativa libertà di selezione dei sottostanti criteri ed elementi» (G. CARLIZZI, *Il principio del libero convincimento*, cit., p. 6).

Per esprimere il proprio intimo convincimento in merito ad una vicenda giudiziaria non è però sufficiente conoscere le regole del diritto, è indispensabile essere (o allenarsi ad essere) profondi conoscitori dei drammi umani. Ecco la ragione per cui scuole di diritto, tra cui spicca quella anglosassone di *Law and Literature*, spingono ad una formazione interdisciplinare dei giuristi, suggerendo percorsi finalizzati all'educazione di una vocazione più che all'addestramento ad una professione. Lo studio della psicologia, della criminologia e certamente della letteratura allena alla complessità e abitua all'attenzione, alla cura dei particolari, all'ascolto e all'empatia, elementi necessari al perseguimento e all'ottenimento di un giudizio equo.

1.3. Interpretazione della legge e discrezionalità del giudice

Grazie alla teoria dell'interpretazione della legge, elaborata nell'Ottocento, si riconosce al giudice una funzione essenziale: ricercare il senso delle singole norme attraverso l'utilizzo di criteri letterari e della logica formale, unitamente a sussidiari riferimenti storici. Il divieto di analogia, già allora in vigore, in ossequio al principio cardine del diritto penale, secondo il quale *nullum crimen sine lege*, riduce la possibilità di ricorrere a riferimenti sistematici, dando prevalenza al testo normativo.

La ragione storica alla base di questa concezione formale è da ricondursi alla situazione anteriore la Rivoluzione francese: il giudice, «tradizionalmente espressione dei voleri del principe»²⁹, incorreva troppo spesso in arbitri, mettendo in atto evidenti disparità di trattamento se non atteggiamenti persecutori nei confronti dei cittadini.

La soluzione a questo annoso problema viene individuata nella possibilità di riconoscere al giudice, al quale era già stato affidato il compito di verificare la corrispondenza tra il contenuto della legge e i principi dell'ordinamento, la *libera* interpretazione del testo normativo. Si parla tendenzialmente di *interpretazione evolutiva*, data «la necessità di adeguare la normativa» e la sua interpretazione alle

²⁹ G. TARTAGLIONE, *La discrezionalità del giudice penale e la certezza del diritto*, in *Rass. penit. e crim.*, n. speciale, 1990, p. 273.

«esigenze dei tempi»³⁰. Il concetto di «esigenza del tempo» è, tuttavia, quasi sempre esasperato in virtù di «componenti emotive, che risentono talora di reazioni passionali della pubblica opinione di fronte a fenomeni contingenti, talora di sentimenti personali del giudice»³¹. È palese, dunque, il rischio che l'interpretazione assuma caratteri anomali, poiché collegata alle valutazioni contingenti di più soggetti; essa perderebbe così la sua funzione tipica, ovvero l'illustrazione dei precetti contenuti nelle norme relativamente alle ipotesi astratte, in riferimento ai casi presenti e a quelli futuri. Ciò è particolarmente evidente nell'interpretazione della norma penale, che configura fattispecie ben definite, le quali trovano riscontro anche in situazioni fattuali non previste dal legislatore, ma che esigono ugualmente «una corrispondenza di elementi essenziali tratti dal significato corrente delle espressioni verbali usate»³².

Quanto detto sinora, di fatto, non riguarda direttamente il tema della discrezionalità del giudice, tuttavia, sfiora alcuni delicati aspetti che ad esso attengono molto più di quanto non si creda. Infatti, qualora il giudice acquisisse il potere di controllo circa la conformità della legge a quanto atteso dall'esigenza collettiva, si parlerebbe senza dubbio di interpretazione individualizzata: è fin troppo semplice pensare che il giudicante colga la reazione sociale non tanto con riguardo all'ipotesi astratta, bensì alle peculiarità della situazione concreta sottoposta al suo esame. È fin troppo agevole confondere una valutazione di legittimità con una valutazione di opportunità³³.

Tuttavia, l'arbitrio «inteso come potere di scelta illimitato», come libertà di decidere in merito a «questioni che la legge abbandona completamente alle personali vedute del giudice», nulla ha anche fare con la discrezionalità, una mera *facoltà* «vincolata da limiti normativi predeterminati», per mezzo dei quali la legge stabilisce anticipatamente i criteri cui è necessario attenersi, al fine di giungere ad una giusta decisione.

Altro limite indiretto alla discrezionalità del giudice è individuabile nel dovere di motivazione, il quale merita anch'esso una breve ricostruzione storica³⁴.

³⁰ G. TARTAGLIONE, *La discrezionalità del giudice penale*, cit., p. 274.

³¹ Di ciò si parlerà in maniera più approfondita nei paragrafi successivi. IBID.

³² G. TARTAGLIONE, *La discrezionalità del giudice penale*, cit., p. 275.

³³ G. TARTAGLIONE, *La discrezionalità del giudice penale*, cit., p. 275 s.

³⁴ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Vol. 1 *Nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 20.

1.4. La motivazione delle sentenze: storia di una rivoluzione

Per risalire alla nascita dell'istituto della motivazione delle sentenze è necessario partire da un principio cardine di ogni democrazia: la separazione dei poteri.

L'espressione si riferisce originariamente alla separazione dei poteri sovrani: secondo questa logica, il potere, se decentrato in più apparati, degenera meno facilmente in potere assoluto³⁵. Benché con la loro rivoluzione siano i primi a sollevare la questione relativa al pericolo dell'accentramento dei poteri in un unico organo o, peggio ancora, in un'unica persona, non sono i francesi a manifestare per primi l'importanza dell'indipendenza degli organi giudicanti dagli altri organi di potere. Autore di questa rivoluzione sarà, infatti, Sir Edward Coke, tra i più celebri giuristi inglesi dell'età elisabettiana. Questi, nel 1610 si pronuncerà, in qualità di *Chief Justice of the Common Pleas* a proposito di un caso, ufficialmente *The Case of the College of Physician*, comunemente noto come *Dr. Bonham's Case*.

Nell'aprile del 1606, il medico inglese Thomas Bonham, convocato dal *Royal College of Physician*, viene esaminato e trovato sprovvisto della licenza necessaria per poter esercitare la professione medica. La sanzione è piuttosto severa: il medico viene condannato al pagamento di cento scellini e sospeso dall'esercizio della professione.

Bonham, incurante della prescrizione, continua a praticare la sua attività e viene nuovamente sanzionato con una multa pari a dieci sterline e un mandato d'arresto. Comparso dopo mesi di fronte al Collegio, si rifiuta di sottoporsi all'esame per la riabilitazione e, di conseguenza, viene tratto in prigione. Egli intenta così una causa per ingiusta detenzione contro i membri del Collegio, sostenendo di essere stato proclamato medico dall'Università di Cambridge e che, pertanto, il Collegio non ha su di lui alcuna autorità. Il *Royal College*, a sua volta, rivendica, invece, il suo potere affermando di averlo ricevuto direttamente dal re, che, si noti bene, avrebbe ricevuto la metà del denaro riscosso a titolo di multa, mentre l'altra metà sarebbe entrata direttamente nelle casse del Collegio³⁶.

Entra così in scena il giudice Coke, che dichiarerà l'incompetenza del *Royal College of Physician* circa le pronunce di inabilitazione alla professione medica per mancanza di *licenza*, ben distinte dalle pronunce emanate per mancanza di

³⁵ L. NAZZICONE, *La motivazione della sentenza*, cit., p. 22.

³⁶ T.F.T. PLUCKNETT, *Bonham's Case and Judicial Review*, in *Harvard Law Review*, Vol. XL, fasc. n. 1, 1926, p. 31 s.

competenza. Inoltre, sottolineando, la previsione secondo cui il Collegio avrebbe incassato la metà della somma riscossa a titolo di multa, Coke identificò i membri del Royal College come vere e proprie parti in causa, affermando con risolutezza che nessun uomo avrebbe potuto essere giudice del proprio stesso caso³⁷. Le parole contenute nella sua sentenza restano scolpite nella storia del diritto: «Dai nostri libri risulta che, in diversi casi il diritto comune esaminerà gli atti del Parlamento e, talvolta, potrà, addirittura, dichiararli del tutto nulli: infatti, qualora, un atto del Parlamento sarà considerato contrario al diritto o al senso comune, offensivo o inapplicabile, il diritto comune lo esaminerà e lo dichiarerà nullo».

Il potere del sovrano trova, dunque, un limite, questo limite è la legge.

Non avrà più ragion d'essere — anche se la storia narra diversamente — un potere as-soluto, perché a non essere più *solutus a legibus* sarà il sovrano stesso.

Il re è, dunque, vincolato alle regole dettate dal Parlamento, un organo, che, ben lungi dall'essere diretta espressione della volontà popolare, rappresenta il luogo della discussione, del contrasto, del confronto.

«In questo dialogo è formulata, per la prima volta, una duplice idea riguardo al potere giudiziario: il re non delega ai giudici il potere di giudicare e la funzione giurisdizionale deve essere esercitata da un corpo specializzato di tecnici del diritto, i quali sono depositari della specifica conoscenza del diritto comune»³⁸.

Tuttavia, benché il dialogo nasca tra e negli organi del potere, la storia e il diritto per non molto tempo ancora potranno ignorare la presenza di un altro ingombrante interlocutore, il popolo. La rivoluzione non è conclusa: non è sufficiente stabilire *per conto* di chi amministrare la giustizia (o dichiarare per conto di chi non più si amministrerà), è necessario affermare *nel nome di chi* applicarla.

Il compito del giudice non si esaurisce nell'«inquadrare il caso concreto nella “classe dei casi” indicati dal concetto giuridico», ovvero nella «sussunzione del fatto nella norma»³⁹ e nell'interpretazione di quest'ultima, giudicare, detto altrimenti *rendere giustizia*, significa *restituire, riconsegnare* intatto un principio infranto da una condotta ad esso contraria.

³⁷ «And it appears in our books that in many cases the common law will control acts of parliament and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common right or reason, or repugnant or impossible to be performed, the common law will controul it and adjudge such act to be void» (T.F.T. PLUCKNETT, *Bonham's Case and Judicial Review*, cit., p. 34).

³⁸ L. NAZZICONE, *La motivazione della sentenza*, cit., p. 23.

³⁹ L. NAZZICONE, *La motivazione della sentenza*, cit., p. 41.

Di qui, la ragione di *rendere conto* della propria decisione ai diretti ed universali destinatari della pronuncia, che, nel nostro ordinamento, corrispondono alla collettività dei cittadini, chiamata a svolgere un controllo democratico sull'esercizio dell'attività giurisdizionale. Tale controllo è reso possibile dall'istituto della motivazione, che consente alle parti e al popolo, nel cui nome la sentenza è pronunciata (artt. 125, co. 2, e 546, co.1, lett. a) c.p.p.), di comprendere le ragioni che hanno condotto all'esito del giudizio⁴⁰. La motivazione della sentenza penale, nel tentativo di analizzare il procedimento decisionale del giudice, metabolizza la complessità del giudizio ed offre alla collettività una spiegazione il più possibile comprensibile e fruibile dei fatti, svolgendo quello che può essere indicato come un sostanziale esercizio di «democrazia della giurisdizione»⁴¹.

Anche in questo caso, si riconferma quanto già affermato relativamente al principio del libero convincimento: l'istituto della motivazione è un'ulteriore prova dell'umanità del giudizio espresso nel dispositivo della sentenza. Solo un uomo può motivare le ragioni di un suo gesto o di una sua decisione. Una macchina potrà rendere conto dei processi impiegati per arrivare al risultato, potrà descrivere i passaggi compiuti per giungere ad una determinata soluzione, ma solo l'uomo motiva.

Le sentenze non dovrebbero essere prodotte secondo misure *standard* e, poi, applicate al caso concreto con un sommario adattamento al loro diretto destinatario, al contrario, il giudice, dovrebbe, al pari di un abile sarto, confezionare la sua pronuncia come un abito su misura che segue le sinuosità della vicenda e risponde, nei termini previsti dall'ordinamento, alle istanze della collettività, cui indirettamente la sentenza si rivolge. Un tale fine può essere raggiunto solo attraverso un uso disinvolto e responsabile della motivazione, che non può essere ridotta a mero «ponte di volo» per l'impugnazione e l'esercizio del diritto alla difesa, ma che assurge essa stessa a diritto, come meglio si approfondirà nei prossimi paragrafi.

⁴⁰ N. TRIGGIANI, "In nome del popolo italiano"? Spunti di riflessione sul linguaggio della sentenza penale, Taranto, 2016, p. 1.

⁴¹ R. BLAIOTTA, *Giustizia, errore, intelligenza artificiale*, in *Sist. pen.*, pubblicato il 23 ottobre 2023, p. 9.

2. Libero convincimento, discrezionalità e motivazione: profili oltre la storia

2.1. Natura e fonti del libero convincimento

Per classificare un'idea sotto la categoria del principio giuridico è necessario, anzitutto, distinguere quest'ultima da due figure, per certi versi, affini: le regole giuridiche e le tendenze disciplinari. Mentre le prime «sono prescrizioni che qualificano deonticamente» (ovvero come obblighi, divieti, potestà, etc.), sotto il profilo del diritto, determinati comportamenti, descrivendoli più o meno precisamente, le seconde sono situazioni che si formano sul piano dell'esperienza⁴².

Ciò premesso, avrebbe senso ricondurre il libero convincimento alla categoria della regola, nel momento in cui ci si trovasse di fronte ad una prescrizione secondo cui, i giudizi fattuali potrebbero essere svolti dal giudice in maniera del tutto autonoma, senza, cioè, «sottostare a direttive prestabilite circa il valore probatorio di elementi di una determinata specie». Intesa, quindi, come facente parte di una regola, l'idea del libero convincimento del giudice «avrebbe un rilievo dogmatico modesto, ma teorico e normativo infimo», dal momento che potrebbe vedersi limitata da prescrizioni di carattere derogatorio, se non, «addirittura neutralizzata tramite l'abrogazione»⁴³.

È invece da escludere immediatamente l'identificazione del libero convincimento come semplice tendenza disciplinare: se fosse ricondotta a tale categoria, l'idea rivestirebbe interesse principalmente per i sociologi del diritto più che per i giuristi teorici o pratici. Sarebbe, inoltre, facilmente limitata o neutralizzata attraverso appositi interventi di riforma.

Vi sono, dunque, buone ragioni per ritenere che l'etichetta «principio» ben si adatti all'idea di libero convincimento del giudice. I principî, al pari delle regole, ma a differenza delle tendenze disciplinari, hanno carattere normativo: anch'essi sono prescrizioni, ma «qualificano in termini deontici, non già un tipo di

⁴² G. CARLIZZI, *Il principio del libero convincimento*, cit., p. 8 ss.

⁴³ Si pensi, ad esempio, alle dichiarazioni del teste che depone in qualità di pubblico ufficiale e che, per tale ragione, sono ritenute sommamente affidabili; oppure, ancora, al reperimento delle impronte digitali sul corpo della vittima, considerate alla stregua di una concreta prova di responsabilità per l'omicidio. (G. CARLIZZI, *Il principio del libero convincimento*, cit. p. 9).

comportamento che realizza un valore, bensì la generica attuazione di quest'ultimo».

Si pensi al principio costituzionale dell'eguaglianza *ex art. 3*, in base al quale ci si aspetta parità di trattamento in «situazioni significativamente analoghe» e, invece, disparità di trattamento in «situazioni significativamente diverse». I principî si caratterizzano, dunque, per avanzare generiche pretese circa la realizzazione di valori, mentre le regole hanno il compito di specificare i modi in cui i valori si realizzano, tenendo conto delle particolarità proprie di ogni singola situazione disciplinata. «Pertanto, i principî costituiscono le *rationes* sottostanti a insiemi omogenei più o meno ampi di regole, che ne risultano giustificate»⁴⁴.

È possibile, quindi, affermare che il libero convincimento del giudice sia un vero e proprio principio giuridico? La questione sembrerebbe risolversi in senso positivo: leggendo, infatti, in combinato disposto, gli artt. 192 e 187, co. 1, del codice di rito, emerge come il giudice abbia libertà di scelta circa la valutazione probatoria, purché esponga puntualmente i criteri utilizzati. Il codice di procedura penale propende così per l'identificazione di un valore ben preciso, quello dell'«autonomia del giudizio fattuale», da intendersi «come libertà vincolata», ovvero come la «sintesi di altri due valori, egualmente meritevoli di realizzazione»: il primo definibile come «la concretezza della valutazione probatoria», o meglio, «la libera aderenza alle singolarità del fatto da provare»; il secondo come «la logicità della valutazione probatoria», in altri termini, la soggezione del potere del giudice «soltanto a parametri logici»⁴⁵.

È il nostro sistema processualpenalistico a pretendere la realizzazione di una piena autonomia del giudice nella valutazione probatoria ed è proprio da tale pretesa che si genera il principio del libero convincimento. Esso ha per «oggetto la realizzazione dei valori della materia probatoria della nostra cultura giuridica» e, pertanto, «può fungere da fondamento delle relative regole codicistiche»⁴⁶.

Esiste, tuttavia, una seconda tesi circa la formazione del principio del libero convincimento, che si pone in alternativa a quella finora descritta.

Secondo questa lettura, il principio in questione non sarebbe di «rango puramente legislativo», non deriverebbe, quindi, soltanto dal combinato disposto

⁴⁴ G. CARLIZZI, *Il principio del libero convincimento*, cit., p. 10 s.

⁴⁵ G. CARLIZZI, *Il principio del libero convincimento*, cit., p. 11 s.

⁴⁶ G. CARLIZZI, *Il principio del libero convincimento*, cit., p. 12.

degli artt. 192, co. 1, e 187 c.p.p., ma avrebbe un'origine costituzionale. Esso troverebbe, infatti, il suo fondamento nell'art. 101, co. 2, Cost., secondo il quale solo la legge può porre un limite all'autonomia decisionale del giudice, che unicamente ad essa è soggetto⁴⁷.

Entrambe queste posizioni presentano debolezze: infatti, se il principio da noi analizzato avesse rango puramente legislativo, «si rivolgerebbe soltanto al giudice, vietandogli di dar vita a presunzioni probatorie assolute» ed «imponendogli di avvalersi dei comuni strumenti della logica nella formazione del suo giudizio in fatto»; se, al contrario, gli venisse riconosciuta esclusivamente l'origine costituzionale, il suo interlocutore principale sarebbe il legislatore, al quale è vietato «introdurre regole assolute di prova legale», mentre è imposta la formulazione di regole che promuovono «la logicità della valutazione probatoria del giudice».

Può condurre, allora, ad una più piena considerazione del principio in esame la correlazione del medesimo con un altro fondamentale principio, quello dell'oltre ogni ragionevole dubbio, criterio generale su cui si fondano le argomentazioni che sostengono la tesi accusatoria o che vi si oppongono e che conducono alla produzione del giudizio finale. Tale principio, massimizzando la proficuità del libero convincimento, non solo garantisce la pronuncia di una decisione più giusta⁴⁸, ma ne consente l'appellabilità, riconoscendo la fallibilità della ricostruzione della verità fattuale, che, come è noto, non può andare oltre i limiti della verità processuale.

2.2. Discrezionalità del giudice e commisurazione della pena

Con il termine «discrezionalità», si è soliti indicare un margine più o meno ampio di libertà nell'assunzione di una decisione: è così, ad esempio, nel diritto amministrativo, in cui la pubblica amministrazione sceglie, in base a quanto consentitogli dalla legge, come tutelare o perseguire l'interesse pubblico ed è così nel diritto penale, dove alla discrezionalità del giudice è lasciata «la determinazione

⁴⁷ G. CARLIZZI, *Il principio del libero convincimento*, cit., p. 13 s.

⁴⁸ G. CARLIZZI, *Il principio del libero convincimento*, cit., p. 15 s.

della *quantità* di pena da infliggere al reo tra il minimo ed il massimo edittali», così come «la scelta del *tipo* di sanzione da applicare per il reato commesso»⁴⁹.

La colpevolezza è «un'entità graduabile, ossia suscettibile di quantificazione»: «secondo una concezione rigorosamente retributiva e moraleggiante della pena», quest'ultima dovrebbe «corrispondere esattamente al grado della colpevolezza». È necessario, dunque, «fissare un *quantum* di colpevolezza-rimproverabilità, cui corrisponda un *quantum* aritmetico di pena»⁵⁰. La determinazione in concreto della pena è rimessa, nei limiti previsti dalla legge, «al saggio apprezzamento del magistrato», il quale dovrà, nella motivazione della sentenza, indicare le ragioni e i criteri in base ai quali ha effettuato la sua scelta, nonché «i motivi che spiegano l'uso della facoltà che gli è conferita»⁵¹.

Il primo comma dell'art. 132 c.p. stabilisce che, il giudice, chiamato ad applicare la pena al caso concreto, esercita, ai fini della commisurazione della stessa, un potere discrezionale limitato unicamente da quanto previsto dalla legge; egli ha, inoltre, l'obbligo di indicare i singoli motivi che hanno giustificato l'esercizio di tale potere. Al secondo ed ultimo comma troviamo, poi, la «regola generalissima», secondo la quale, laddove non vi sia una diversa disposizione, la pena dovrà essere fissata entro i limiti edittali⁵².

È possibile distinguere tra commisurazione della pena *stricto sensu*, per quanto riguarda la scelta della *species* e del *quantum* della pena⁵³ e commisurazione

⁴⁹ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., Zanichelli, Torino, 2024, p. 801.

⁵⁰ A. CADOPPI - P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2023, p. 567.

⁵¹ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 719 s. Sulla disciplina della discrezionalità giudiziale si vedano anche i seguenti manuali: G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XII ed., Giuffrè, Milano, 2023, p. 811 ss.; F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale. Parte generale*, XII ed., Cedam, Padova, 2023, p. 731 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, X ed., Giappichelli, Torino, 2023, p. 386 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, XIII ed., Giuffrè, Milano, 2023, p. 387 ss.; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Neldiritto, Molfetta, 2024, p. 1261 ss.; F. PALAZZO - R. BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Giappichelli, Torino, 2023, p. 561 ss.; M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto penale*, Neldiritto, Molfetta, 2024, p. 1189 ss.; S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Il Mulino, Bologna, 2017, p. 907 ss.; G. COCCO - E.M. AMBROSETTI, *Trattato breve di diritto penale. Parte generale*, III ed., Vol. II - *Punibilità e pene*, Wolters Kluwer, Milano, 2022, p. 323 ss.; C.E. GROSSO - M. PELISSERO - D. PETRINI - P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Giuffrè, Milano, p. 715 ss.; G. DE VERO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, II ed., Giappichelli, Torino, 2024, p. 849 ss.

⁵² P. DI STEFANO, *sub art. 132*, in AA.VV., *Codice penale commentato*, V ed., Giuffrè, Milano, 2023, p. 763.

⁵³ La disciplina della commisurazione della pena *stricto sensu* è contenuta negli artt. 132 e 133 c.p. e riguarda sia la pena detentiva che quella pecuniaria. In relazione a quest'ultima si rinvia anche agli artt. 133bis e 133ter c.p.

*lato sensu*⁵⁴, che riguarda, invece, tutti gli ulteriori aspetti che concorrono alla determinazione della pena da eseguirsi in concreto⁵⁵. Nel primo caso la competenza è unicamente riservata al giudice di cognizione, nel secondo caso può riguardare anche il tribunale di sorveglianza⁵⁶.

Si è di fronte all'«ipotesi più importante di potere discrezionale» affidata dal legislatore all'autorità giudiziaria, la quale è «chiamata ad adeguare la risposta sanzionatoria alle concrete peculiarità, oggettive e soggettive» del singolo caso oggetto del giudizio. Il riconoscimento di tale potere in capo al giudice trova fondamento in alcuni tra i principi fondamentali contenuti nella Costituzione: «il principio di uguaglianza che impone di trattare diversamente fattispecie diverse»; il principio secondo cui la responsabilità penale è personale, il quale «prescrive di ancorare il trattamento sanzionatorio al grado di colpevolezza»; il principio, di per sé irrealizzabile «senza un'attenta considerazione della specificità» di ogni vicenda, secondo il quale la pena deve tendere alla rieducazione del condannato⁵⁷.

Gli stessi giudici costituzionali, con la sentenza 24 giugno 1970, n. 131, sostengono che: «l'art. 25, secondo comma, della Costituzione, affermando che nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso, non stabilisce soltanto la irretroattività della norma penale, ma dà, altresì, fondamento legale alla potestà punitiva del giudice; epperò è altrettanto vero che il principio di legalità della pena non può prescindere dalla individuazione di questa ossia dal suo adeguamento alle singole fattispecie. È così perfettamente conforme al disposto costituzionale che la norma penale sia prefissata dalla legge in modo da consentire che la sanzione corrisponda alla specifica violazione concreta»⁵⁸.

Si aggiunga, infine, che, tale potere discrezionale è ammesso nel nostro ordinamento solo in quanto sostenuto e legittimato dal principio costituzionale *ex*

⁵⁴ Sul punto si veda anche F. CARINGELLA - F. DELLA VALLE - M. DE PALMA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XII ed., Dike giuridica, Napoli, 2023, p. 323.

⁵⁵ Si pensi, ad esempio, alle misure alternative alla detenzione in carcere, oppure alle diverse pene sostitutive, tra le quali si ricordano quelle previste dall'art. 20 bis c.p. recentemente introdotto dalla riforma Cartabia, l'espulsione dello straniero ex art. 16, d.lgs. n. 286/1998, il lavoro sostitutivo ex art. 105, co. 1, n. 689/1981, il lavoro di pubblica utilità per i reati di guida in stato di ebbrezza o di intossicazione da sostanze stupefacenti ai sensi degli artt. 186, co. 9bis, e 187, co. 8bis, d.l. n. 285/1992.

⁵⁶ G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 805.

⁵⁷ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 1261.

⁵⁸ Corte cost., 24 giugno 1970, n. 131, in *cortecostituzionale.it*.

art. 111, co. 6, Cost., secondo il quale, «tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati». Si tratta di una fondamentale garanzia che non solo riconosce la possibilità di una valutazione discrezionale e quindi, l'applicazione dei criteri contenuti nell'art. 133 c.p., ma consente anche un puntuale sindacato sull'operato del giudice e così l'impugnazione dei provvedimenti, oltretutto la contestazione circa l'utilizzo del suddetto potere discrezionale.

Come si evince da quanto illustrato sinora, la discrezionalità del giudice penale ha un carattere decisamente vincolato: essa è «ristretta in via legislativa attraverso la puntualizzazione di limiti cui il giudice deve attenersi per la determinazione della pena»⁵⁹. I vincoli al potere discrezionale del giudice sono posti su più fronti: non riguardano, infatti, solo la tipologia di pena da applicare – pecuniaria o detentiva – e l'ammontare minimo e massimo di questa (limiti *esterni*), ma consistono anche in specifici parametri, riconducibili agli indici generali *ex art.* 133 c.p. e ad altri criteri destinati, inevitabilmente, a riflettersi nella motivazione circa la determinazione della pena (limiti *interni*)⁶⁰. Tali criteri possono essere distinti in: criteri di tipo *finalistico*, per mezzo dei quali si identifica, in relazione al caso concreto, la finalità della pena in termini di prevenzione generale o speciale; criteri di tipo *fattuale*, che riguardano, invece, nello specifico, le categorie generali della gravità del reato e della capacità di delinquere del reo, ai sensi dell'art. 133 c.p.; criteri *logici*, grazie ai quali il giudice pondererà l'utilizzo di tutti i criteri impiegati ai fini della commisurazione della pena⁶¹.

L'esame del tema della discrezionalità del giudice in sede di commisurazione della pena è di fondamentale importanza ai fini di questo studio⁶²,

⁵⁹ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 1261.

⁶⁰ G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 806.

⁶¹ P. DI STEFANO, *sub art.* 132, in AA.VV., *Codice penale commentato*, cit., p. 764.

⁶² Sul tema si segnalano i seguenti contributi dottrinali: S. MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Ed. Ateneo, Roma, 1914, p. 110 s.; G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Bocca, Milano, 1939, p. 99; G. BETTIOL, *Pena retributiva e poteri discrezionali del giudice*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, p. 109; P. NUVOLONE, *La capacità a delinquere nel sistema del diritto penale*, Tip. A. del Maino, Piacenza, 1942; ID., *Il controllo del potere discrezionale attribuito al giudice per la determinazione delle pene e delle misure di prevenzione*, in *Jus*, Vol. IX, 1958, p. 244 ss.; E. HEINITZ, *La giusta misura della pena*, *ivi*, Vol. III, 1952, p. 381 ss.; A.M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi Urbinati*, fasc. n. 29, 1976-1977, p. 287; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit.; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena: la pena detentiva*, Cedam, Padova, 1979; ID. *La disciplina della*

che vuole dimostrare come un approccio di carattere unicamente giuridico alle questioni di diritto penale sia di per sé insufficiente a fornire una risposta esaustiva al problema del crimine. Chi giudica e, quindi, nella fattispecie, chi determina in concreto la pena non può sottrarsi ad un'indagine multidisciplinare della vicenda umana oggetto del giudizio. L'applicazione dei criteri *ex art.* 133 c.p., in particolar modo quanto previsto al comma 2, che elenca gli elementi in base ai quali desumere la capacità a delinquere del reo, presuppone una conoscenza profonda della storia dell'autore del reato e del suo contesto sociale e familiare, che può essere ricostruita solo con l'ausilio di strumenti attingibili da sfere diverse dal diritto.

Tuttavia, non basta al giudice appellarsi alle sue conoscenze, anche se vastamente estese: egli è chiamato a coltivare una particolare sensibilità che deve, con il tempo e l'esperienza, tradursi in una naturale inclinazione alla comprensione della complessità umana.

La società ha bisogno di giudici sì competenti, ma anche empatici, *emotivi* e *razionali* al contempo, capaci di cogliere le sfumature più profonde dell'agire umano; giudici formati ed allenati a riconoscere l'unicità e l'irripetibilità di ogni storia con cui vengono in contatto. Giudici letterati, addirittura *poeti*, si azzarderà, nell'ultimo capitolo: niente più della letteratura, infatti, si è fatta e continua a farsi portavoce della complessità delle vicende umane, nessuno più dei narratori – si pensi ai romanzieri, anzitutto – si impegna ad una minuziosa descrizione dei personaggi protagonisti dei loro racconti⁶³.

commisurazione della pena: spunti per una riforma, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. n. 1, 1981, p. 34 ss.; ID., *Teoria e prassi della commisurazione della pena*, *ivi*, fasc. n. 1, 1982, p. 236 ss.; ID., *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale?*, *ivi*, fasc. n. 3, 1990, p. 797 ss.; A. PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, *ivi*, fasc. n. 1, 1981, p. 25 ss.; L. EUSEBI, *La Pena "in crisi": il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcelliana, Brescia, 1989; ID., *La nuova retribuzione*, in G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 93; ID., *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, in AA.VV., *Verso una giustizia penale "conciliativa": atti del Convegno organizzato dall'Assessorato ai giudici di pace della Regione Trentino Alto-Adige / Südtirol, dalla Facoltà di giurisprudenza e dal Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università degli studi di Trento (Trento, 25 e 26 maggio 2001)*, a cura di L. PICOTTI - G. SPANGHER, Milano, 2022, p. 17 ss.; L. MONACO - C.E. PALIERO, *Variazioni in tema di "crisi della sanzione": la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. n. 2, 1994, p. 421 ss.; G. CARUSO, *La discrezionalità penale: tra "tipicità classificatoria" e "tipologia ordinale"*, Cedam, Padova, 2009; L. TUMMINELLO, *Il volto del reo: l'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Giuffrè, Milano, 2010; S. SANTARELLI, *Sulle "tracce" del 'favor rei' nella discrezionalità penale*, Bononia university press, Bologna, 2012; C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale. Un rapporto da rivisitare nella teoria del reato e nel sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. n. 3, 2019, p. 1433 ss.

⁶³ Si pensi, ad esempio, all'accuratezza dei particolari con cui Alessandro Manzoni illustra i caratteri dei personaggi de *I promessi sposi* e la meticolosità con cui ricostruisce un contesto storico lontano dal

Serve, dunque, un giudice che non rifugga la propria umanità per timore di vedere offuscate le caratteristiche che contraddistinguono la sua funzione di organo terzo ed imparziale ma che, al contrario, non tema di far emergere dal suo giudizio la propria prospettiva di uomo. Imparzialità non è indifferenza, terzietà non è estraneità.

2.2.1. Discrezionalità e arbitrio giudiziale

Il concetto di discrezionalità penale può essere, a prima vista, inteso come «illimitata libertà di decisione del giudice», se non, addirittura, come un «generico potere di indulgenza». È evidente ed immediato il rinvio alla nozione di arbitrio giudiziale, che risulta però totalmente inadeguata al contesto di un ordinamento costituzionale come il nostro, in cui attività giudiziale e legge costituiscono un binomio inscindibile⁶⁴. Tuttavia, la convinzione che discrezionalità del giudice e «potere di scelta sovrana» siano l'una la conseguenza dell'altro è assai più diffusa di quanto non si creda. Questa distorsione del pensiero si concretizza nell'errata considerazione circa la funzione della motivazione della sentenza, confusa spesso con una mera raccolta di «formulette pigre» («appare adeguata la pena», «congrua è la pena», etc.)⁶⁵ e non ritenuta come precisa documentazione del complesso *iter* logico e argomentativo che ha condotto il magistrato alla decisione finale. La tendenza è dunque quella di neutralizzare «la motivazione nel suo aspetto di “garanzia”», il che comporta la rottura del «più intenso diaframma che separa il potere discrezionale dall'arbitrio giudiziale»⁶⁶.

Identificare la discrezionalità come arbitrio o, peggio ancora, come potere di indulgenza in capo al giudice, significa, dunque, spogliarla di ogni fondamento e convertirla «in una facoltà di scelta tra più soluzioni tutte egualmente indifferenti per il diritto.» A ciò si unisce poi, come già anticipato, il completo esautoramento della motivazione, la quale viene ridotta a «semplice specchio della coerenza» del

suo tempo. Il tutto per rendere una narrazione fedele, coerente e giusta di una vicenda che, sviluppatasi in altro luogo e in altro tempo avrebbe presentato risvolti completamente diversi rispetto a quelli proposti dall'autore.

⁶⁴ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 3 s.

⁶⁵ G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice*, cit., p. 99.

⁶⁶ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 7.

ragionamento del giudicante⁶⁷, quando, invece, ad essa andrebbe riconosciuta una natura ben più sostanziale, che secondo una parte della dottrina potrebbe addirittura coincidere con la sentenza stessa⁶⁸.

2.2.2. La concezione bifasica della discrezionalità

Nel momento in cui ci si trova di fronte ad una norma penale articolata con la forma verbale «può», il potere discrezionale del giudice sarà tale da non riguardare solo il momento in cui viene identificato il principio posto a «fondamento dell'istituto strutturato in forma discrezionale», ma anche il momento in cui si individua la «facoltà di applicare o meno il trattamento giuridico penale»⁶⁹.

È il caso delle attenuanti generiche⁷⁰, concepite come circostanze il cui riconoscimento è affidato alla valutazione del giudice, il quale può, addirittura, scegliere di non applicarle, benché sussistano «nel caso di specie validi motivi per la concessione»⁷¹.

Tali circostanze attenuanti non vanno intese nei termini di una «benevola concessione» da parte del giudice, esse sono «frutto del riconoscimento di situazioni, non completamente specificate da altre norme», le quali esprimono un minore «disvalore del fatto di reato», richiedendo così «un adeguamento del trattamento sanzionatorio». L'art. 62bis non conferisce, pertanto, al giudice «un indefinito potere di indulgenza», esso non è «espressione di un'amorfa *benignitas*»,

⁶⁷ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 8.

⁶⁸ G. FOSCHINI, *La sentenza quale fase del postdibattimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. n. 4, 1967, p. 1216 ss.

⁶⁹ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 9.

⁷⁰ Sul tema della discrezionalità giudiziale nell'applicazione delle circostanze del reato si segnalano, tra i molti, i seguenti contributi dottrinali: M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, Jovene, Napoli, 1959; F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato*, in *Riv. it. e dir. proc. pen.*, 1964, p. 1019 ss.; G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Giuffrè, Milano, 1983; A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. n. 4, 1990, p. 1433 ss.; G. AMARELLI, *Caratteri e limiti della disciplina delle circostanze del reato*, in C. FIORE - S. MOCCIA - A. CAVALIERE (a cura di), *Quale riforma del codice penale?*, Ed. Scient. It., 2009; M. CAPUTO, *Le circostanze attenuanti generiche tra declino e camouflage*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. n. 1, 2010; F. BASILE, *L'enorme potere delle circostanze sul reato e l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, *ivi*, fasc. n. 4, 2015, p. 1743 ss.

⁷¹ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 9.

né «di un'equità soggettiva»: l'applicazione delle circostanze attenuanti generiche si può dire dunque dunque discrezionale, ma non facoltativa⁷².

Secondo altri, invece, si può pacificamente affermare che la fase discrezionale si concretizzi qui «in una mera facoltà di scelta»⁷³, con la conseguente riduzione della motivazione ad un ruolo puramente estrinseco⁷⁴. Non si dimentichi, inoltre, il tentativo di configurazione di una fase *preliminare* di discrezionalità, durante la quale, «il giudice disporrebbe di una facoltà anche quanto all'esercizio de potere discrezionale stesso». Quest'ultima *facoltà* descritta si convertirebbe più propriamente in un *dovere* solo nel momento in cui ci fosse «un'istanza della parte interessata a ciò rivolta», il che, però, presupporrebbe la configurazione di un «onere della domanda» del tutto incompatibile con il sistema processuale vigente nel nostro paese⁷⁵.

Secondo l'illustre giurista Franco Bricola, che si è ampiamente occupato del tema della discrezionalità penale, queste diverse prospettive ridurrebbero «la discrezionalità ad una possibilità di libera decisione del giudice»: si tratterebbe «di un'erronea interpretazione della natura della discrezionalità», che potrebbe ben rappresentare il risultato della peculiare «formulazione della norma attributiva». Ci si riferisce a quei casi in cui la legge fissa un ampio margine di pena in riferimento ad una determinata fattispecie incriminatrice, la quale non offre però «in concreto

⁷² B. ROMANO, *sub* art. 62bis, in G. FORTI - S. RIONDATO - S. SEMINARA, *Commentario breve al Codice Penale*, VII ed., Cedam, Padova, 2024, p. 379.

⁷³ Sul punto si veda anche la spiegazione di F. MANTOVANI - G. FLORA: «Accanto alla discrezionalità *monofasica* (es.: artt. 132, 311) si parla anche di discrezionalità *bifasica*, che si avrebbe nei casi in cui la legge usa la formula «può». Sicché si rimetterebbe al giudice non solo la ricerca dei valori concreti non tipizzati, ma la stessa facoltà di applicare o meno il trattamento penale, una volta individuati tali valori (es.: artt. 62 bis, 49/4, 114, 117, 163, 169). Si è obiettato, però, che tale dizione legislativa può, al più, indicare una maggiore elasticità di apprezzamento nel caso concreto, nulla concedendo alle valutazioni di mera opportunità e restando sempre obbligatoria l'applicazione del trattamento, una volta accertato il valore concreto» (F. MANTOVANI - G. FLORA, *Diritto penale*, cit., p. 732).

⁷⁴ Sul ruolo della motivazione si segnala il punto 1.1 del considerato in diritto Cass. pen. sez. I, 30 aprile 2014, n. 18140, in *Dejure*: «[...] il puntuale adempimento dell'obbligo di motivazione in ordine alla scelta e alla commisurazione della sanzione rappresenta una garanzia irrinunciabile per il raggiungimento dei fini di giustizia e parità di trattamento (ai sensi dell'art. 3 Cost.) e non può ritenersi assolto attraverso un generico richiamo ai criteri di cui all'art. 133 non accompagnato da un'effettiva spiegazione dell'incidenza di tali criteri nel caso concreto [...]»; sull'argomento si vedano anche le seguenti pronunce: Cass. pen., sez. V, 15 febbraio 2013, n. 7562, in *Dejure*; Cass. pen., sez. VI, 14 maggio 2014, n. 20023, in *Dejure*; Cass. pen. sez. II, 21 luglio 2017, n. 36104, in *Dejure*; Cass. pen., sez. I, 21 marzo 2019, n. 12624, in *Dejure*; Cass. pen., sez. III, 14 giugno 2019, n. 26272, in *Dejure*; Cass. pen., sez. III, 5 luglio 2022, n. 25618, in *Dejure*; Cass. pen., sez. II, 12 luglio 2022, n. 26865, in *Dejure*; Cass. pen., sez. V, 23 novembre 2022, n. 6909, in *Dejure*

⁷⁵ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 9 s.

una vasta gamma di estrinsecazioni oggettive e soggettive», ovvero «non presenta una rispondenza criminologica altrettanto ampia». È chiaro che, nell'ipotesi descritta, la fissazione della pena è «prevalentemente dominata dall'arbitrio del giudice»: è questo un tipico caso di normazione difettosa, che, comunemente a quanto accade «con i travisamenti dottrinali e giurisprudenziali», si pone «in antitesi con le più attuali concezioni circa i rapporti tra l'attività giudiziale e la legge»⁷⁶.

2.2.3. L'art. 133 c.p. come paradigma della discrezionalità

L'art. 133 c.p. completa la disciplina in materia di discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena. Esso ha la funzione «di orientare il giudice nella scelta dell'ammontare della pena, ed eventualmente della sua specie»⁷⁷. L'art. 133 c.p. prevede che il giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale, ai sensi dell'art. 132, debba valutare la gravità del reato sulla base di diverse categorie di elementi: la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo e ogni altra modalità dell'azione (o dell'omissione), la gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato ed infine l'intensità del dolo, nonché il grado della colpa. Egli deve altresì tener conto della capacità a delinquere del reo, che, stando al testo della disposizione, deve desumersi dai motivi a delinquere, dal carattere del reo, dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e

⁷⁶ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 10 s.

⁷⁷ Per un'analisi dell'art. 133 c.p. si rinvia ai seguenti manuali: G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 816 ss.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 805 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 720 ss.; F. MANTOVANI - G. FLORA, *Diritto penale*, cit., p. 737 ss.; D. PULITANO, *Diritto penale*, cit., p. 388 ss.; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 1264 ss.; S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 909 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 387 ss.; F. PALAZZO - R. BARTOLI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 562 ss.; M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto penale*, cit., p. 1189 ss.; G. COCCO - E.M. AMBROSETTI, *Trattato breve di diritto penale*, cit., p. 327 ss.; C.E. GROSSO - M. PELISSERO - D. PETRINI - P. PISA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 715 ss.; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Wolters Kluwer, Milano, 2023, p. 684 ss.; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 849 ss.; e ai seguenti contributi dottrinali: E. DOLCINI, *La commisurazione della pena: la pena detentiva*, cit.; ID., *L'art. 133 c.p. al vaglio del movimento internazionale di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. n. 2, 1990, p. 398 ss.; O. CUSTODERO, *Capacità a delinquere e commisurazione della pena: problemi ed orientamenti*, *ivi*, fasc. n. 1, 1998, p. 78 ss.; G. MANNOZZI, *Fini della pena e commisurazione finalisticamente orientata: un dibattito inesauribile*, *ivi*, fasc. n. 3, 1990, p. 1088 ss.

dallo stile di vita del reo, antecedenti, contemporanei o susseguenti al reato, dalle sue condizioni di vita individuale, familiare e sociale.

Sono, dunque, tracciate le coordinate che dovrà seguire il giudice ai fini della sua indagine: clausole di carattere generale che accolgono contenuti di vario genere. «Il grado di genericità della clausola»⁷⁸ varia a seconda degli elementi coinvolti. Si pensi, ad esempio, ai passi dell'articolo che fanno riferimento alla natura e alle modalità dell'esercizio dell'azione, oppure ancora alla gravità del danno o del pericolo: l'oggetto della valutazione è circoscritto, sebbene il grado sia indeterminato⁷⁹.

L'elenco proposto dall'art. 133 è ritenuto da qualche esponente della dottrina⁸⁰ *tassativo* e, pertanto, «tale da vietare la utilizzazione, da parte dell'interprete, di dati diversi da quelli indicati»⁸¹. Autorevole dottrina⁸² è, invece, concorde nel sostenere che l'articolo non contenga tutti i criteri necessari (finalistici, fattuali e logici)⁸³ per l'operazione di commisurazione della pena⁸⁴, ma che ne elenchi alcuni a mero titolo esemplificativo. La norma, infatti, «*soltanto apparentemente* indica criteri di commisurazione della pena capaci di vincolare il potere discrezionale del giudice»: la disposizione in questione, infatti, non fornisce «indicazioni univoche», essa si limita a riportare due fattori, quali la gravità del reato e la capacità a delinquere, «che assumono un significato e una rilevanza diversi, a seconda della finalità prevalente che l'interprete assegni alla pena in sede commisurativa»⁸⁵.

⁷⁸ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 74.

⁷⁹ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 73 s.

⁸⁰ «[...] deve ritenersi che le indicazioni dell'art. 133 siano tassative e che per conseguenza il giudice non può legittimamente giustificare la scelta della misura concreta di pena irrogata con elementi che non rientrino in quelli dell'art. 133 tassativamente elencati» (G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice*, cit., p. 97); F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 76.

⁸¹ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 74.

⁸² G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 816 ss.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 805 ss.

⁸³ Cfr. *supra*, par. 2.2.

⁸⁴ «Cioè il codice indica — più o meno determinatamente, più o meno completamente — le circostanze che devono essere oggetto della valutazione giudiziaria, ma niente aggiunge per determinare il metro col quale deve farsi questa valutazione. [...] Così per esempio gli elementi: natura, specie, mezzi, oggetto, tempo, luogo, altre modalità dell'azione, corrispondono all'incirca a quelli che sono gli elementi che possono trovarsi descritti nelle singole fattispecie legali sia oggettive che delle circostanze, delle cause di giustificazione» (S. MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit.)

⁸⁵ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 803.

La concezione della tassatività muoverebbe «da una considerazione semplicistica» in base alla quale, l'art. 133 c.p. costituirebbe, di fatto, un *vincolo* per il giudice. Ed essendo «indubbia la correlazione tra *vincolo* e *tassatività*», appare improbabile che tale corrispondenza sia presente anche in riferimento ad una concezione esemplificativa dell'elenco, dal momento che l'unico collegamento possibile sarebbe tra *esemplificazione* e *scopo della pena*⁸⁶.

Tuttavia, «l'ampiezza della previsione dell'art. 133 ha indotto taluno a parlare di “onnicomprensività” della disposizione»⁸⁷: è difficile, infatti, pensare ad un elemento capace di attenuare o aggravare la pena che non sia già compreso nelle clausole generali dell'articolo.

A riguardo, taluno osserva, ad esempio, che: «l'art. 133 in fondo prevede tutto; esso richiama, procedendo per generi, tutti gli elementi di valutazione ai quali è logicamente, razionalmente ed umanamente possibile ricorrere per orientarsi in concreto nell'inflizione della pena. Nulla resta fuori dal suo paradigma senza confini, che possa far scorgere anche solo l'idea del vincolo»⁸⁸.

La tesi della tassatività persuade lo stesso Bricola, il quale, tuttavia, osserva come taluni elementi, benché non rientrino a prima vista nell'elenco dell'art. 133, appaiano, in realtà, «suscettibili di utilizzazione in sede di determinazione della pena-base», dimostrando come l'onnicomprensività non si presti ad escludere «una potenziale delimitazione della portata delle clausole generali»⁸⁹.

L'art. 133 si è, infatti, dimostrato, capace, nel tempo, di accogliere novità che hanno arricchito le sue previsioni: si pensi, ad esempio, a quanto previsto all'art. 58, d.lgs. n. 150/2022⁹⁰, secondo il quale, il giudice, «nell'esercizio del suo potere discrezionale ai fini della determinazione della pena *ex art.* 133 c.p.» deve tenere conto dell'eventuale esito riparativo del programma di giustizia riparativa⁹¹ ai sensi del suddetto decreto.

⁸⁶ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 75.

⁸⁷ IBID.

⁸⁸ M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., p. 70.

⁸⁹ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 76.

⁹⁰ Per la disciplina relativa ai programmi di giustizia riparativa ai sensi della Riforma Cartabia, si rinvia al Titolo IV del d.lgs. n. 150/2022.

⁹¹ Il tema della giustizia riparativa verrà ripreso nell'ultimo capitolo al par. 5. Sull'argomento, all'interno della vastissima letteratura, si segnalano i seguenti contributi italiani: G. MAZZUCATO, *Consensus alle norme e prevenzione dei reati: studi sul sistema sanzionatorio penale*, Aracne, Roma, 2005; F. PALAZZO

Alla luce di interventi come quello relativo al d.lgs. n. 150/2022⁹², si evince ancor di più l'esigenza di formare una classe giudicante sensibile alla complessità delle vicende umane. Più che porre l'attenzione sulla natura tassativa o esemplificativa dei criteri esposti nell'art. 133 c.p., occorrerebbe riflettere sulle modalità di indagine che vengono impiegate per valutare i fattori della gravità del reato e della capacità a delinquere del reo.

L'esito di un giudizio può variare a seconda dello spazio dedicato alla narrazione dei fatti, alla precisione con cui questi si ricostruiscono, alla presenza o meno di pregiudizi nella mente del giudice. Le stesse vicende personali del giudice

- R. BARTOLI (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze University Press, Firenze, 2011; M. BOUCHARD - G. MIEROLO, *Offesa e riparazione: per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Mondadori, Milano, 2005; G. BERTAGNA - A. CERETTI - G. MAZZUCATO, *Il libro dell'incontro: vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, Il Saggiatore, Milano, 2015; L. EUSEBI, *Sviluppi normativi per una giustizia riparativa*, in *Minori giustizia*, fasc. n. 1, 2016 p. 33 ss.; ID., *Giustizia "riparativa" e riforma del sistema penale canonico. Una questione, in radice, teologica*, in *Monitor ecclesiasticus*, Vol. CXXX, fasc. n. 2, 2015, p. 515 ss.; ID., *La fraternità ferita: colpa, pena, giustizia riparativa*, in R. RAGONESE, *Fraternità ferita e riconciliazione*, Ancora, Milano, 2017, p. 42 ss.; ID., *Giustizia riparativa, sistema penale, fratellanza universale*, in *Coscienza*, Vol. LXXV, 2023; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, Milano, 2003; ID., *Nuovi scenari per la giustizia ripartiva. Riflessioni a partire dalla legge delega 134/2021*, in *Arch. pen.*, fasc. n. 1, 2022, p. 93 ss.; G. MANNOZZI - G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa: ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, Bologna, 2015; ID., *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, Torino, 2017; L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. n. 4, 2013, p. 1760 ss.; G.L. POTESTÀ - C. MAZZUCATO - A. CATTANEO, *Storie di giustizia riparativa: il Sudafrica dall'apartheid alla riconciliazione*, Il Mulino, Bologna, 2017; F. PALAZZO, *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: de lege lata e de lege ferenda*, in *Pol. del dir.*, fasc. n. 2, 2017, p. 349 ss.; E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa: mediazione e riparazione in materia penale*, Ed. Scient., Napoli, 2017; M. MARTELLO, *Una giustizia alta e altra. La mediazione nella nostra vita e nei tribunali*, Paoline ed., Milano, 2022; R. BARTOLI, *Giustizia vendicativa, giustizia riparativa, costituzionalismo*, in *Sist. pen.*, pubblicato il 22 marzo 2023.

⁹² F. CARINGELLA - F. DELLA VALLE - M. DE PALMA, *Manuale G. di diritto penale*, cit., p. 1576. Tra i molti commenti alla riforma: AA.VV., *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, Voll. I-IV, Giappichelli, Torino, 2024, di cui, in particolare, si segnala il Vol. IV dedicato alla disciplina organica della giustizia riparativa nell'ordinamento italiano. Per quanto riguarda i contributi dottrinali in materia di giustizia riparativa dopo la riforma Cartabia si segnalano tra i molti: L. EUSEBI, *Il cantiere lento della riforma in materia di sanzioni penali. Temi per una discussione*, in *Arch. pen.* fasc. n. 1, 2022, p. 57 ss.; ID., *Giustizia riparativa e riforma del sistema sanzionatorio penale*, in *Dir. pen. proc.*, Vol. XXIX, fasc. n. 1, 2023, p. 79 ss.; ID., *Pene retributive e giustizia riparativa*, in D. CASTRONUOVO - D. NEGRI, *Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura*, Jovene, Napoli, 2023, p. 363 ss.; ID., *Giustizia punitiva e giustizia riparativa: quali rapporti?*, in *Discrimen*, pubblicato il 3 ottobre 2023; ID., *Rieducazione e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio penale dopo il d.lgs. n. 150/2022*, in *Sist. pen.*, pubblicato il 10 aprile 2024; G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in *Sist. pen.*, pubblicato il 15 ottobre 2021; G. MANNOZZI, *Nuovi scenari per la giustizia riparativa. Riflessioni a partire dalla legge delega 134/2021*, in *Arch. pen.*, fasc. n. 1, 2022, p. 93 ss.; M. BORTOLATO, *La riforma Cartabia: la disciplina organica della giustizia riparativa. Un primo sguardo al nuovo decreto legislativo*, in *Quest. giust.*, pubblicato il 10 ottobre 2022; M. BOUCHARD, *Commento al titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 sulla disciplina organica della giustizia riparativa*, *ivi*, pubblicato il 7 febbraio 2023; F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo, 2022, n. 150, Parte I. Disciplina organica e aspetti di diritto sostanziale*, in *Sist. pen.*, pubblicato il 27 febbraio 2023.

possono incidere sulla valutazione della vicenda. Ciascuno di noi, infatti, assume quotidianamente decisioni lasciandosi inconsapevolmente influenzare dalle proprie emozioni e dalle proprie convinzioni, lo stesso accade al giudice nelle fasi più delicate del processo, tra cui, indiscutibilmente, spicca la valutazione della pericolosità sociale.

Dal suo accertamento in concreto dipende, infatti, non solo la «sorte punitiva», ma anche quella «sociale» dell'imputato, oltre che la perdita di numerosi benefici e garanzie.

La dichiarazione di abitualità, professionalità nel delitto o tendenza a delinquere comporta, anzitutto, l'applicazione di una misura di sicurezza ai sensi dell'art. 109 c.p., che, a differenza di quanto previsto per la pena, non prevede una cornice edittale entro la quale il giudice può esprimersi, ma una durata minima che varia a seconda del grado di pericolosità sociale. «Una volta decorso il periodo minimo di durata, [...] il magistrato di sorveglianza deve procedere al riesame della pericolosità». Nel momento in cui viene dichiarata la cessazione della pericolosità sociale, la misura di sicurezza viene revocata. Al contrario, se il soggetto viene nuovamente dichiarato socialmente pericoloso, la misura di sicurezza rimane in vigore fino ad ulteriore riesame⁹³.

In aggiunta alla misura di sicurezza, la dichiarazione di pericolosità sociale comporta: l'interdizione perpetua dai pubblici uffici (art. 29 c.p.), il divieto di sospensione condizionale della pena (art. 164 c.p.) e del perdono giudiziale (art. 189), l'esclusione della prescrizione della pena per i delitti, nonché il raddoppio del tempo necessario a prescrivere per le contravvenzioni (artt. 172, 173 c.p.), l'inapplicabilità dell'amnistia (art. 151) e dell'indulto (art. 174 c.p.), il raddoppio del tempo necessario ad ottenere la riabilitazione (art. 179 c.p.).

Anche solo con un breve cenno alle conseguenze della dichiarazione della pericolosità sociale, si evince chiaramente il pregiudizio che può essere arrecato con una valutazione se non superficiale, quantomeno leggera o comunque non sufficientemente soppesata da parte del giudice. È necessario che questi applichi il suo potere con un altissimo grado di lucidità, che troppo spesso viene confusa con il distacco. Tutt'altro. Lo si vedrà compiutamente nell'ultimo capitolo di questo

⁹³ G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 942.

studio quanto e come la giustizia debba immedesimarsi nella realtà, come debba entrarvi in contatto e non ergersi su uno scranno che permetta di guardare la vicenda da lontano, con l'illusione di comprenderne meglio le dinamiche.

Così afferma pubblicamente il giudice Stephen Gerald Breyer, dinanzi al *Senate Judiciary Committee* in occasione della sua nomina presso la Corte Suprema degli Stati Uniti nel 1994: «non molto tempo fa ho letto qualcosa che mi ha turbato molto. Stavo leggendo Chesterton, che parlava di una delle sorelle Brontë, credo di Jane Eyre. Dice Chesterton: “Guarda la città” (penso che lui stesse guardando Londra): “in questo istante, in questo fine-secolo, tu vedi tutte quelle case, e ti sembrano tutte uguali. E pensi a tutte quelle persone là fuori, che vanno al lavoro e sono tutte uguali”. È lui a parlare, ma ciò che Brontë dice è che le case non sono tutte uguali. Ognuna di quelle persone in ognuna di quelle case, e ognuna di quelle famiglie, è differente, e ciascuna ha una storia da raccontare. Ognuna di quelle storie ha a che fare con la passione umana. Ognuna di quelle storie riguarda un uomo, una donna, dei bambini, delle famiglie, delle opere, delle vite — e il libro fa nascere in te questa sensazione. E così qualche volta ho trovato la letteratura molto utile per uscire dalla mia torre d'avorio».

2.2.4. Discrezionalità e proporzionalità della pena

Benché la Costituzione non fornisca indicazioni dirette né per quanto riguarda le scelte relative alla comminazione, né per quanto riguarda quelle relative all'applicazione, in concreto, della sanzione, discrezionalità legislativa e discrezionalità giudiziaria rappresentano due momenti di cui la giustizia penale non può fare a meno⁹⁴. Si tratta di strumenti «fisiologicamente» ordinati «al raggiungimento dell'uguaglianza sostanziale» che permettono di «soddisfare le ragioni di garanzia espresse dall'art. 3 Cost.»⁹⁵. Questa norma, infatti, vincola «non solo ad un pari trattamento degli uguali ma, altresì, ad una diversificazione dei

⁹⁴ M. SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. n. 1, 1976, p. 53.

⁹⁵ C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale*, cit., p. 1433 s.

distinti o, almeno, data l'impossibilità di un perenne e completo adeguarsi del diritto al fatto, di ciò che è *ragionevolmente* differenziabile»⁹⁶.

Il principio di uguaglianza, quale «ideale regolativo di un diritto penale non arbitrario», «si insinua [...] nei principi penalistici di legalità e determinatezza della fattispecie incriminatrice», di «offensività» e «personalità-colpevolezza», ma soprattutto, nel principio di proporzionalità tra reato e pena⁹⁷, «un criterio», quest'ultimo, di per sé insufficiente all'individuazione in maniera univoca di «un'ipotetica pena *giusta in assoluto*»⁹⁸. Per comprendere e definire l'idea di *proporzione* è, infatti, necessario combinare il principio di *eguaglianza* con quello di *offensività*: il risultato sarà un principio di offensività rafforzato, che «da mero custode dei confini ultimi d'una possibile penalizzazione», si ergerà a «criterio di conformazione interna del campo»⁹⁹. Anche chi, come Vittorio Manes, sostiene «la dequotazione del principio di offensività a criterio meramente argomentativo o orientativo» riconosce che il «paradigma» della «ragionevolezza contempla declinazioni sempre più variegate, ed inclini ad «ospitare» valutazioni propriamente contenutistiche»¹⁰⁰.

Per meglio comprendere il rapporto tra proporzionalità e discrezionalità giudiziaria, è bene distinguere quest'ultima in due diverse forme: la discrezionalità nell'interpretazione e la discrezionalità nella qualificazione giuridica¹⁰¹.

La prima forma si manifesta nel momento in cui il giudice penale «incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra» del diritto, individua «il significato corretto della disposizione»¹⁰². A differenza di quanto accade con l'«interpretazione in senso stretto»¹⁰³, che «presuppone [...] la fissazione normativa di un concetto o di un valore, anche se in forma indiretta», la discrezionalità nell'interpretazione è

⁹⁶ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 352.

⁹⁷ G. FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in AA.VV., *Le ragioni dell'uguaglianza*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 116.

⁹⁸ D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. n. 2, 2017, p. 49.

⁹⁹ D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., p. 50.

¹⁰⁰ V. MANES, *Il principio di offensività in materia penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino 2003, p. 234.

¹⁰¹ C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale*, cit., p. 1435 ss.

¹⁰² Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115, in *cortecostituzionale.it*.

¹⁰³ C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale*, cit., p. 1436.

sinonimo di assenza nella norma di ogni determinazione dell'oggetto della valutazione *sia pure in forma indiretta*»¹⁰⁴.

Si pensi, ad esempio, «al requisito della proporzionalità di cui all'art. 52, co. 1, c.p.», secondo cui «non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa». Data la «difficoltà di prevedere, in via generale e astratta, tutte le contingenze del caso concreto che possono assumere rilievo [...] ai fini del rapporto di proporzionalità tra difesa e offesa», è il legislatore stesso ad affidare al giudice la concreta «valutazione delle circostanze da cui evincere [...] la sussistenza del presupposto in esame»¹⁰⁵. Altri esempi di discrezionalità nell'interpretazione sono riscontrabili «anche nella parte speciale del diritto penale»: tra i diversi, si ricordi, il caso «della colpa lieve, in materia di responsabilità medica»¹⁰⁶.

La seconda forma di discrezionalità riguarda, invece, «la *qualificazione giuridica* dei fatti oggetto di accertamento»: con essa si indica l'operazione con cui si accerta che le condizioni astrattamente determinate della norma generale sono presenti anche nel caso concreto, al fine di applicare in concreto la sanzione prevista in astratto¹⁰⁷.

Si pensi, ad esempio, alla concessione delle circostanze attenuanti generiche. Il giudice, in questo caso, accerta innanzitutto che gli elementi della vicenda oggetto del giudizio siano «espressivi di un attenuato disvalore dell'episodio criminoso» e, una volta accertata la sussistenza di tali elementi, «decide se tali peculiarità della fattispecie concreta» siano qualificabili come circostanze attenuanti generiche. Nel momento in cui si esprime in tal senso, il giudice «non ha alcuna libertà sovrana di compiere un atto normativo [...], né di effettuare una scelta insindacabile tra più opzioni tutte egualmente possibili e giuste», al contrario, egli è «vincolato ad una interpretazione dei valori cui è legata la società in una data epoca storica»¹⁰⁸: ciò lo conduce alla possibilità di determinare

¹⁰⁴ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 68.

¹⁰⁵ C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale*, cit., p. 1437.

¹⁰⁶ C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale*, cit., p. 1438.

¹⁰⁷ C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale*, cit., p. 1442.

¹⁰⁸ M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2004, p. 681.

la pena in modo tale che questa «rifletta in modo pieno le anse di significato dell'episodio criminoso nel loro intreccio di elementi personalistici e fattuali»¹⁰⁹.

La Corte costituzionale, a proposito del tema finora illustrato, si espone con diverse pronunce, tra le quali possiamo individuare la sentenza 25 maggio 1979, n. 26, considerata la capostipite in tema di proporzione nella commisurazione della pena.

Con essa la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma contenuta nel codice penale militare di pace, secondo la quale la pena dell'ergastolo avrebbe dovuto essere applicata sia nelle ipotesi di omicidio e sia in quelle di tentativo di omicidio in danno di un superiore. «Nel bilanciare i due tipi di beni, lesi dal delitto in questione, il legislatore ha operato uno stravolgimento dell'ordine dei valori messi in gioco: antepoendo la disciplina militare in tempo di pace, intesa nel senso riduttivo di obbedienza e di rispetto dell'inferiore verso il superiore, a quel bene supremo dell'ordinamento costituzionale e penale, premessa naturale di qualsiasi altra situazione soggettiva giuridicamente protetta, che è il diritto alla vita»¹¹⁰.

È, altresì, degna di nota la più recente sentenza Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249, con la quale la Consulta considera ingiustificatamente discriminatoria la circostanza aggravante *ex art. 61, n. 11bis*, consistente nell'aver commesso il reato mentre ci si trovi illegalmente sul territorio italiano. La norma in questione è stata invalidata poiché lesiva del «principio di uguaglianza che non tollera ingiustificate disparità di trattamento fondate sulla differenza di condizioni personali e sociali, poiché prevede un regime sanzionatorio irragionevolmente più rigoroso per lo straniero in condizione di soggiorno irregolare». Inoltre, i giudici costituzionali sottolineano «l'estraneità dell'aggravante stessa alla logica del maggior danno o del maggior pericolo per il bene giuridico tutelato dalle norme penali che prevedono e puniscono i singoli reati»¹¹¹.

I giudici costituzionali rilevano una sproporzione nella commisurazione della pena anche in altre pronunce, tra le quali: Corte cost., 15 novembre 2012, n. 251 del 2012 in materia di stupefacenti, Corte cost., 18 aprile 2014, n. 105 in materia

¹⁰⁹ M. CAPUTO, *Le circostanze attenuanti generiche*, cit., p. 194.

¹¹⁰ Corte cost., 25 maggio 1979, n. 26, in *cortecostituzionale.it*.

¹¹¹ Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249, in *cortecostituzionale.it*.

di usura, Corte cost., 18 aprile 2014, n.106 in materia di violenza sessuale. In tutti e tre i casi la Corte dichiara violato il principio di uguaglianza per «*manifesta irragionevolezza delle conseguenze sul piano probatorio* derivanti dell'enorme divaricazione delle cornici edittali previste per la fattispecie di base e per il caso di sussistenza dell'attenuante, e dell'azzeramento dell'attenuante per effetto della disciplina censurata». Secondo la Corte, la violazione del principio di uguaglianza ha, in questi casi, come effetto «un aumento di pena molto maggiore di quello tipicamente collegato alla recidiva», nonché «una *abnorme enfatizzazione delle componenti soggettive riconducibili alla recidiva reiterata*». Il tutto «in contrasto con il principio di offensività», che opera con riguardo «a tutti gli istituti che incidono sulla individualizzazione della pena». Infine, la Corte riconosce la violazione dell'art. 27 Cost., dal momento che «il divieto di soccombenza della recidiva reiterata rispetto l'attenuante, azzerando la diversità di cornici edittali, comporta una pena palesemente sproporzionata, e dunque avvertita come ingiusta dal condannato»¹¹².

Infine, si ricordi il notevole contributo al tema della proporzionalità della pena della pronuncia Corte cost., 10 novembre 2016, secondo cui «una particolare asprezza della risposta sanzionatoria determina [...] violazione congiunta degli artt. 3 e 27 Cost., essendo lesi sia il principio di proporzionalità della pena rispetto alla gravità del fatto commesso, sia quello della finalità rieducativa della pena». La sentenza, infatti, dichiara illegittimo l'art. 567, co. 2, c.p. nella parte in cui stabilisce «la reclusione da cinque a quindici anni» nei confronti di chi, «nella formazione di un atto di nascita», alteri «lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità», mentre, al primo comma, prevede che «chiunque, mediante la sostituzione di un neonato», ne alteri lo stato civile: sia «punito con la reclusione da tre a dieci anni».

Nella motivazione i giudici osservano che le questioni sottoposte al loro esame «sollecitano, prima di tutto, un controllo di proporzionalità sulla cornice edittale stabilita dalla norma censurata, alla luce dei principî costituzionali evocati (artt. 3 e 27 Cost.), non già una verifica sull'asserito diverso trattamento sanzionatorio di condotte simili o identiche, lamentato attraverso la mera identificazione di disposizioni idonee a fungere da *tertia comparationis*»; gli stessi

¹¹² D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., p. 51.

motivano la dichiarazione di illegittimità della disposizione, asserendo che non sbaglia «il giudice a quo nel ritenere che l'applicazione, pur nel minimo edittale, della sanzione stabilita dalla disposizione censurata risulti manifestamente irragionevole per eccesso, in violazione dell'art. 3 Cost., e si ponga altresì in contrasto con il principio della finalità rieducativa della pena, poiché ingenera nel condannato la convinzione di essere vittima di un ingiusto sopruso, sentimento che osta all'inizio di qualunque efficace processo rieducativo, in violazione dell'art. 27 Cost.»¹¹³.

La pronuncia in questione assume particolare rilievo dal momento che, la sua motivazione fa perno non tanto sulla «disparità di trattamento tra la disposizione censurata e altra disposizione assunta come *tertium comparationis*», quanto piuttosto sull'«irragionevolezza intrinseca del trattamento sanzionatorio previsto dalla disposizione oggetto di scrutinio, alla luce del principio della funzione rieducativa della pena», oltreché sull'«esigenza di proporzionalità del sacrificio dei diritti fondamentali cagionata dalla pena rispetto all'importanza del fine perseguito attraverso l'incriminazione»¹¹⁴.

Questo intervento della Corte in materia di legittimità della scelta sanzionatoria ribadisce come proporzionalità e finalità rieducativa siano entrambe, contemporaneamente, chiamate a sostenere la pena dal momento della sua comminazione da parte del legislatore, passando per l'applicazione «da parte del giudice della cognizione», fino ad arrivare all'esecuzione.

La pronuncia «delinea così un modello di sindacato che muove dal riconoscimento, in linea di principio, della discrezionalità del legislatore nella determinazione delle sanzioni applicabili a ciascuna fattispecie», ma che, al contempo, consente ai giudici costituzionali l'intervento in presenza di situazioni «di manifesta sproporzionalità della pena rispetto alla gravità del fatto». La Corte deve, dunque, «assicurarsi che le cogenti indicazioni del legislatore non impongano al giudice di infliggere concretamente pene (manifestamente) “sproporzionate” rispetto alla gravità del fatto», aspetto, per altro, specificatamente previsto anche

¹¹³ Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236, in *cortecostituzionale.it*.

¹¹⁴ F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. n. 2, 2017, p. 62.

dall'art. 49 CDFUE¹¹⁵, che vieta la previsione e l'applicazione di pene sproporzionate, coerentemente con quanto previsto dalla logica dei diritti umani¹¹⁶.

2.3. Diritto e dovere di motivazione

Il diritto processuale penale, in epoca *post* illuminista e moderna, fa della motivazione il cardine delle attività deliberative del giudice, le cui decisioni vengono assunte ponendo come fondamento la razionalità. La tradizione liberale elabora, infatti, un sistema di regole e vincoli, destinato a diventare sempre più complesso, in base al quale la decisione sulla responsabilità dell'imputato si fonda non tanto sull'autorità del giudicante, quanto sul suo sapere, che, come si è anticipato, non può limitarsi all'ambito giuridico, ma deve necessariamente estendersi a materie quali la psicologia, la criminologia e, più in generale, a tutte le discipline che indagano la complessità dell'uomo e dei suoi processi decisionali.

Ecco che la sentenza assurge al ruolo di «sintesi razionale del percorso logico seguito dal giudice»: essa, sia nella decisione sia (soprattutto) nella motivazione, ha il compito di ripercorrerne e «rispettarne i passaggi»¹¹⁷.

L'intero corpo della sentenza, intesa quale «atto formale e solenne di valore specificamente documentale»¹¹⁸, poggia, dunque, su due pilastri: decisione e motivazione. La prima è «un atto di volontà destinato ad esprimersi compiutamente nel dispositivo», la seconda — da taluni considerata come la sentenza in senso vero e proprio — consiste in una conclusione argomentata di quell'«atto del pensiero», che noi chiamiamo sentenza, e «che si svolge dapprima *in mente iudicis* e successivamente si manifesta linguisticamente»¹¹⁹.

¹¹⁵ Il testo dell'articolo recita: «1. Nessuno può essere condannato per un'azione o un'un'omissione che al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima. 2. Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni. 3. Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato».

¹¹⁶ F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia*, cit., p. 65.

¹¹⁷ A. FORZA - G. MENEGON - R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 21.

¹¹⁸ G. FOSCHINI, *La sentenza quale fase del postdibattimento*, cit., p. 1218.

¹¹⁹ L. PRESSACCO, *Contributo allo studio della sentenza penale*, cit., p. 150.

L'accertamento giurisdizionale circa la colpevolezza segue «il modello costitutivo del garantismo penale»: un sistema teso alla minimizzazione del potere del giudicante e alla massimizzazione del suo sapere giudiziario. «Presupposto di tale modello razionale di giustificazione è la controllabilità sul piano logico della motivazione», posta a fondamento di ogni decisione¹²⁰.

Il convincimento del giudice, benché *libero*, per definizione, «risponde sempre a regole e a meccanismi suscettibili di controllo»: chi giudica esaminerà e soppeserà le prove raccolte durante il processo e ne trarrà conclusioni nel pieno rispetto del paradigma della razionalità argomentativa. Ciò significa per il giudice convincersi liberamente, ma con l'obbligo di spiegare: «un obbligo rivolto non solo al condannato ma anche alla collettività.» In altri termini, il giudice è chiamato a «convincere la comunità attraverso un percorso argomentativo credibile e plausibile», affinché tutti i cittadini possano contare su un risultato del giudizio razionale e non frutto di una scelta arbitraria¹²¹.

Rivalutare la posizione della collettività, riconoscendole il ruolo di destinatario (indiretto) delle sentenze, risponde, senza dubbio, ad «un'esigenza di civiltà giuridica»¹²². Similmente accade con l'obbligo in capo al giudice di motivare meticolosamente la propria decisione: a ciò corrisponde un diritto per la società tutta a ricevere pronunce fondate su un percorso razionale e non sul mero *umore* del giudice¹²³. Tuttavia, è il caso di domandarsi quale sia l'autentico *compito sociale* della sentenza? Davvero *convincere* la collettività? *Soddisfare* la sua richiesta di giustizia? E quale *giustizia*? Il rischio di una deriva *demoscopica* nelle pronunce penali corre parallelo a quello della deriva emotiva e della deriva razionalista che si analizzeranno nei prossimi paragrafi; l'atteggiamento di sfiducia nei confronti

¹²⁰ A. FORZA - G. MENEGON - R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit., p. 21 s.

¹²¹ A. FORZA - G. MENEGON - R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit., p. 22 s.

¹²² A. FORZA - G. MENEGON - R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit., p. 23.

¹²³ Curioso e decisamente provocatorio il titolo di un saggio ad opera di Alex Kozinski, giudice della Corte d'Appello degli Stati Uniti per il Nono Circuito dal 1985 al 2017: «Cosa ho mangiato a colazione e altri misteri del processo decisionale giudiziario» (A. KOZINSKI, *What I Ate for Breakfast and Other Mysteries of Judicial Decision Making*, in *Loy. L.A. L. Rev.*, Vol. XXVI, fasc. n. 4, pubblicato il 6 gennaio 1993). Parafrasando il titolo, sorge spontaneo l'interrogativo: la giustizia è quello che il giudice ha mangiato a colazione? Quanto gli umori e le esperienze vissute in prima persona da chi è chiamato a giudicare influiscono concretamente nella decisione finale di un processo? Proseguendo nel testo si analizzeranno i rischi della deriva emotiva, non meno pericolosa di quella razionalista. Vedi anche *supra*, par. 2.2.3. Cfr., sull'argomento, anche A. FORZA - G. MENEGON - R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit., p. 123 ss.

del *giudice emotivo*¹²⁴ mal si concilia con l'arrendevolezza nei confronti di una società rancorosa e giustizialista, che ripone le proprie speranze in una giustizia severa e sommaria riservata non ad un semplice imputato, ma ad un non meglio identificato nemico. A cosa appellarsi, dunque, se non ai principi? Fari nelle notti buie e caliginose della nostra quotidianità, troppo spesso trascurati e ridotti a meri moniti, ripetuti alla stregua di proverbi, ma ignorati nella sostanza.

3. Errori giudiziari e processi mediatici

3.1. Lo spettro dell'errore giudiziario

Gli attuali codici di diritto processuale penale tracciano contorni ben definiti contenenti regole epistemiche e logiche, che indicano precisi percorsi cognitivi volti a guidare il ragionamento probatorio e le valutazioni del giudice nelle diverse fasi del processo, fino alla redazione della sentenza. Tali regole si ispirano ai principi del giusto processo: la presunzione di innocenza, il principio del contraddittorio sia come metodo dialettico che, come metodo euristico, il giudizio conclusivo che conferma o falsifica l'ipotesi accusatoria, il principio dell'*oltre ogni ragionevole dubbio* e «il controllo impugnatorio di legalità e logicità della giustificazione della decisione»¹²⁵.

Il nostro codice di rito recepisce il sistema accusatorio attraverso una serie di regole, identificabili negli artt. 187-192, 546, co. 1, lett. e, 591, co.1 e 1-bis, 606, co. 1, lett. e, c.p.p., che delineano un modello di motivazione della sentenza, la quale, «innervata dal metodo avversativo della confutazione», è connotata da un ragionamento rigoroso che mette strettamente in relazione probabilità e prova¹²⁶. Tuttavia, l'espressione «ragionamento inferenziale», che indica quel tipo di ragionamento deduttivo finalizzato a dimostrare come una certa verità consegua logicamente da un'altra, non è di per sé sinonimo di certezza: «le stime probabilistiche», su cui si fondano la valutazione delle prove e l'adozione della

¹²⁴ Cfr. A. FORZA - G. MENEGON - R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit.

¹²⁵ G. CANZIO, *Prefazione*, in G. M. BACCARI - P. FELICIONI, *La decisione penale*, cit., p. XI.

¹²⁶ *IBID.*

decisione finale da parte del giudice, «non sono immuni dal rischio di distorsioni ed errori cognitivi»¹²⁷.

Questi cosiddetti *bias* derivano non solo dall'incertezza e dall'incompletezza delle informazioni, oltre che dalla scarsità del tempo e delle risorse a disposizione della giustizia, ma anche da elementi riconducibili alla sfera morale ed emozionale di ciascun giudice. Egli, alla stregua di qualsiasi essere umano¹²⁸, è depositario di valori e principi, testimone di fatti e continuamente esposto al potere persuasivo della comunicazione di massa, il cui linguaggio e metodo spesso interagiscono con il funzionamento della mente umana¹²⁹.

L'errore giudiziario¹³⁰ aleggia indisturbato come uno spettro sopra le camere di consiglio, infestando i sonni dei giudici e degli imputati, quale «oscuro rovescio del fenomeno processuale».

Dotato di una «duplice natura», esso rappresenta il «drammatico sviamento dal traguardo ultimo del giudizio» e, al contempo, il «parametro continuo di perfezionamento della “meccanica” del processo»¹³¹.

Il giudice cade in errore nel momento in cui si allontana dall'itinerario tracciato dalle regole epistemologiche che definiscono positivamente la relazione tra probabilità e prova¹³², pertanto, le cause dell'errore giudiziario sono da ricercarsi sì all'interno del sistema processuale, ma anche in fattori esterni al processo, che possono pericolosamente influenzarlo.

¹²⁷ G. CANZIO, *Prefazione*, in G. M. BACCARI - P. FELICIONI, *La decisione penale*, cit., p. XII.

¹²⁸ «Like all humans, judges have inherently limited memories, computational skills, and other mental tools» S.M. BAINBRIDGE, *Abolishing LLC Veil Piercing*, 2005, p. 98.

¹²⁹ G. CANZIO, *Prefazione*, in G. M. BACCARI - P. FELICIONI, *La decisione penale*, cit., p. X s.

¹³⁰ Sul tema si segnalano i seguenti contributi dottrinali: L. LAUDAN, *Truth, error, and criminal law: an essay in legal epistemology*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006; E. TURCO, *L'equa riparazione tra errore giudiziario e ingiusta detenzione*, Giuffrè, Milano, 2007; F. IMPOSIMATO, *L'errore giudiziario: aspetti giuridici e casi pratici*, Giuffrè, Milano, 2008; G. SPANGHER, *La vittima del processo: i danni da attività processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2017; G. GULOTTA, *Innocenza e colpevolezza sul banco degli imputati: commento alle linee guida psicoforensi per un processo sempre più giusto*, Giuffrè, Milano, 2018; A. CIANFARINI, *Brevi note sull'errore giudiziario in Italia*, Saggistica Primiceri, Padova, 2019; L. LUPÁRIA DONATI (a cura di), *L'errore giudiziario*, Giuffrè, Milano, 2021; D. MASTRO, *Le cause degli errori giudiziari e i meccanismi di prevenzione e riparazione delle condanne e imputazioni ingiuste*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. VIII, fasc. n. 3, 2022; AA.VV., *The victimology of a wrongful conviction: innocent inmates and indirect victims*, Routledge, New York, 2023.

¹³¹ L. LUPÁRIA DONATI, *Cultura della prova ed errore giudiziario: il processo penale in discussione*, in L. LUPÁRIA DONATI - L. MARAFIOTI - G. PAOLOZZI (a cura di), *Errori giudiziari e background processuale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. XI.

¹³² G. CANZIO, *Il processo penale tra verità e dubbio*, intervento al Corso di aggiornamento organizzato dalla Camera Penale di Firenze su «Il giudizio di cassazione nel sistema processuale penale», 27 novembre 2009, in *Dir. Pen. Cont.*, pubblicato il 25 novembre 2010.

Come già anticipato poc'anzi, i mezzi di comunicazione di massa e la rete costituiscono una costante minaccia per la verità processuale; nell'esperienza del processo, l'errore consiste nello scarto tra verità dei fatti (verità fattuale) e verità dei loro enunciati (verità processuale): è dunque evidente un rapporto di proporzionalità inversa tra errore giudiziario e giustizia, in base al quale, tanto più si riduce lo scarto tra verità fattuale e verità processuale, tanto più avremo la possibilità che venga pronunciata una decisione giusta.

Chi si occupa di studiare l'architettura del cervello umano ha identificato, al suo interno, la presenza di numerose *scorciatoie* o *trappole* mentali, le quali «svolgono un ruolo determinante nei processi di tipo valutativo»¹³³.

Si è già accennato, qualche riga sopra, ai cosiddetti *bias cognitivi*, schemi precostituiti dalla nostra mente e dotati di effetti pervasivi, «prevalentemente dettati dalla esigenza comune agli esseri umani di semplificare la complessità del reale»¹³⁴.

Si parla, così, di dissonanze della memoria, interazione tra sistemi cognitivi differenti e paralleli, del cosiddetto «effetto ancoraggio e aggiustamento», del *confirmation bias* responsabile della *tunnel vision*, delle correlazioni illusorie secondo le euristiche della disponibilità, della congiunzione, dell'accessibilità e della rappresentatività, e poi ancora delle fallacie del «senno di poi» e del «tasso di base»¹³⁵. Queste *trappole*, accompagnate dall'influenza dell'opinione pubblica e dall'impatto della comunicazione operata da *mass media* e *social network*, possono incidere negativamente «sulla coerenza logica della rappresentazione e della costruzione mentale della “storia” sottoposta alla valutazione alla decisione del giudice.» Si parla, a tal proposito, di «“rito mediatico”» quale causa e, insieme, «prodotto del fenomeno che prende il nome di populismo giudiziario»¹³⁶.

L'incombere delle cosiddette illusioni cognitive porta inevitabilmente il giurista ad interrogarsi circa i rimedi cui ricorrere, al fine di eliminare, o, quantomeno, ridurre al minimo l'impatto dei *bias* sull'esercizio della giurisdizione. Essi, infatti, non solo rischiano di condurre il giudice ad un errore di valutazione,

¹³³ G. CANZIO, *Alle radici dell'errore giudiziario: “Heuristics and Biases”* in L. LUPÁRIA DONATI (a cura di), *L'errore giudiziario*, cit., p. 82.

¹³⁴ *IBID.*

¹³⁵ Questi temi verranno ripresi nel capitolo successivo (vedi *infra*, par. 3.1.3 ss.) dedicato all'intelligenza artificiale applicata al processo penale.

¹³⁶ G. CANZIO, *Alle radici dell'errore giudiziario*, cit., p. 83.

ma, addirittura, possono indurlo pericolosamente a trasformare la propria discrezionalità in arbitrio, cioè «a causa di rigidità funzionali e automatismi»¹³⁷.

«Il percorso cognitivo e decisorio del giudice» si snoda attraverso «indagini condotte sulla base di segni e tracce», che conducono, passo dopo passo, alla scoperta della verità, la quale, nient'altro è se non una «ricostruzione (artificiale) nel presente di fatti (reali) avvenuti nel passato». A motivo di ciò, tutto quanto il processo penale è incentrato su inferenze logiche a struttura probabilistica: anche gli strumenti tecnologici e i metodi scientifici più avanzati e connotati da scarsissimi margini di errore sono in grado di fornire «risposte solo in termini di probabilità, talora bassa o medio-bassa e altre volte alta o medio-alta»¹³⁸.

Orbene, quali antidoti all'errore giudiziario?

È possibile individuare alcune coordinate che, in seguito, permetteranno di individuare — almeno secondo la tesi qui sviluppata — non tanto quale sia la soluzione all'errore, bensì il metodo con cui ad esso approcciarsi.

In primis, il processo è una narrazione, meglio ancora, la rappresentazione della storia di un fatto «raccontato da attori, ciascuno con un proprio ruolo»: chi difende, chi accusa, chi testimonia, chi giudica. «Ognuno narra la propria storia», proponendo la stessa vicenda secondo letture differenti. La versione finale verrà scritta dal giudice sottoforma di sentenza. Ma non finisce qui. C'è un altro soggetto con cui non è possibile evitare il conforto: il pubblico, che, nella migliore delle ipotesi, seguirà lo sviluppo del processo dentro l'aula di un tribunale, nella peggiore sul divano di casa¹³⁹.

In secondo luogo, la vicenda narrata all'interno del processo è una vicenda *umana* ri-costruita ed il risultato di questa ricostruzione è frutto non solo dell'interazione tra diversi *personaggi*, ma anche dell'interconnessione delle loro osservazioni, sensazioni e prospettive.

Inoltre, poiché umana, la narrazione — e, in particolare, la narrazione processuale — ha dei *limiti*: il primo è, anzitutto, quello del *ricordo*: ciò «che chiamiamo memoria è il portato di un processo dinamico», articolato in più fasi: «*percezione, codifica, immagazzinamento, recupero*, ciascuna delle quali può

¹³⁷ G. CANZIO, *Alle radici dell'errore giudiziario*, cit., p. 84.

¹³⁸ G. CANZIO, *Alle radici dell'errore giudiziario*, cit., p. 84 s.

¹³⁹ A. FORZA - G. MENEGON - R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit., p. 175.

essere modulata da elementi cognitivi, emotivi, affettivi, culturali e ambientali.» Il ricordo degli eventi vissuti non è mai completo: è il prodotto di un processo di rielaborazione «di informazioni spesso incomplete e selettive e, a volte, anche distorte»¹⁴⁰.

Il secondo e non meno condizionante limite è il *contesto*: nessun cittadino, seduto in un'aula di tribunale, può dirsi a proprio agio. Il timore dell'errore, quello del giudizio (e più ancora del pregiudizio), influiscono inevitabilmente sul racconto della propria esperienza, infine, l'esigenza di rapidità e concisione non facilita l'esposizione.

In questa sezione l'attenzione è rivolta più ai fattori che conducono all'errore, che all'errore stesso e ai suoi rimedi. Certo è che, sulla scorta di quanto considerato sinora, pensare alla vicenda giudiziaria come ad una figura geometrica monodimensionale porterebbe non solo a valutarne una porzione limitata e insufficiente, ma anche a credere che quella valutazione sia incontestabilmente corretta. Rifiutare il ragionevole dubbio è quindi il primo fatale passo verso l'errore.

3.2. Lo splendore dei processi

La potenza delle immagini, che stanno alla base del metodo comunicativo dei principali *mass media*, produce rischiose suggestioni cui nessuno, neppure il giudice, risulta immune nel momento della formazione della propria opinione. Spesso tali mezzi sono responsabili «di una lettura deformata della realtà, dove l'esigenza di narrazione enfatizza l'aspetto emozionale»¹⁴¹. Ecco che si passa, in breve tempo, dalla *spettacolarizzazione* del supplizio a quella del processo¹⁴². Non

¹⁴⁰ A. FORZA - G. MENEGON - R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit., p. 180.

¹⁴¹ A. FORZA - G. MENEGON - R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit., p. 141.

¹⁴² Sul tema dei processi mediatici si segnalano, tra i moltissimi, i seguenti contributi: D. SOULEZ LARIVIÈRE, *Il circo mediatico-giudiziario*, Liberilibri, Macerata, 1995; G. FORTI - M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine*, Vita e Pensiero, Milano, 2005; C. CONTI, *Processo mediatico e processo penale: per un'analisi critica dei casi più discussi da Cogne a Garlasco*, Giuffrè, Milano, 2016; G. COLAIACOVO, *Processo mediatico e violazione del segreto istruttorio (le notizie processuali)*, in G. SPANGHER (a cura di), *La vittima del processo: i danni da attività processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 351 ss.; P. GHIRARDELLI - F. VITIELLO, *Il processo mediatico: quando i mass media si sostituiscono ai tribunali*, Unicopli, Milano, 2018; R. CASIRAGHI, *Informazione giudiziaria, processo mediatico e imparzialità del giudice*. Relazione, svolta il 10 settembre 2021, al Convegno dell'Associazione degli Studiosi del Processo Penale "G.D. Pisapia" su "Problemi del processo mediatico"; N. TRIGGIANI, *Informazione e giustizia penale: dalla cronaca giudiziaria al processo*

si trova, infatti, una particolare differenza tra quanto accade oggi e quanto affermato cinquant'anni fa da Michel Foucault, cambia solo l'oggetto dello *spettacolo* e il luogo della messa in scena: dalla piazza allo schermo. Il sociologo francese osserva e ricostruisce, a distanza di secoli, l'evoluzione dell'«ortopedia sociale» che ha condotto alla nascita del carcere, facendo emergere le dinamiche più recondite del sistema punitivo. Foucault descrive come nel Settecento il supplizio del condannato costituiva, all'interno del «cerimoniale della giustizia», un vero e proprio «rituale» volto a suscitare clamore e ad essere direttamente constatato dal *popolo spettatore*¹⁴³.

A lui dobbiamo l'espressione «splendore dei supplizi», che ben si confà alla situazione attuale in cui, fin troppo spesso, ci scontriamo con ciò che potremmo definire lo *splendore dei processi*: patiboli imbastiti fuori dalle aule di tribunali sui quali, prima ancora che il presunto colpevole, vengono seviziati senza scrupoli i principî costituzionali del giusto processo¹⁴⁴.

Non solo i *talk show*, ma anche i principali canali di informazione sono soliti calpestare, tra gli altri, il principio di presunzione di innocenza, a favore di un uso spregiudicato della presunzione di colpevolezza, tale per cui è l'imputato a doversi disculpare di fronte al *popolo spettatore* (Foucault), o, per meglio dire oggi, di fronte al *pubblico*, al fine di «contrastare una potenziale deriva giustizialista»¹⁴⁵.

Il decorso sempre più «ingravescente» di questa spettacolarizzazione, che, travalicando i confini del diritto di cronaca, produce effetti devastanti nella sfera privata di coloro che sono coinvolti, a qualsiasi titolo, nei fatti narrati, rappresenta un grave rischio sia per le parti, sia per il giudice ed è spesso causa di clamorosi errori giudiziari.

mediatico, Cacucci, Bari, 2022; V. MANES, *Giustizia mediatica: gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Il Mulino, Bologna, 2022.

¹⁴³ «Il supplizio fa parte di un rituale. È un elemento della liturgia punitiva, e risponde a due esigenze. Deve, in rapporto alla vittima, essere marchiante: è destinato, sia per la cicatrice che lascia sul corpo, sia per la risonanza da cui è accompagnato, a rendere infame la vittima; il supplizio, anche se ha la funzione di «purgare» il delitto, non riconcilia; traccia intorno, o, meglio, sul corpo stesso del condannato dei segni che non devono cancellarsi; [...] E da parte della giustizia che l'impone, il supplizio deve essere clamoroso, deve essere constatato da tutti, un po' come il suo trionfo. [...] L'eccesso stesso delle violenze esercitate e uno degli elementi della sua gloria: che il colpevole gema e urla sotto i colpi, non è un corollario vergognoso, è il cerimoniale della giustizia che si manifesta in tutta la sua forza. [...] Negli «eccessi» dei supplizi, è investita tutta una economia del potere» (M. FOUCAULT, *Surveiller et punir: Naissance de la prison* (1975), trad. it. di A. Tarchetti, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 2014, p. 37 ss.).

¹⁴⁴ Si veda in proposito l'analisi di Vittorio Manes in V. MANES, *Giustizia mediatica*, cit.

¹⁴⁵ A. FORZA - G. MENEGON - R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit., p. 142 s.

Con lo stesso spirito con cui, in precedenza, ci si è domandati quale ruolo abbiano le sentenze nei confronti della collettività, ci si chiede, ora, se esista un diritto del popolo all'*informazione giudiziaria*.

Dalla lettura in combinato disposto degli artt. 21 e 101 della nostra Costituzione, emerge che il popolo ha il diritto di conoscere non solo circa l'andamento dell'amministrazione della giustizia in suo nome, ma anche circa le modalità di esercizio dello *jus dicere* da parte dei giudici. I mezzi di informazione hanno, dunque, un ruolo fondamentale nell'esplicazione delle garanzie costituzionali proprie di uno stato democratico. L'art. 21 Cost. rende possibile «una virtuosa circolarità democratica»: mentre il Parlamento emana le leggi che verranno poi interpretate e applicate dai giudici al caso concreto, la cosiddetta *pubblicità mediata* rende note alla collettività le modalità con cui si rende giustizia, attivando così «un meccanismo democratico in tutto analogo a quello che si verifica con riguardo ad ogni altra attività statale»¹⁴⁶.

La comunicazione relativa all'amministrazione della giustizia non è un mero atto di cortesia da parte dello Stato nei confronti dei suoi cittadini, bensì è un'espressione di democrazia, al pari di quanto accade nel momento in cui la sentenza viene pronunciata «in nome del popolo italiano». Tuttavia, esistono dei limiti invalicabili: l'espressione del diritto alla conoscenza da parte del cittadino non può essere lesiva dei diritti fondamentali costituzionalmente e internazionalmente riconosciuti all'imputato e non può travalicare i confini della verità processuale. Il cittadino deve, dunque, essere messo nelle condizioni di conoscere non solo i fatti, limitatamente a quanto consentito a seconda delle fasi processuali cui la vicenda è approdata, ma anche la struttura e il funzionamento della giustizia. Egli deve comprenderne i tempi e rispettarne i luoghi, evitare di trarre conclusioni partendo da dati le cui fonti non tengono conto della complessità del caso e del processo, oltre che del contesto all'interno del quale è accaduto il fatto.

La giustizia penale è una realtà del tutto peculiare che giustifica il ruolo particolarmente influente dell'informazione giudiziaria sull'opinione pubblica. Il

¹⁴⁶ G. GIOSTRA, *La giustizia penale nello specchio deformante della cronaca giudiziaria*, in *MediaLaws, Riv. di diritto dei media*, fasc. n. 3, 2018, p. 2.

processo penale nasce dalla necessità di punire dei comportamenti considerati incompatibili con la convivenza civile, tuttavia, non si tratta di un'attività statale come un'altra, giudicabile dai risultati, bensì di un'attività il cui giudizio dipende dall'accettabilità dei metodi. Il risultato dell'attività giurisdizionale penale è considerato accettabile nella misura in cui è ottenuto attraverso un metodo accettabile. Di qui la necessità per la collettività di conoscere il *modo* con cui viene amministrata la giustizia. Questo, dunque, quello che può definirsi «il ruolo costituzionale dei media»: «consentire un controllo democratico del metodo seguito per giudicare»¹⁴⁷.

In un ordinamento democratico in cui la repressione penale è il mezzo di controllo che incide più direttamente e duramente sulla società, non è concepibile l'idea di una giustizia penale *segreta*, ovvero sottratta al controllo della società stessa. Oscurare, anche parzialmente, la cronaca giudiziaria non è solo costituzionalmente e politicamente inammissibile, ma anche culturalmente inaccettabile. Non si può prescindere da questo presupposto nel momento in cui ci si appresta a considerare i diversi effetti collaterali della rappresentazione mediatica, che troppo spesso non si limita a riprodurre la realtà, ma ne rimanda un'immagine altamente deformata. Pertanto, come salvaguardare la pubblicità della giustizia e, al contempo, tutelarsi da una *pubblicità patologica*? Per rispondere a questo interrogativo è, anzitutto, necessario sottolineare la profonda diversità delle tecniche espressive e quindi delle finalità narrative. Mentre i *mass media* fanno leva principalmente sull'emotività, utilizzando un linguaggio volto a scuotere e ad impressionare la collettività, i giudici puntano ad applicare norme giuridiche e regole logiche, con il fine di giungere ad una decisione coerente al di là di ogni ragionevole dubbio. Metodi diversi per diversi obiettivi, ma non solo. Giustizia e informazione non viaggiano alla stessa velocità: mentre la prima deve attenersi ai ritmi imprevedibili e, tendenzialmente, poco celeri del processo (benché se ne imponga una durata ragionevole), la seconda mira a ridurre il più possibile l'attesa tra evento e sua narrazione¹⁴⁸.

In conclusione, posti i rischi di un'informazione di cattiva qualità che non mira alla ricostruzione della verità, ma piuttosto alla seduzione del pubblico, non si

¹⁴⁷ IBID.

¹⁴⁸ G. GIOSTRA, *La giustizia penale*, cit., p. 3 s.

può ignorare la difficoltà dell'informazione nel ricoprire un ruolo di così grande responsabilità nei confronti della collettività. Comunicare nei giusti tempi, nei giusti luoghi e nei giusti modi presuppone una particolare attenzione alle diverse competenze necessarie per esprimersi su un argomento complesso quale può essere una vicenda giudiziaria. Ecco la necessità di rivolgersi ad esperti, svincolati dal caso oggetto di commento, che abbiano, a loro volta, capacità e cura nel divulgare nozioni a chi esperto non è. Questa la strada per una *pubblicità fisiologica* del diritto, oltre che di altre discipline, volta senz'altro ad informare, ma anche a formare un pubblico attento alla verità e alla sua complessità.

3.3. Effetti collaterali della giustizia mediatica

L'attenzione dei media è morbosamente focalizzata sui primi passi dell'azione giudiziaria, che, secondo il diritto processuale penale, coincidono con la delicatissima fase delle indagini preliminari. Ciò con il rischio di «una fuorviante traslazione del baricentro processuale» nell'immaginario collettivo¹⁴⁹. La stampa, infatti, raramente si concentra sulla fase dibattimentale, preferendo gli attimi immediatamente successivi alla notizia di reato, con un approccio che risponde all'impellente bisogno del pubblico: identificare un colpevole e identificarlo in fretta. Attraverso una rappresentazione spesso alterata della realtà dei fatti, ecco che l'ipotesi investigativa che per prima trapela trova, fin da subito, solide e numerose conferme, trasformandosi da ipotesi a «verità incontrovertibile, senza alcuno spazio per il dubbio»¹⁵⁰.

Parallelamente a quanto accade nelle aule dei tribunali, se non addirittura anticipatamente, nei salotti televisivi prende vita il processo mediatico, che riproduce il linguaggio, i riti e i simboli del processo giurisdizionale «senza però farne proprie le garanzie e i metodi epistemici». L'informazione sull'andamento dei processi penali lascia così il posto ad un'inamovibile presa di posizione nei confronti della colpevolezza o dell'innocenza dell'imputato (se non addirittura

¹⁴⁹ G. GIOSTRA, *La giustizia penale*, cit., p. 5.

¹⁵⁰ R. CASIRAGHI, *Informazione giudiziaria*, cit., p. 6.

dell'indagato), con cui l'opinione pubblica si erge ad organo giurisdizionale «pretendendone poi l'adesione»¹⁵¹.

La narrazione mediatica rappresenta il fenomeno criminale seguendo criteri differenti rispetto a quelli utilizzati dai professionisti del diritto, creando un forte divario tra realtà percepita e realtà dei fatti. La rete oggi permette a chiunque non solo di accedere liberamente all'informazione, ma anche di partecipare attivamente alla sua creazione e di condividerne i contenuti in tempo reale. Su questo fertile terreno fiorisce il populismo penale, che infonde un sentimento di collettiva insicurezza, unitamente ad «uno stato diffuso di emergenza sociale»¹⁵². I rischi sono molteplici sia per la collettività che per le parti coinvolte nei giudizi, ma non sono immuni a queste influenze neppure i magistrati, sia che svolgano funzioni requirenti, sia che svolgano funzioni giudicanti. I mezzi di informazione giudicano severamente non esitando a sacrificare sul «patibolo mediatico»¹⁵³ la dignità dell'individuo e il suo diritto alla riservatezza, insieme ai principi del giusto processo, della presunzione di innocenza e dell'oltre ogni ragionevole dubbio, che dovrebbero illuminare la decisione del giudice e guidarne il libero convincimento¹⁵⁴.

In un recente studio europeo sul fenomeno dell'antisemitismo ai giorni nostri¹⁵⁵, è emerso come i media istituzionali tendano «ad alimentare l'aspettativa della collettività in merito alla criminalizzazione delle condotte che presentano connotati antisemiti»¹⁵⁶. In seguito all'analisi della narrazione mediatica, che ha rilevato l'attribuzione di un'importanza prioritaria alla reazione del sistema penale, sono state identificate tre principali funzioni che i media svolgerebbero in merito alla risposta penale a tali condotte. La prima è una funzione *rafforzativa*: di fronte alla punizione di una condotta antisemita «i media tendono ad esaltare lo stigma espresso dalla pena»; la seconda è una funzione *propulsiva*, secondo la quale i

¹⁵¹ IBID.

¹⁵² M. BERTOLINO, *La rappresentazione mediatica della giustizia penale: dalla narrazione del crimine a quella del processo*, in *Discrimen*, pubblicato il 26 febbraio 2024, p. 3

¹⁵³ G. GIOSTRA, *Il media-evo della giustizia penale*, in *Sist. pen.* 14 giugno 2021.

¹⁵⁴ M. BERTOLINO, *La rappresentazione mediatica della giustizia penale*, cit., p. 10.

¹⁵⁵ Progetto UE Cerv-2021 HIDEANDOLA (Hidden Antisemitism and Communicative Skills of Criminal Lawyers and Journalists - GA n. 101049699).

¹⁵⁶ F. VENTURI, *Funzione comunicativa del diritto punitivo e contronarrazione mediatica in materia di antisemitismo*, in *Leg. pen.*, pubblicato il 30 novembre 2023, p. 9.

media, prima ancora che si apra il procedimento, «tendono ad evocare la reazione del diritto penale, quasi incoraggiandola»¹⁵⁷; la terza ed ultima è una funzione *oppositiva*: in caso di assoluzione della condotta percepita come antisemita, i media echeggiano l'allarme sociale attraverso considerazioni critiche ed «esprimendo preoccupazioni in ordine alla pretesa in effettività del sistema di giustizia penale»¹⁵⁸. In sintesi, «l'assoluzione è vista dall'opinione pubblica come un fallimento della giustizia penale e una negata tutela della vittima»¹⁵⁹.

Nel momento in cui la condanna pubblica anticipata sembra già essere, agli occhi della comunità, la *giusta sentenza*, ci si domanda in che misura venga messo a repentaglio il principio del libero convincimento del giudice.

Le «anticipazioni mediatiche giustizialiste» hanno un'eco così risonante da influenzare financo il giudizio del magistrato e condurlo ad «errori cognitivi e a distorsioni della determinazione giudiziale»?¹⁶⁰

Emozioni, sentimenti, preconcetti ideologici, morali o religiosi possono facilmente essere ridestati dall'impatto della comunicazione di massa ed incidere negativamente sulla coerenza logica della ricostruzione della vicenda su cui si esprimerà il giudice¹⁶¹.

La logica razionale può essere il metodo, per eccellenza, con cui si procede nella ricerca della verità, ma raramente è il motore che dà inizio a questa ricerca. Infatti, mentre alla ragione corrisponde l'interesse, che implica sempre un tornaconto personale, all'emozione corrisponde la curiosità, che è, per sua natura, gratuita, per l'appunto, disinteressata. Solo chi si appassiona ad una determinata vicenda umana può desiderare autenticamente di scoprirne la verità e solo chi crede nella verità può desiderare autenticamente la giustizia. Il giudice che si lascia trascinare dalle emozioni è certamente inaffidabile, ma quello che si lascia dalle emozioni guidare è saggio. Lo stesso si può dire delle teorie scientifiche, dalle quali il giudice dovrebbe farsi educare, ma troppo spesso si lascia se-durre.

Educare le emozioni è un compito arduo: incanalarle nella giusta direzione significa anzitutto coltivare una sensibilità al *giusto*, che neppure il diritto, fino in

¹⁵⁷ IBID.

¹⁵⁸ F. VENTURI, *Funzione comunicativa del diritto punitivo*, cit., p. 10.

¹⁵⁹ M. BERTOLINO, *La rappresentazione mediatica della giustizia penale*, cit., p. 11.

¹⁶⁰ IBID.

¹⁶¹ G. CANZIO, *Alle radici dell'errore giudiziario*, cit. p. 83.

fondo, è capace di trasmettere. Non basta infatti conoscere ciò che è «bene», ma è necessario conoscere ciò che è «buono». Quanti orrori si sono commessi nella storia in nome del «bene», ma mai nessuno in nome della bontà.

«Persino il sangue versato da Erode non fu versato in nome del male ma di ciò che per Erode era il bene», scrive Vasilij Grossman nella sua monumentale opera *Vita e destino*, e così continua: «La mente umana crede che la vita sia una lotta del bene contro il male, ma così non è. Chi vuole il bene dell'umanità non è in grado di arginare il male [...] ho visto la forza incrollabile dell'idea del bene sociale che è nata nel mio paese. L'ho vista nel periodo della collettivizzazione forzata e nel Trentasette. Ho visto uccidere nel nome di un ideale bello e umano come quello cristiano. Ho visto le campagne morire di fame, e i figli dei contadini che morivano tra le nevi della Siberia; ho visto le che da Mosca, Leningrado e altre città della Russia portavano in Siberia centinaia di migliaia di uomini e donne, i nemici della grande, luminosa idea del bene sociale. Era un'idea bella e grande, e ha ucciso senza pietà, ha rovinato le vite di molti, ha separato le mogli dai mariti, i figli dai padri [...] Il bene non è nella natura, non è nelle prediche di apostoli e profeti [...] E dunque oltre al bene grande e minaccioso esiste la bontà di tutti i giorni. La bontà della vecchia che porta a un pezzo di pane a un prigioniero, la bontà del soldato che fa bere dalla sua borraccia un nemico ferito [...] La bontà dell'uomo per l'altro uomo, una bontà senza testimoni, piccola, senza grandi teorie. La bontà illogica, potremmo chiamarla. La bontà degli uomini al di là del bene religioso e sociale [...] È una bontà senza voce, senza senso, istintiva, cieca. [...] come trasformarla in forza senza inaridirla [...]? Perché la bontà è forte sino a quando è priva di forza. Appena la si vuole trasformare in forza la bontà si perde, scolora, [...], svanisce. [...] Ho temprato la mia fede all'inferno. È uscita dal fuoco dei forni crematori, dal cemento delle camere a gas, la mia fede. E ho visto che nella lotta contro il male non è l'uomo a essere impotente: per quanto poderoso, il male non può nulla nella sua guerra contro l'uomo. La bontà è debole, fragile: questo è il segreto della sua immortalità. Essa è invincibile. La storia degli uomini non è dunque la lotta del bene che cerca di sconfiggere il male [...] La storia dell'uomo è la lotta del grande male che cerca di macinare il piccolo seme dell'umanità. Ma se anche in momenti come questi l'uomo serba qualcosa di umano, il male è destinato a soccombere»¹⁶².

¹⁶² V. GROSSMAN, *Vita e destino*, Adelphi, Milano, 2008, p. 352 ss.

Queste parole scolpite in una delle più importanti opere della letteratura del Novecento, lungi dal condurci fuori dal nostro percorso, ci insegnano a leggere la storia e l'attualità con uno sguardo attento e disincantato. Non è il buonismo la soluzione, certamente non è questo che Grossman intende per «buono», ma è l'«umano» che sconvolge sempre, nella sua complessità, tanto quanto nella sua semplicità. Sono parole come queste che ci avvertono del pericolo di un uso spregiudicato della parola, dell'immagine, del commento, che ci mettono in guardia dalla prontezza con cui si addita un colpevole e dalla noncuranza con cui si ignora un innocente.

Parole come queste ci esortano a prendere le distanze dai giudizi condotti fuori dai luoghi deputati al giudizio, dove i sentimentalismi prevalgono sulle emozioni, dove le funzioni ben determinate nella struttura del processo vengono redistribuite tra i presenti quasi si trattasse di un gioco di ruolo.

Anche il giudice è spettatore e presta ascolto a quanto accade fuori dalle aule dei tribunali: si lascia coinvolgere dai moti d'animo e dalle opinioni altrui, soffocando magari le proprie sensazioni e rinunciando all'emozione, convinto che a lui un atteggiamento umano non sia concesso. Così si presta il fianco all'invasione dei sistemi artificiali di giudizio, di cui si parlerà nel prossimo capitolo, che avanzano in corresponsione all'indietreggiare della responsabilità del giudice-uomo, che, in un universo distopico, viene sostituito da un giudice-macchina, senz'altro in grado di riconoscere il «bene» – tornando di nuovo alle parole di Grossman – ma che, difficilmente, saprebbe distinguerlo dal «buono».

3.4. I paraocchi della Suprema Corte

Nonostante la più autorevole dottrina¹⁶³ sostenga il ruolo significativo della comunicazione mediatica nelle situazioni di conflitto decisionale e, ancor più, di *stress* emotivo in cui viene a trovarsi il magistrato in sede di giudizio¹⁶⁴, la Corte di cassazione continua a considerare i giudici come i «protagonisti razionali e

¹⁶³ P. SAMMARCO, M. BERTOLINO, G. CANZIO, L. LUPÁRIA DONATI et al.

¹⁶⁴ G. CANZIO, *Alle radici dell'errore giudiziario*, cit., p. 82.

imparziali del processo, insensibili a qualsiasi influenza che non sia quella delle prove processuali»¹⁶⁵.

Secondo la Suprema Corte, infatti, «le campagne di stampa, quantunque accese, astiose e martellanti, o le pressioni dell'opinione pubblica non sono di per sé idonee a condizionare la libertà di determinazione del giudice, abituato ad essere oggetto di attenzione e critica senza che per ciò solo ne resti menomata la sua indipendenza di giudizio o minata la sua imparzialità»¹⁶⁶.

La Corte ritiene, pertanto, che la libertà di espressione in merito a vicende giudiziarie socialmente rilevanti sia un presupposto fondamentale della democrazia di un Paese, a tal punto da non poter mai costituire, neppure se esercitata oltre modo, un pericolo effettivo «per la capacità di determinazione del giudice, tenuto conto delle qualità morali, psicologiche e di esperienza che normalmente corredano le persone di coloro che sono chiamati al disimpegno di funzioni giurisdizionali»¹⁶⁷.

È, tuttavia, la Cassazione stessa ad ammettere l'esistenza di concreti rischi per «il giudice mediaticamente esposto»¹⁶⁸: a riguardo, la Corte riconosce come il linguaggio dei *media* influisca negativamente sul processo, specialmente in relazione alla delicatissima fase delle indagini preliminari. La reazione degli inquirenti al clamore mediatico è spesso «un'improvvisa accelerazione delle indagini [...] nella spasmodica ricerca di uno o più colpevoli da consegnare all'opinione pubblica internazionale», ciò a discapito della «ricerca della verità sostanziale, che [...] ha come ineludibile postulato non solo la tempistica, ma anche la compiutezza e correttezza dell'attività investigativa»¹⁶⁹.

Alla luce di quanto detto sinora, desta non poche perplessità l'atteggiamento marcatamente tollerante dei giudici supremi circa l'esercizio del diritto di cronaca¹⁷⁰: la Corte non esclude l'«astratta configurabilità della scriminante del diritto di cronaca in relazione alle condotte illecite prodromiche alla manifestazione del pensiero stesso, a favore della quale ultima tale scriminante ordinariamente opera.»¹⁷¹ Un'interpretazione in tal senso, non solo ignora «le necessarie ponderazioni dei beni

¹⁶⁵ M. BERTOLINO, *La rappresentazione mediatica della giustizia penale*, cit., p. 12.

¹⁶⁶ Punto 2.2.1 del ritenuto in fatto di Cass. pen., sez. III, 25 novembre 2009, n. 45310, in *Dejure*.

¹⁶⁷ *IBID.*

¹⁶⁸ M. BERTOLINO, *La rappresentazione mediatica della giustizia penale*, cit., p. 13.

¹⁶⁹ «L'interesse a informare la collettività può scriminare il giornalista dal reato di ricettazione» (Cass. pen., sez. V, 7 settembre 2015, n. 36080, in *Guida al diritto* 2019, fasc. n. 41, 2019, p. 34).

¹⁷⁰ Cass. pen., sez. II, 19 settembre 2019, n. 38277, in *Sist. pen.*

¹⁷¹ M. BERTOLINO, *La rappresentazione mediatica della giustizia penale*, cit., p. 15.

giuridici in gioco», ma riconosce, di fatto, «una licenza a delinquere» che non giova di certo a quella sana informazione esercitata nel pieno rispetto dei diritti fondamentali.¹⁷²

4. Emotività e razionalità: il rischio di una doppia deriva

Il giudizio penale è intriso di emozioni, che rischiano di nuocere alla decisione del giudice, ostacolando, insidiosamente, l'analisi delle informazioni fattuali.

È necessario, tuttavia, riconoscere che, l'agire razionale, su cui ciascuno, giudice compreso, fa affidamento, non può prescindere dall'esperienza emotiva: «il fluire emozionale» non opera in maniera indipendente e separata dalla sfera razionale, bensì interagisce con essa, co-valutando i dati recepiti dalla nostra mente¹⁷³ attraverso l'esperienza e permettendo così al giudice di elaborare il suo giudizio finale.

Nel nostro ordinamento penale non trovano spazio gli *stati d'animo* delle parti né tantomeno quelli del giudicante. Per quanto riguarda l'imputabilità del fatto, ci «si limita a statuirne l'indifferenza» o, meglio, l'*inidoneità* ai fini dell'esclusione (art. 90 c.p.). Quanto alla figura del giudice, l'eventuale influenza di uno stato emotivo in ragione di vincoli di parentela o affinità, oppure di interessi comuni con le parti coinvolte nel giudizio, comporterebbe la pronuncia di una decisione da parte di un organo incompatibile. Tali connessioni influenzerebbero, infatti, non solo l'imparzialità, ma anche la terzietà del giudice, ovvero la sua equidistanza rispetto alle parti (art. 36, co. 1, lett. f, c.p.p.)¹⁷⁴.

¹⁷² IBID.

¹⁷³ R. BLAIOTTA, *Educazione sentimentale del giudice. A proposito di giustizia, amianto, vittime diffuse*, in *Sist. pen.*, pubblicato il 15 giugno 2021.

¹⁷⁴ L. LANZA, *Emozioni e libero convincimento nella decisione del giudice penale*, in *Criminalia*, 2011, p. 366.

4.1. La deriva emotiva

«L'*homo cogitans*», nell'apprestarsi ad assumere una decisione, in un qualsiasi ambito della sua quotidianità, «non è rinchiuso in un recinto impermeabile ai sentimenti»¹⁷⁵. La sfera emozionale, infatti, al pari di quella razionale, svolge un fondamentale «ruolo evolutivo e adattativo» nella vita di ogni giorno: «l'agire razionale» per meglio esprimersi necessita dell'«esperienza emotiva», ragion per cui non è possibile ignorare la «complementarità tra ragione e sentimento»¹⁷⁶ nei processi decisionali dell'uomo, compreso quello del giudice in sede di giudizio.

Il processo penale, in tutte le sue fasi, al pari di quanto accadeva con il teatro nell'antica Grecia, rappresenta una palestra di emozioni, tra cui spiccano empatia e compassione. Chi è chiamato ad esprimere un giudizio su un fatto e sul suo autore non può fare a meno di chiamare in causa la propria esperienza: non tanto un'esperienza teoretica quanto, piuttosto, un'esperienza emozionale, una sensibilità matura, capace di immedesimarsi nelle vicende altrui e di «immergersi con slancio negli accadimenti».

«La compassione è uno strumento potente e primordiale» che ben si concilia con l'agire razionale, nucleo delle decisioni vitali dell'uomo; essa rappresenta un faro per la ragione ed «un presidio per l'agire collettivo», una guida per il consolidamento di principi morali, sociali e giuridici¹⁷⁷. Tuttavia, sul terreno della compassione si proiettano ombre non trascurabili: un «giudice *empatico*», dev'essere sì un giudice capace di immedesimarsi nei vissuti delle parti, ma comunque in grado mantenere una ferma verticalità tra emotività e cognizione, al fine di emanare una pronuncia imparziale¹⁷⁸. I pericoli legati ad una cattiva amministrazione del sentimento della compassione sono da rintracciarsi nella ricerca spasmodica di un colpevole per ogni evento, nell'autoindulgenza e nella «sovraavvalutazione di beni non primari»; tuttavia, il rischio più subdolo è costituito dall'attribuzione alla giustizia di «un ruolo esorbitante»: la cura a mali cui essa non può porre rimedio¹⁷⁹.

¹⁷⁵ E. AMODIO, *Prefazione*, in A. FORZA - G. MENEGON - R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit., p. 9.

¹⁷⁶ R. BLAIOTTA, *Giustizia, errore, intelligenza artificiale*, cit., p. 2.

¹⁷⁷ R. BLAIOTTA, *Educazione sentimentale del giudice*, cit.

¹⁷⁸ G. M. BACCARI - P. FELICIONI, *La decisione penale*, cit. p. 18.

¹⁷⁹ R. BLAIOTTA, *Educazione sentimentale del giudice*, cit.

La compassione per la vittima è, senz'altro, ciò che primariamente mette in moto la ricerca della verità circa un fatto di reato; tuttavia, la spinta emotiva con essa generata può condurre fuori strada. Di fronte ad atti di indicibile violenza, specie se rivolti nei confronti di soggetti particolarmente vulnerabili, è inevitabile che si generi un bisogno di punizione, tanto potente da annebbiare la vista del giudicante e ottenebrare la sua capacità di giudizio. La compassione per l'offeso e l'esecrazione per l'autore rendono così «sommaria o forzata la valutazione e, di conseguenza, [...], retorica la motivazione»¹⁸⁰.

4.1.1. Il diritto penale d'autore: la *logica del nemico*

Nel momento in cui l'autore, o presunto tale, di un certo tipo di illecito penale diviene bersaglio di una stampa priva di scrupoli e di un'opinione pubblica spietata, per ragioni che derivano da «un'estemporanea recrudescenza punitiva verso un certo tipo di fatti», assistiamo alla strumentalizzazione del diritto penale in funzione di una tenace lotta contro un nemico personificato e ben identificato¹⁸¹. Il nemico in questione, tuttavia, non viene percepito dalla collettività come il nemico pubblico, il nemico delle istituzioni, della società, dello Stato, come colui che ha rotto il patto sociale, ma piuttosto come l'avversario di una lotta privata tra colpevoli e vittime. Si tratta di due logiche contrapposte e inconciliabili: «l'una di dialogo e l'altra di guerra, l'una rispettosa di tutti i diritti fondamentali e politici, l'altra no»¹⁸².

È questo ciò che accade quando la ricerca della giustizia ha come unico motore l'emozione, che spinge ad interventi apparentemente tempestivi ed efficienti, che si rivelano però totalmente inefficaci, inadeguati ed incoerenti. Seguendo questa scia emotiva, si arriva a proporre un modello di diritto penale cosiddetto *del nemico*, o diritto penale *d'autore*, secondo il quale l'oggetto della punizione non è il reato, ma il reo. Più precisamente, l'obiettivo diventa l'autore

¹⁸⁰ IBID.

¹⁸¹ E. STANIG, *Il nuovo diritto penale d'autore*, in P. PITTARO (a cura di), *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità?*, EUT, Trieste, 2012, p. 45 ss.

¹⁸² M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. Pen.*, fasc. n. 2, 2006, p. 274.

per ciò che è e non per ciò che ha commesso, in pieno contrasto con il modello del diritto penale *del fatto*, che ha come fondamento il principio di colpevolezza.

È la logica del *Tätertyp*¹⁸³, la *logica del nemico*, più volte applicata nel corso della storia e narrata nelle sue pagine più tristi, secondo la quale il presupposto della colpevolezza, ovvero l'oggetto del rimprovero non consiste nell'aver posto in essere un determinato fatto tipico, bensì nell'appartenere ad un certo gruppo sociale o etnico (es. l'immigrato, lo straniero), nell'aver scelto uno stile di vita ai margini della società (es. la persona senza fissa dimora), oppure ancora nell'essersi reso responsabile in precedenza di fatti illeciti. Il medesimo approccio è spesso evidente anche nell'ambito dei reati colposi, in particolar modo in merito a quelli commessi sui luoghi di lavoro, dove l'uomo, inevitabilmente, diventa «ingranaggio fragile tra apparati solitamente gravidi di esiziali pericoli»¹⁸⁴.

Di seguito si riportano alcuni esempi contenuti nella legislazione penale italiana, che sembrano figli di una logica simile a quella appena descritta, secondo l'analisi proposta dalla ricercatrice Eva Stanig¹⁸⁵.

4.1.2. L'immigrato irregolare e il recidivo

Un primo chiaro esempio di applicazione della suddetta *logica del nemico* è senz'altro costituito dalla normativa finalizzata alla repressione dei flussi migratori, ambito in cui l'applicazione della sanzione penale assume un significato tipicamente simbolico. Gran parte delle ipotesi di incriminazione aventi a che fare con il fenomeno dell'immigrazione sono state previste in reazione alla percezione collettiva del rischio e non in ragione di una concreta efficacia della sanzione penale. L'uso simbolico del diritto penale in questo contesto emerge in maniera evidente da quanto previsto all'art. 61, n.11*bis* c.p., che prevede la circostanza aggravante della clandestinità e all'art. 10*bis*, d.lgs. 286/1998 che introduce nel

¹⁸³ Sul punto anche V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 559.

¹⁸⁴ R. BLAIOTTA, *Educazione sentimentale del giudice*, cit.

¹⁸⁵ E. STANIG, *Il nuovo diritto penale d'autore*, cit.

nostro ordinamento il reato di immigrazione clandestina¹⁸⁶. Entrambe queste ipotesi, previste in seguito all’emanazione dei pacchetti di sicurezza del 2008 e 2009, «sono l’emblema della legislazione penale dell’emergenza e della sicurezza, volta a soddisfare le “pulsioni securitarie” e le sensazioni di insicurezza diffuse in vasti settori dell’opinione pubblica»¹⁸⁷.

La motivazione addotta a sostegno di questa scelta incriminatrice è da ricercarsi nella valutazione di dati statistici, secondo i quali gli immigrati irregolari risulterebbero socialmente più pericolosi di quelli regolari o dei cittadini italiani. Ciò, a conferma di quanto si illustrerà nei paragrafi successivi, ovvero che il cattivo uso di informazioni scientifiche produce danni tanto quanto la cattiva gestione delle emozioni. Non ci si stupirebbe, infatti, se la reale giustificazione poggiasse «sulla concezione dello straniero come il nemico per antonomasia»¹⁸⁸. Egli rappresenta il diverso, colui che avanza istanze etiche e culturali distanti dalle nostre: la personificazione della minaccia ad una sedicente società globalizzata e multi-etnica.

A muovere critiche alle decisioni del legislatore non è solo la dottrina, ma anche la giurisprudenza: la Corte costituzionale, con una pronuncia del 2007 in materia di reato *ex art.* 14, co. 5^{ter} del Testo unico sull’immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), sostiene che «il controllo dei flussi migratori e la disciplina dell’ingresso e della permanenza degli stranieri nel territorio nazionale» rappresenti «un grave problema sociale, umanitario ed economico che implica valutazioni di politica legislativa non riconducibili a mere esigenze generali di ordine e sicurezza

¹⁸⁶ Le principali tappe relative alla normativa italiana avente per oggetto il tema dell’immigrazione possono essere così sintetizzate. Con la l. 40/1998 (Legge Turco-Napolitano) sono state tracciate le linee generali delle politiche pubbliche in materia di immigrazione, le quali sono state ulteriormente consolidate con il d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo Unico sull’immigrazione e sulla condizione dello straniero). Successivamente, sono state introdotte diverse modifiche, tra cui quelle della l. 189/2002 (Legge Bossi-Fini). Contiene, invece, norme di attuazione del testo unico (d.lgs. 286/1998) il d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394, come modificato dal d.P.R. 18 ottobre 2004, n. 334, emanato, a sua volta, in attuazione della l. 189/2002. Si ricordino poi il d.lgs. 30/2007, attuativo della dir. 2004/38/CE, che disciplina la condizione giuridica dei soggetti stranieri cittadini di stati membri dell’Unione europea e il documento programmatico relativo alla politica dell’immigrazione e degli stranieri nel territorio dello stato italiano elaborato per il triennio 2004-2006 (d.P.R. 13 maggio 2005). A tempi più recenti risalgono il d.l. 13/2017 che istituisce i centri di permanenza per i rimpatri (CPR), il d.l. 130/2020, il D.P.C.M. 29 dicembre 2022, il d.l. 20/2023, che introduce una disciplina derogatoria rispetto a quella contenuta nel D.P.C.M. del 2022 e il d.l. 124/2023 che estende a diciotto mesi il limite massimo di permanenza nei CPR degli stranieri in attesa di espulsione dallo stato. Sono stati, infine, siglati dal Governo italiano diversi accordi bilaterali con altri paesi, tra cui spicca il Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania sottoscritto il 6 novembre 2023. Informazioni reperibili sul sito *camera.it*, sezione *Studi-Istituzioni*, focus *La disciplina dell’immigrazione*, pubblicato il 18 gennaio 2024. Accesso del 13 ottobre 2024.

¹⁸⁷ E. STANIG, *Il nuovo diritto penale d’autore*, cit., p. 47 s.

¹⁸⁸ E. STANIG, *Il nuovo diritto penale d’autore*, cit., p. 48.

pubblica né sovrapponibili o assimilabili a problematiche diverse, legate alla pericolosità di alcuni soggetti e di alcuni comportamenti che nulla hanno a che fare con il fenomeno dell'immigrazione»¹⁸⁹.

Siamo di fronte a quella che può ben dirsi una presunzione *iuris et de iure* di pericolosità sociale direttamente «connessa alla mera appartenenza ad un determinato tipo di autore, o meglio, allo *status* di clandestino»¹⁹⁰.

Ciò comporterebbe l'aggravamento della risposta sanzionatoria anche qualora non si dimostrasse la sussistenza di un nesso tra lo stato di illegale permanenza sul territorio italiano e la commissione dell'illecito penale.

Si osservi, inoltre, come l'art. 133 c.p. permetta, già di per sé, al giudice di considerare l'elemento della clandestinità ai fini dell'individuazione della capacità a delinquere e, quindi, della commisurazione della pena: introdurre una specifica aggravante rende univoco l'esito della valutazione circa la capacità a delinquere, «estrapolando tra gli aspetti della vita del reo una particolare condizione personale, quale la clandestinità, che di per sé non è sintomo di maggiore offensività»¹⁹¹.

Alla luce di quanto illustrato in questo primo esempio relativo al cosiddetto *diritto penale d'autore*, si può affermare — prendendo in prestito le parole di Francesco Forzati — che il diritto penale dell'immigrazione sembra essersi convertito in una sorta di «laboratorio», in cui si sperimentano vere e proprie «tecniche di mutazione genetica del garantismo liberale, legittimate dalle (preminenti) esigenze di respingimento del nemico esterno»¹⁹².

Rientrano nella *logica del nemico* gli atteggiamenti dell'ordinamento e della collettività nei confronti di coloro che hanno già riportato una condanna penale per un fatto simile o diverso da quello considerato. In seguito alla riforma dell'istituto della recidiva, operata con la l. 251/2005¹⁹³, il perno della valutazione penalistica è passato dal fatto all'autore, con la conseguente rottura di un equilibrio, già di per sé precario, tra la dimensione soggettiva e quella oggettiva del reato.

¹⁸⁹ Corte Cost., 22 febbraio 2007, n. 22, in *cortecostituzionale.it*.

¹⁹⁰ E. STANIG, *Il nuovo diritto penale d'autore*, cit., p. 48.

¹⁹¹ E. STANIG, *Il nuovo diritto penale d'autore*, cit., p. 48.

¹⁹² F. FORZATI, *Il penale dell'immigrazione oltre i diritti e le garanzie della persona. Il D.L. 14 giugno 2019 n. 53 e le nuove frontiere della diseguaglianza sanzionatoria*, in *Arch. Pen.*, fasc. n. 3, 2019, p. 5.

¹⁹³ Intitolata *Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione*, la legge è nota anche con il nome di *Ex Cirielli*, dal nome del deputato Edmondo Cirielli, suo firmatario, che, vi votò contro in seguito alle modifiche apportate dal Parlamento

Nella sua versione originaria, il codice Rocco attribuiva alla recidiva una funzione nettamente general-preventiva: essa veniva contestata indipendentemente dal reato in merito al quale era stata pronunciata la precedente sentenza di condanna e senza distinzioni circa la «specificità della figura criminosa oggetto della caduta recidivante»¹⁹⁴. Inoltre, a differenza di quanto previsto dal codice Zanardelli, fra il passaggio in giudicato della sentenza di condanna e la commissione di un nuovo illecito penale non era previsto nessun termine di tempo ai fini della contestazione della recidiva.

Infine, non vi era spazio per una valutazione discrezionale da parte del giudice circa l'applicazione concreta dell'istituto, ad eccezione di alcune ipotesi.

La riforma del 1974¹⁹⁵ mitigherà il rigore sanzionatorio relativo alla disciplina della recidiva, introducendo una nuova configurazione dell'istituto: il riconoscimento dell'aggravante da obbligatorio a facoltativo. Con ciò, non sarebbe più stato sufficiente per il giudice constatare l'esistenza della precedente condanna¹⁹⁶, questi avrebbe dovuto individuare, relativamente al singolo caso concreto, «la presenza di elementi sintomatici della maggiore colpevolezza, o della maggiore capacità a delinquere, dell'autore, indispensabili al fine di giustificare la stessa dichiarazione di recidiva e il conseguente aumento di pena»¹⁹⁷.

Tale riforma produce, di fatto, un mutamento del concetto sostanziale di discrezionalità, che non sarà più uno strumento necessario al «completamento dell'opera del legislatore nella concretezza dei casi vitali»¹⁹⁸, ma si trasformerà in uno «strumento di rottura del sistema» atto al superamento delle previsioni della parte speciale del codice senza che vi sia necessità di modificarle direttamente¹⁹⁹. In altre parole, il giudice non avrà più semplicemente il compito di proseguire

¹⁹⁴ G. CARUSO, *Recidiva riformata, attenuanti generiche e discrezionalità (a proposito di Corte cost., sent. n. 183 del 7 giugno 2011)*, in *Arch. pen.*, fasc. n. 3, 2011, p. 2.

¹⁹⁵ Attuata con d.l. 11 aprile 1974, n. 99 (Provvedimenti urgenti sulla giustizia penale), convertito successivamente nella l. 7 giugno 1974, n. 220.

¹⁹⁶ Sul punto appare chiara la posizione della Corte di Cassazione, che, con una recente pronuncia, ribadisce quanto segue: «Ai fini della rilevazione della recidiva, intesa quale elemento sintomatico di un'accentuata pericolosità sociale del pervenuto, e non come fattore meramente descrittivo dell'esistenza di precedenti penali per delitto a carico dell'imputato, la valutazione del giudice non può fondarsi esclusivamente sulla gravità dei fatti e sull'arco temporale in cui questi risultano consumati, essendo egli tenuto ad esaminare in concreto, in base ai criteri di cui all'art. 133 c.p., il rapporto esistente tra il fatto per cui si procede e le precedenti condanne, verificando se ed in quale misura la pregressa condotta criminosa sia indicativa di una perdurante inclinazione al delitto che abbia influito quale fattore criminogeno per la commissione del reato "sub iudice"» (Cass. pen. sez. II, 14 marzo 2023, n. 10988).

¹⁹⁷ G. CARUSO, *Recidiva riformata*, cit., p. 3

¹⁹⁸ G. CARUSO, *Recidiva riformata*, cit., p. 3 s.

¹⁹⁹ A.M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, cit., p. 287.

l'opera del legislatore, egli avrà l'onere di «sostituire le proprie valutazioni, legate alla concretezza dell'episodio criminoso, a quelle normative di parte speciale»²⁰⁰.

Tuttavia, il primo effetto successivo alla previsione del regime di facoltatività della recidiva sarà un infrequente riconoscimento dell'aggravante nella prassi: in reazione a tale «lassismo applicativo» viene promulgata la l. 251/2005 avente lo «scopo di recuperare un'adeguata tonalità afflittiva alla recidiva». I principali strumenti adottati dal legislatore saranno: l'aumento del tasso di aggravamento sanzionatorio e la preclusione della neutralizzazione di quest'ultimo per mezzo della discrezionalità del giudice²⁰¹.

La Legge del 2005 non si limita, tuttavia, «ad un generale inasprimento dei trattamenti sanzionatori»: agli «effetti giuridici minori» già previsti in materia di sospensione condizionale ed estinzione della pena, perdono giudiziale, amnistia, indulto, oblazione, liberazione condizionale e riabilitazione, si aggiungono quelli sulla prescrizione, il bilanciamento delle circostanze e la continuazione del reato. «Inoltre, l'applicazione della nuova recidiva ai soli delitti non colposi» comporterà un rafforzamento dell'aspetto retributivo della pena, mentre la sua funzione special-preventiva verrà drasticamente ridimensionata²⁰².

Reo e recidivo diventano così, a tutti gli effetti, «fratelli diversi», due figure non assimilabili non solo sotto il profilo della capacità a delinquere, ma anche sotto quello della personalità.

Il recidivo è descritto come un soggetto dal carattere instabile e mutevole, che ben si presta ad una valutazione personologica che ne trasfigura l'immagine in un vero e proprio *tipo d'autore*.

Egli personifica l'*avversario*, «di un diritto penale diffidente e collerico»²⁰³, un *nemico* da ostracizzare, combattere e neutralizzare ad ogni costo, poiché «espressione di insensibilità etica all'obbligo di non violare la legge dimostrata dopo la condanna e di attitudine a commettere nuovi reati»²⁰⁴. Benché tra gli intenti della riforma del 2005 vi sia quello di restringere l'ambito di discrezionalità nell'applicazione dell'aggravante, resta esclusivo compito del giudice accertare se la recidiva consista in un'autentica espressione di pericolosità sociale e maggiore

²⁰⁰ A.M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, cit., p. 300.

²⁰¹ G. CARUSO, *Recidiva riformata*, cit., p. 4.

²⁰² E. STANIG, *Il nuovo diritto penale d'autore*, cit., p. 53.

²⁰³ V.B. MUSCATIELLO, *La recidiva*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 109.

²⁰⁴ E. STANIG, *Il nuovo diritto penale d'autore*, cit., p. 53.

colpevolezza. Tuttavia, una volta effettuato tale concreto accertamento, egli perde qualsiasi potere in materia di commisurazione della pena, avendola il legislatore prevista in forma fissa e non suscettibile di valutazione alcuna.

La disparità nel trattamento del reo e del recidivo è ben evidente nella fase esecutiva del processo: si ricordino, a titolo d'esempio, l'esclusione della sospensione dell'esecuzione della pena per i recidivi *ex art. 99, co. 4, c.p.*, la riduzione della possibilità di beneficiare dei cosiddetti permessi premio e la preclusione della misura alternativa della detenzione domiciliare.

Il diritto penale considera, dunque, il recidivo nient'altro che un «delinquente incallito, reo impenitente e perciò solo meritevole di punizione», un soggetto *irrecuperabile*, testimone del fallimento del progetto rieducativo e per il quale, pertanto, non ha più senso insistere nella risocializzazione²⁰⁵.

4.2. La deriva razionalista

Al contrario di quanto si possa pensare, non sono solo le emozioni a trasportare verso visioni distorte della realtà: anche le prove scientifiche possono condurre lontano dalla verità processuale (e tanto più da quella fattuale).

Il rischio di una deriva razionalista è ben illustrato da Federico Stella, che descrive come la struttura antagonistica del processo penale abbia dato luogo alla nascita di «una autentica *cultura partigiana* della testimonianza degli esperti», che si esprime attraverso le figure di periti e consulenti che intervengono nel processo penale e conducono spesso il giudicante ad un'errata ricostruzione e soluzione del caso. Il procedimento accusatorio produce infatti i suoi migliori risultati nel momento in cui «permette di smascherare la menzogna dell'esperto», quando permette di dimostrare come un mezzo di prova ritenuto infallibile, in realtà non lo sia²⁰⁶.

È il caso, ad esempio, del test del DNA, introdotto negli Stati Uniti d'America durante gli anni Ottanta del secolo scorso: i suoi presupposti si sono rivelati fragili e i suoi risultati sono stati ampiamente contestati, dimostrando

²⁰⁵ E. STANIG, *Il nuovo diritto penale d'autore*, cit., p. 55.

²⁰⁶ F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 32 ss.

l'utilizzo di una metodologia non appropriata e di valutazioni non sufficientemente suffragate da dati statistici²⁰⁷. Tra le altre prove scientifiche considerate, in un primo momento, affidabili, ma rivelatesi poi viziate da tassi d'errore particolarmente elevati, troviamo quelle proposte dall'epidemiologia e dalla scienza di valutazione del rischio, ma anche la prova documentale corroborata da leggi matematiche può condurre lontano dalla verità, come accade durante il processo Dreyfus²⁰⁸.

Se consideriamo, dunque, che neppure la scienza può contare su vere e proprie certezze e che, pertanto, la verità come la falsità di un'ipotesi scientifica è un problema destinato a non essere risolto, il giudice non potrà appellarsi unicamente e ciecamente al metodo scientifico. Questi «dovrà trarre dal diritto e dalle sue regole», ovvero da regole estranee alla metodologia scientifica, i criteri necessari al giudizio circa l'affidabilità delle ipotesi scientifiche, selezionando quanto «emerge di più fecondo per gli scopi che il diritto si propone di raggiungere»²⁰⁹.

Il pericolo di una deriva razionalista diventa, pertanto, concreto nel momento in cui colui che è chiamato a giudicare si lascia sedurre dagli elementi forniti dalle prove scientifiche o pseudo tali, faticando a distinguere «i fatti dalle opinioni scientifiche, le opinioni dalle pure congetture, le questioni di fatto dalle scelte di valore»²¹⁰. In tal senso, di fronte alle evidenze della scienza, anziché impegnarsi nel considerare le probabilità di errore insite nel modello scientifico scelto per l'occasione, il giudice abdica alla sua funzione di *peritus peritorum*, di “principe” valutatore, esponendosi fatalmente all'errore²¹¹.

²⁰⁷ Si pensi al noto caso O.J. Simpson (Stati Uniti d'America, 1994-1995). Benché si misero in campo ingenti risorse al fine di sostenere l'attendibilità dei test del DNA, l'accusa non fu in grado di dimostrare l'identità dell'assassino al di là di ogni ragionevole dubbio.

²⁰⁸ Durante il processo riguardante il celeberrimo affaire, scoppiato in Francia alla fine del XIX secolo, l'accusa, nel tentativo di dimostrare che l'autore del documento, che si pretendeva caduto nelle mani dei tedeschi, fosse proprio il capitano Dreyfus, individuò la «strabiliante frequenza con cui certe lettere nel documento apparivano sovrapponibili alle stesse lettere che si ritrovavano nella corrispondenza di Dreyfus. La matematica su cui si fondava questa dimostrazione era, di fatto, un assoluto nonsenso»; tuttavia, i giudici cui venne affidato il caso «si lasciarono fuorviare dalla fraseologia scientifica», L. H. TRIBE, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, in *Harvard Law Review*, Vol. LXXIV, fasc. n. 6, 1971, p. 1329 ss.

²⁰⁹ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 36

²¹⁰ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 32.

²¹¹ A. FORZA - G. MENEGON - R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit., p. 143.

4.2.1. *Junk science*: cosa è scienza e cosa non lo è

Cercando delucidazioni in merito all'uso spregiudicato delle evidenze scientifiche nelle aule di tribunale, è facile imbattersi nell'espressione anglosassone *junk science*, traducibile in «scienza spazzatura». Le risultanze di questa pseudoscienza, costituenti il frutto della cosiddetta *scientific misconduct*, ovvero di un atteggiamento della comunità scientifica caratterizzato da violazioni di carattere etico nella conduzione della ricerca, nel momento in cui vengono accolte come prove, rischiano di incidere negativamente sull'esito del processo.

Ma come è possibile distinguere la scienza dalla pseudoscienza? Per rispondere a questa domanda, anzitutto, è necessario effettuare un *boundary work*, espressione appartenente al gergo dei sociologi che significa «tracciare le linee di demarcazione accettate dalla comunità competente tra un lavoro “buono” ed uno “cattivo”». Ciò sia «nell'ambito di una singola disciplina, che tra discipline diverse, come pure tra “scienza” e altre forme di sapere dotato di autorità»²¹².

Quindi, cosa s'intende per *scienza*? Trattasi di un termine «polisemico», che può assumere diverse accezioni a seconda del contesto linguistico in cui ci si trovi. Nella lingua tedesca, ad esempio, il vocabolo «Wissenschaft» indica un'analisi particolarmente seria e rigorosa; nella lingua inglese, invece, «Science» si riferisce a tutte quelle discipline in cui le attività di osservazione e di esperimento rivestono un ruolo decisivo. Certamente più vicini alla tradizione dell'empirismo anglosassone, anche noi, comunemente, attribuiamo al termine «scienza», e più ancora all'aggettivo «scientifico», un significato fortemente relazionato con il concetto di esperienza: è scientifico ciò che può essere oggetto di conferma empirica²¹³.

All'interno della realtà giudiziaria, ciò che crea evidenti contrasti è la cosiddetta «prova scientifica nuova». Infatti, nel momento in cui ci si trovi di fronte ad una prova scientifica tradizionale, si è soliti ritenere che il dibattito degli esperti in materia abbia raggiunto «soluzioni sostanzialmente appaganti circa la sua

²¹² S. JASANOFF, *Science at the bar: law, science, and technology in America* (1995), trad. it. di M. Graziadei, *La scienza davanti ai giudici. La regolazione giuridica della scienza in America*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 97.

²¹³ P. RIVELLO, *La necessità di evitare l'ingresso della junk science nelle aule giudiziarie: un ripensamento circa alcune ricorrenti affermazioni*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. n. 11, pubblicato l'8 novembre 2017, p. 19 s.

effettiva valenza». Ciò non accade con le nuove teorie, la cui applicazione implica un rischio troppo elevato: si teme, infatti, che la novità altro non sia se non «il frutto di impostazioni inaccoglibili, prive di ogni validità dal punto di vista scientifico»²¹⁴. Anche in questo caso, è possibile far riferimento all'espressione «nuove prove scientifiche» secondo due diversi approcci: ci si può riferire ad esse come a «dati conoscitivi ottenuti mediante dei criteri tecnico-scientifici la cui affidabilità» non è interamente accolta dagli esperti di una determinata comunità scientifica, oppure, come a dati conoscitivi sulla cui validità permangono «dubbi riguardanti le possibili applicazioni in ambito processuale». È evidente, pertanto, come possa essere definita «nuova» non solo la prova che si ottiene «mediante l'adozione di metodologie innovative, o addirittura rivoluzionarie» e quindi non riconosciute come facenti «parte del patrimonio culturale comune agli studiosi esperti di quel settore», ma anche quella prova che trova origine in «metodiche di alta specializzazione», solo in parte accreditate e collaudate, ma non ancora applicate in ambito giudiziario²¹⁵.

L'approccio delle singole parti processuali e degli stessi giudici al tema della prova «è quasi sempre condizionato da inconsci aspetti psicologici ed emozionali»: chi è, per natura, incline all'innovazione mostrerà, tendenzialmente «un atteggiamento di “apertura” alle novità introdotte dalla scienza», chi, invece, si dimostra più «conservatore sarà assai poco propenso a riconoscere la validità delle nuove impostazioni»²¹⁶.

4.2.2. Il mercato della scienza.

L'evoluzione delle cosiddette *forensic sciences* ha portato allo sviluppo di una gamma sempre più vasta di mezzi di prova dal contenuto scientifico, parallelamente diventano sempre più numerosi i casi in cui l'accertamento del fatto richiede l'impiego di nozioni scientifiche.

Di seguito, si proporranno due casi giudiziari noti in cui è evidente la trasformazione della prova scientifica «in un lucroso *business* per laboratori e

²¹⁴ P. RIVELLO, *La necessità di evitare l'ingresso della junk science*, cit., p. 20.

²¹⁵ P. RIVELLO, *La necessità di evitare l'ingresso della junk science*, cit., p. 20 s.

²¹⁶ P. RIVELLO, *La necessità di evitare l'ingresso della junk science*, cit., p. 21.

periti», dove «non pochi esperti svolgono l'attività di *expert witnesses* in giudizio come professione, offrendo pubblicamente i loro servizi, anche con inserzioni pubblicitarie, in cambio di ricche retribuzioni».

Si crea, così, quello che può essere definito un vero e proprio «mercato» delle evidenze scientifiche, all'interno del quale non è facile «distinguere tra prove dotate di validità scientifica e *junk science* fornita da ciarlatani e pseudo-esperti che si vendono al miglior offerente». Il risultato è l'ingiustizia: casi più o meno clamorosi decisi sulla base di «prove scientifiche prive di fondamento», unitamente alla messa in discussione di tutto quanto il sistema di accertamento dei fatti²¹⁷.

5. Emozioni e giudizio penale

Un'emozione può essere definita come «la sensazione soggettiva di coinvolgimento nei confronti di un particolare oggetto».

Possiamo provare odio nei confronti di un individuo, disgusto nei confronti di un cibo, tristezza per il ricordo di un'esperienza vissuta. L'esperienza soggettiva e l'oggetto responsabile del nostro coinvolgimento emotivo sono «inestricabilmente intrecciati»: l'oggetto è percepito come la causa dell'emozione, pertanto, l'individuo per cui proviamo odio diventa il nostro *nemico*, il cibo per cui proviamo disgusto diventa *disgustoso*, la tristezza che proviamo rammentando l'esperienza vissuta diventa un *ricordo triste*²¹⁸.

Le emozioni hanno un ruolo determinante «nei processi della memoria, dell'attenzione e dell'anticipazione degli scenari possibili, elementi questi tutti necessari e imprescindibili nella presa di decisione»²¹⁹. Prestare ascolto alle nostre emozioni non significa distrarsi, ma, al contrario, concentrarsi su se stessi e sull'altro. Le emozioni sono una guida insostituibile nell'affrontare compiti a tal punto complessi da non poter essere affidati unicamente all'intelletto e, ciò che più conta, l'emozione ci predispone all'*attenzione* in modo particolare. L'attenzione alla realtà deve essere educata, allenata, messa alla prova.

²¹⁷ M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. n. 1, 1996, p. 220.

²¹⁸ A. FORZA - G. MENEGON - R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit., p. 36

²¹⁹ A. FORZA - G. MENEGON - R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit., p. 57.

Le parole scolpite da Susan Sonntag, siano per il giurista un costante monito: «essere un individuo morale significa prestare, essere obbligato a prestare, un certo tipo di attenzione».

Partendo da questa premessa, si cercherà di indagare il ruolo delle emozioni all'interno del processo penale, in particolar modo con riguardo alla decisione del giudice.

Se davvero fosse sufficiente applicare la razionalità ai procedimenti decisionali e «se davvero la razionalità fosse qualcosa di comune e immutabile per ogni uomo», allora «basterebbe un *software*» per sostituire i giudici, assicurando così l'uniformità e la prevedibilità delle decisioni²²⁰. Tuttavia, il sapere scientifico non è esauriente: la giustizia è un'esperienza ben più complessa, profondamente umana, inscindibilmente legata alle emozioni²²¹. Il giudizio umano è insostituibile: esso è l'unico che possa valutare un singolo fatto e conferirgli il *giusto* valore, che possa «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 principî costituzionali eurounitari e internazionali»²²².

Fare giustizia è, dunque, «cosa ben più complessa che applicare il diritto», tuttavia, il giudice, pur «dando spazio ai valori di giustizia», deve pur sempre muoversi dentro la sfera della legalità, esercitando in maniera consapevole la propria discrezionalità²²³ e, proprio là, dove sono «in gioco valutazioni discrezionali, deve essere la persona ad agire, non la macchina che necessariamente riduce la discrezionalità ad un calcolo probabilistico». Ciò riguarda sia le questioni di diritto che quelle di fatto, che devono essere sapientemente ricostruite sulla base delle «narrazioni processuali dei soggetti coinvolti, cariche di percezioni, emozioni, punti di vista», nella logica di un ascolto empatico, proprio dell'essere umano²²⁴.

²²⁰ Il capitolo successivo partirà da questo presupposto per affrontare il tema dell'intelligenza artificiale applicata al processo penale.

²²¹ A. ESPOSITO, *Le emozioni del giudice (penale)*, in *Arch. pen.*, fasc. n. 3, 2021, p. 5.

²²² L. BREGGIA, *Prevedibilità, predittività e umanità nella soluzione dei conflitti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, fasc. n. 1, 2019, p. 397.

²²³ C.V. GIABARDO, *Il giudice e l'algoritmo (in difesa dell'umanità del giudicare)*, in *giustiziainsieme.it*, pubblicato il 9 luglio 2020.

²²⁴ L. BREGGIA, *Prevedibilità*, cit., p. 397.

5.1. Il ruolo epistemico delle emozioni: lo studio di M.S. Brady

Il filosofo britannico Michael Sean Brady, in un recente studio sul ruolo delle emozioni nella nostra quotidianità, riconosce a quest'ultime un ruolo epistemico *positivo*, tanto da arrivare a costituire ragioni, se non prove al fine di giudizi valutativi²²⁵. L'esperienza emotiva rivestirebbe dunque un ruolo «decisivo funzionale alla conoscenza». «Le emozioni interferiscono con il ragionamento» e possono certamente «distrarci dagli obiettivi conoscitivi e indurci a formare credenze sbagliate», costituendo spesso una solida base per i pregiudizi e rendendoci così degli «osservatori parziali e interessati». Lo studio di Brady dimostra, però, come le emozioni possano offrire «un importante aiuto dal punto di vista epistemologico»²²⁶. Il filosofo individua una perfetta rappresentazione della sua teoria nel film dal titolo *La parola ai giurati* diretto nel 1957 da Sidney Lumet²²⁷.

La pellicola statunitense narra di un caso di parricidio, in relazione al quale è chiamata a pronunciarsi una giuria popolare. Undici su dodici giudici popolari sono, fin dal primo momento, orientati verso la pronuncia di un verdetto di colpevolezza nei confronti dell'imputato. Il dodicesimo giurato (al quale nel film viene assegnato il numero 8), interpretato da Henry Fonda, sulla base di un ragionevole dubbio, riesce a convincere gli altri undici a riesaminare le carte del processo. Ha così inizio una riflessione collettiva che porterà alla rielaborazione delle convinzioni dei colpevolisti e al ribaltamento della loro iniziale posizione²²⁸. Il dramma si focalizza su questioni epistemologiche riguardanti i pregiudizi e i preconcetti, l'affidabilità delle testimonianze, il significato del disaccordo e lo *status* degli esperti. Il fulcro della vicenda è rappresentato, però, dalle emozioni e dagli effetti che queste possono avere sulla deliberazione e sul giudizio²²⁹.

²²⁵ «Emotions can play a positive epistemic role by constituting reasons or evidence for evaluative judgement» (M.S. BRADY, *Emotional Insight. The Epistemic Role of Emotional Experience*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 3).

²²⁶ A. FORZA - G. MENEGON - R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit., p. 59.

²²⁷ Titolo originale dell'opera: *12 Angry Men*.

²²⁸ In base a quanto previsto dalla legislazione statunitense, il verdetto deve essere espresso all'unanimità. Un verdetto non unanime comporterebbe la ripetizione del processo.

²²⁹ «The drama is organized around a host of epistemological issues concerning prejudice and bias, the reliability of testimony, the significance of disagreement, and the status of experts. But central to the film — as the title indicates — is the presence of emotion in the jury room, and in particular the issue of the effects that emotion can have on deliberation and judgement» (M.S. BRADY, *Emotional Insight*, cit., p. 1).

Di seguito, lo stralcio di un dialogo tra il giurato numero 3 e il giurato numero 8 interpretato da Fonda:

- 3rd juror: «It's these kids — the way they are nowadays [...] When I was a kid I used to call my father “Sir”. That's right [...] “Sir”. You ever hear a kid call his father that anymore?»
- 8th juror: «Fathers don't seem to think it's important anymore.»
- 3rd juror: «You got any kids?»
- 8th juror: «Two.»
- 3rd juror: «Yeah, well I've got one. He's twenty. We did everything for that boy and what happened? When he was nine he ran away from a fight. I saw him. I was so embarrassed I almost threw up. So I told him right out. “I'm gonna make a man outta you or I'm going to bust you in half trying”. Well, I made a man out of him alright. When he was sixteen we had a battle. He hit me in the face. He's big, y'know. I haven't seen him in two years. Rotten kid. You work your heart out [...]»²³⁰

[Traduzione]

- Giurato numero 3: «Sono questi ragazzi d'oggi... Quando io ero un bambino chiamavo mio padre “Signore”. Proprio così... “Signore”. Avete mai sentito un bambino chiamare suo padre così?»
- Giurato numero 8: «Sembra che ai padri non importi più».
- Giurato numero 3: «Ha dei figli?»
- Giurato numero 8: «Due.»
- Giurato numero 3: «Sì, beh, io ne ho uno. Ha vent'anni. Abbiamo fatto di tutto per quel ragazzo e cosa è successo? A nove anni è sfuggito per un pelo ad una rissa. L'ho visto. Ero così imbarazzato che quasi mi veniva da vomitare. Così gliel'ho detto chiaro e tondo. “Ti faccio diventare un uomo o ti spezzo in due nel tentativo di farlo”. Ebbene, lo feci diventare un uomo, eccome. Quando aveva sedici anni abbiamo avuto una lite. Mi ha colpito in faccia. È un tipo grosso, sai. Non lo vedo da due anni, ormai. Un ragazzo marcio. Voi lavorate con il cuore...».

Il personaggio del giurato numero 3 è in evidente stato di frustrazione, forse si sente in colpa per aver perso i rapporti con il proprio figlio e reagisce con un profondo sentimento di rabbia nei confronti dell'imputato, anch'egli ragazzo, proponendone la condanna. Nell'episodio riportato la particolare configurazione delle emozioni in gioco ha un effetto epistemologico *negativo*: il giurato numero 3

²³⁰ Così in M.S. BRADY, *Emotional Insight*, cit., p. 2.

si lascia infatti trascinare dalle proprie emozioni, arrivando a credere, *erroneamente*, che l'imputato sia colpevole. L'esempio illustra un tipico pensiero comune: le emozioni sono fuorvianti. Infatti, proprio sulla base di un'emozione si formerà l'*errata* convinzione del giurato²³¹. Tuttavia, questo tipo di pensiero ha un antagonista, anch'esso messo in luce durante il film dalla posizione del giurato numero 8 nettamente distinta da quella del giurato numero 3. Di seguito, un dialogo che propone una visione decisamente più ottimistica del ruolo epistemico delle emozioni, che possiamo chiamare effetto epistemologico *positivo*.

- 8th juror: «According to the testimony, the boy looks guilty. Maybe he is. I sat there in court for three days listening while the evidence built up. Everybody sounded so positive, you know, I... I began to get a peculiar feeling about this trial. I mean, nothing is that positive. I have questions I would have liked to ask. Maybe they wouldn't have meant anything. I don't know. But I started to feel that the defence counsel wasn't doing his job. He let too many things go. Little things.»
- 10th juror: «What little things? Listen, when these fellas don't ask questions, that's because they know the answers already and they figure they'll be hurt.»
- 8th juror: «Maybe. It's also possible for a lawyer to be just plain stupid, isn't it?»
- 6th juror: «You sound like you've met my brother-in-law»²³².

[Traduzione]

- Giurato numero 8: «Secondo la testimonianza, il ragazzo sembra colpevole. Forse lo è. Sono rimasto seduto in aula per tre giorni a vedere come veniva costruita l'ipotesi accusatoria. Tutti sembravano così convinti, sapete, io... Ho cominciato ad avere una sensazione strana su questo processo. Voglio dire, niente è così convincente. Ho delle domande che avrei voluto fare. Forse non avrebbero significato nulla. Non lo so. Ma ho iniziato a pensare che l'avvocato della difesa non stesse facendo bene il suo lavoro. Ha lasciato cadere troppe cose. Piccole cose.»
- Giurato numero 10: «Quali piccole cose? Ascolta, quando questi ragazzi non fanno domande, è perché conoscono già le risposte e pensano di essere feriti.»

²³¹ «Cobb's character transmutes his sadness and frustration — and possibly guilt and shame — at his estrangement from his son into anger towards the young defendant, who seems to represent a substitute for the son; as a result, he believes the defendant guilty. Here a particular configuration of emotions has a negative epistemological effect: it is because Cobb's character is emotional in these ways that he believes what he does about the young man on trial. And here the drama illustrates part of our common sense thinking about emotions, which is that they can lead us astray in our beliefs and in our actions. For it is because the 3rd Juror is emotional that he forms his erroneous belief; and it is because the 3rd Juror has this belief that he votes in the way that he does», IBID.

²³² Così in IBID.

- Giurato numero 8: «Forse. È anche possibile che un avvocato sia semplicemente stupido, no?»
- Giurato numero 6: «Sembra che lei abbia conosciuto mio cognato».

Procedendo con la vicenda, scopriamo che c'è qualcosa di poco chiaro nella testimonianza e nella strategia difensiva dell'avvocato dell'imputato. L'emozioni del giurato numero 8 colgono nel segno: la sua reticenza nel giudicare il ragazzo considerato colpevole da tutti gli altri giurati e il fatto stesso che si renda conto che l'imputato sia in realtà innocente si basano totalmente sull'ascolto delle sue emozioni. Ecco un chiaro esempio di effetto epistemologico *positivo* delle emozioni: il giurato interpretato da Fonda crede *correttamente* che l'imputato sia innocente²³³. Basta un'emozione per salvare una vita²³⁴.

Quest'ultimo è il modo in cui dovrebbero essere utilizzate le emozioni, poiché questo significa riflettere: «riorientare i propri convincimenti emotivi iniziali». Il ruolo epistemico svolto dalle emozioni è fondamentale: come già anticipato, esse aiutano a richiamare l'attenzione, educano ad un ascolto empatico, all'osservazione dei dettagli, che, se tralasciati, specie in un'aula di tribunale, possono portare ad una visione distorta della realtà e, di conseguenza, alla pronuncia di una sentenza *ingiusta*. Lasciarsi coinvolgere dalle emozioni significa permettere la formazione di una fitta e complessa rete di ragionamenti e argomentazioni, «cercare di isolare le emozioni dalla riflessione critica» significherebbe commettere *a priori* un errore di valutazione ben più grave di quello che si commetterebbe prestando ascolto alla propria sfera emotiva²³⁵.

È necessario dedicare ora un ultimo sguardo a quello che sarà l'argomento centrale dell'opera di Brady, ovvero la critica al *Perceptual Model*, il paradigma sempre più popolare nella filosofia delle emozioni, secondo il quale l'emozione corrisponde alla percezione. L'autore si pone in aperto contrasto con questo modello

²³³ «As the story progresses, we discover of course that there is something dubious about the witnesses and the defence counsel; the 8th Juror's feelings get things right. Moreover, his reticence to judge the boy guilty, and his coming to realise that the boy is in fact innocent, are grounded in his trust in his feelings about the witnesses, the defence council, and the trial as a whole. In this case, the character's emotions have a positive effect along both epistemic and practical dimensions: Fonda's character believes correctly as a result of his feelings, and the outcome is that an innocent man's life is saved», *IBID.*

²³⁴ L'imputato sarebbe stato condannato alla pena di morte, qualora fosse stato giudicato colpevole.

²³⁵ A. FORZA - G. MENEGON - R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit., p. 60.

fin dalle prime righe della sua dissertazione²³⁶, analizzandone le ragioni su cui si fonda.

In primo luogo, il modello percettivo rappresenta un attraente prospettiva sia per coloro che sono a favore delle teorie cognitive, sia per coloro che sono a favore delle teorie percettive: infatti, il modello percettivo consente di evitare i tipici errori propri di queste due visioni diametralmente opposte.

In secondo luogo, il modello in questione prevede che le emozioni siano in grado di svolgere un ruolo epistemico positivo, costituendo ragioni o prove per i giudizi valutativi, e che, allo stesso modo, le condizioni in cui le emozioni operano siano analoghe a quelle in cui le esperienze percettive e sensoriali costituiscono ragioni o prove per le credenze empiriche.

In terzo ed ultimo luogo, Brady, *tranchant*, afferma che considerare percezioni ed emozioni come sinonimi di uno stesso concetto è sostanzialmente sbagliato: dal punto di vista epistemico, emozioni e percezioni non coincidono²³⁷.

Vero è che percezioni ed emozioni presentano delle analogie: entrambe sono fallibili, entrambe sono fonti indispensabili di conoscenza. Infatti, chi sostiene il modello percettivo criticato da Brady ritiene che percezioni ed emozioni abbiano lo stesso ruolo epistemico. Secondo altri modelli, le emozioni si avvicinano nella loro essenza ai desideri: «proprio in virtù di questa loro capacità motivazionale», «le emozioni vengono contrapposte alla riflessione e rappresentate come forze estranee alla razionalità».

Tuttavia, secondo il filosofo britannico, è bene riconsiderare le modalità secondo cui le emozioni interferiscono nel ragionamento, inficiando così la formazione delle credenze: «le emozioni non sono propriamente ragioni né

²³⁶ «Emotions are not akin to perceptions at the epistemic level» (M.S. BRADY, *Emotional Insight*, cit., p. 4).

²³⁷ «The focus on the perceptual model is warranted for three reasons. The first is that the perceptual model seems better placed to capture our common-sense views about the epistemic role and value of emotion than other, more traditional theories of emotion. Indeed, we'll see that the perceptual model is an attractive prospect for those who favour "cognitive" theories and for those who favour "feeling" theories, since versions of the perceptual model which promise to avoid traditional problems for these theories can be formulated along both cognitivist and feeling-based lines. The second reason is that the perceptual model is characterizable as primarily an account of the epistemic role and value of emotional experience. This is because the central claims of the perceptual model are that emotions can play a positive epistemic role by constituting reasons or evidence for evaluative judgements, and that the conditions in which emotions do so are analogous to the conditions in which sensory perceptual experiences constitute reasons or evidence for empirical beliefs [...] The third reason for investigating the perceptual model is that it is mistaken: emotions are not akin to perceptions at the epistemic level», (M.S. BRADY, *Emotional Insight*, cit., pp. 3, s.).

forniscono direttamente ragioni» ed è proprio per questa ragione che esse «differiscono dalle percezioni». Queste ultime, infatti, offrono emozioni o ragioni *immediate* per i nostri convincimenti, le emozioni, invece *ci motivano a creare ragioni*, «ma non sono esse stesse ragioni».

Nel momento in cui ci apprestiamo a riflettere su un dato argomento, le emozioni ci permettono di ampliare la nostra prospettiva, affinare il nostro giudizio e correggere i pregiudizi, ponendo in rilievo salienti dettagli, che altrimenti avremmo ignorato, oppure, al contrario, mettendo a tacere determinate considerazioni, etichettandole come irrilevanti²³⁸.

5.2. L'esperienza diretta di André Gide tra determinismo ed emozioni

Nel 1912 il celebre autore francese André Gide, insignito del Premio Nobel per la letteratura nel 1947, viene chiamato a partecipare come giurato presso la Corte d'Assise di Rouen. Mosso da viva curiosità, accetta la proposta. In una nota datata maggio 1912, egli scrive: «I tribunali hanno sempre esercitato su di me un fascino irresistibile. Quando viaggio, in una città, quattro cose soprattutto mi attirano: i giardini pubblici, il mercato, il cimitero e il tribunale»²³⁹.

Gide era fortemente attratto dalla misteriosa *macchina della giustizia* e ne voleva osservare il funzionamento da vicino; desiderava «penetrare nei luoghi in cui alcuni uomini fanno il mestiere di giudicare altri uomini, cioè di disporre della libertà dei loro simili, a volte della loro vita». In tutto ciò, egli era perfettamente consapevole di divenire parte, «sebbene su un piano di consultazione e subalterno», di quell'insieme di uomini che esercitava «questo terribile potere».

Tuttavia, era necessario passare per quella *porta stretta*, se voleva «cessare di essere un semplice spettatore “affascinato” e prendere così parte «alla celebrazione del mistero». Non solo egli vedrà funzionare la *terribile macchina*, ma ne sarà uno degli ingranaggi e, perciò, fin da subito viene assalito da scrupoli e timori. Lo scrittore constata in prima persona, che la giustizia, «quale istituzione umana», non è un luogo al riparo dagli errori «che l'ignoranza, le passioni, i

²³⁸ A. FORZA - G. MENEGON - R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit., p. 61.

²³⁹ A. GIDE, *Ricordi della Corte d'Assise*, Sellerio, Palermo, 1994, p. 9.

pregiudizi di ceto e di classe fanno commettere agli uomini stessi che ne azionano il meccanismo».

Tra le mura del tribunale, egli osserva come i fatti, che si pretende vedere tra loro concatenati, secondo logiche deterministiche, prendano spesso il sopravvento sui moventi²⁴⁰. André Gide non rifiuta l'idea di giustizia come istituzione (inevitabilmente) umana, essa è necessaria: la società non può fare a meno di giudici e tribunali; egli si oppone al *rito*, alla sacralità del cerimoniale, all'idea che il giudice sia un essere umano superiore capace di giudicare un suo stesso simile. Sempre all'interno della nota datata maggio 1912, poc'anzi citata, Gide aggiunge: «Oggi so per esperienza che una cosa è ascoltare un verdetto, un'altra aiutare di persona a render giustizia. Quando uno è fra il pubblico può crederci ancora. Seduto sul banco dei giurati, ripete a se stesso la parola di Cristo: “Non giudicate”»²⁴¹.

Il Nostro, nel corso di questa sua significativa esperienza, rimane particolarmente colpito dal caso di Marcel Redureau, un ragazzo di quindici anni che, apparentemente senza motivo, uccide l'intera famiglia presso la quale presta servizio. L'inchiesta viene condotta «con serietà» da parte degli addetti ai lavori e il ragazzo ammette senza alcuna difficoltà la propria responsabilità.

Tuttavia, sia i giudici sia i medici, chiamati in qualità di periti, si sforzano di trovare una logica in base alla quale Redureau abbia agito. Benché mettano in atto tutte le loro competenze e la loro esperienza, non ci riescono. Costoro, infatti, partono «da una pista falsa», quella che secondo Gide, è solita intraprendere la giustizia: «un atto criminale proviene necessariamente da una “natura criminale”».

La macchina giudiziaria si sforza anzitutto di *definire* questa natura, «a cominciare dalla classe sociale, dalla provenienza familiare, dalla ereditarietà, dai comportamenti del bambino, dal suo carattere, dai suoi rapporti con gli adulti». Il giovane Marcel è un criminale totalmente *atipico*: «Tutto ciò che dovrebbe contribuire a definire una natura criminale, prova invece esattamente il contrario»²⁴². Scrivono di lui i giornali dell'epoca: «In effetti questo ragazzo di quindici anni non presenta nessuna di quelle tare ereditarie, né quei segni di degenerazione che caratterizzano il vero criminale.

²⁴⁰ M. NADEAU, *Introduzione* in A. GIDE, *Il caso Redureau*, Sellerio, Palermo, 1994, p. 12 ss.

²⁴¹ A. GIDE, *Ricordi della Corte d'Assise*, Sellerio, Palermo, 1994, p. 9.

²⁴² M. NADEAU, *Introduzione*, cit., p. 16 s.

Marcel è il quarto di dieci figli, tutti sani, robusti e onesti come i loro genitori»; «Il suo antico maestro di scuola [...] dice [...]: “era un buon alunno che mi dava molte soddisfazioni. Quando riceveva un rimprovero non si ribellava. Era un ragazzo abbastanza docile”»²⁴³.

Di nuovo, «Niente lasciava presupporre in lui una simile predisposizione. Non era un tipo chiuso e solitario [...]. Aveva anche degli amici. Non beveva»²⁴⁴. Tuttavia, paradossalmente, «è proprio perché tutto gioca a suo favore che gli saranno negate le circostanze attenuanti e che sarà condannato al massimo della pena [...] se fosse stato un violento, un imbecille; se avesse odiato i suoi padroni fino al punto di pensare all’omicidio, gli avrebbero concesso le circostanze attenuanti e avrebbe beneficiato dell’indulgenza della giuria. In effetti egli avrebbe obbedito alla sua natura»²⁴⁵.

Gide riflette su cosa sia effettivamente l’oggetto della *punizione*: cosa puniscono i giudici in Redureau? Forse, secondo il suo parere, «il fatto che gli incarni una contraddizione alle regole codificate del comportamento biologico, psicologico e sociale», un’eccezione «alla relazione fra causa ed effetto, al determinismo»²⁴⁶. Quanto ritroviamo in questa narrazione della nostra attualità? In quanti articoli di giornale abbiamo letto la descrizione di un profilo come quello di Marcel Redureau: un soggetto *moralmente sano*, un *bravo ragazzo* che uccide senza motivo, che uccide, aggredisce, stupra addirittura *per gioco*?²⁴⁷

Un individuo che «distrukge tutto un apparato concettuale», rivelandosi «più pericoloso di un assassino spinto da ambizione, interesse, passione». Gide cerca, a suo modo, di dare una spiegazione a questo orribile delitto «al di là di ogni razionalità, che però la ragione spiega»: probabilmente il ragazzo ha agito per *paura* più che per *gratuità*. Paura che un rimprovero del padrone potesse portare al

²⁴³ A. GIDE, *Il caso Redureau*, cit., p. 41 s.

²⁴⁴ A. GIDE, *Il caso Redureau*, cit., p. 45.

²⁴⁵ M. NADEAU, *Introduzione*, cit., p. 17.

²⁴⁶ M. NADEAU, *Introduzione*, cit., p. 17 s.

²⁴⁷ Figura riconducibile a questo prototipo è anche il giovane Lafcadio, tra i protagonisti di una delle opere più note di Gide, *I sotterranei del Vaticano*. Seduto nella carrozza di un treno in corsa, senza un’apparente ragione, quasi fosse per gioco, egli scaraventa fuori dalla vettura un altro passeggero e continua a viaggiare come se nulla fosse. La descrizione del giovane viene affidata da Gide ad un altro dei suoi personaggi, un romanziere, che inconsapevolmente descrive l’assassino dei suoi racconti con un profilo perfettamente aderente a Lafcadio: «gli piace il rischio [...] agirà a sangue freddo [...] un delitto che né la passione, né il bisogno motivino: la ragione di commetterlo, consista proprio nel farlo senza ragione» (A. GIDE, *I sotterranei del Vaticano*, Bompiani, Milano, 2019, pp. 191, s.).

licenziamento²⁴⁸, «paura delle conseguenze di un primo colpo, non mortale, dato in un momento di collera [...] paura delle conseguenze del primo delitto»²⁴⁹. Dalla paura poi, che il primo delitto venga alla luce, si generano tutti gli altri, così, ad uno ad uno i membri della famiglia Mabit vengono barbaramente uccisi²⁵⁰.

Gide, inoltre, non esclude che il ragazzo abbia ceduto ad una *breve follia*, o per *disperazione*, per *sfinimento*: un quadro che sembra verosimile nel momento in cui si rendono noti i ritmi e le condizioni di lavoro a cui era sottoposto il giovane Redureau: «Si cominciava alle cinque del mattino. Si interrompeva soltanto per i pasti. Si finiva, nel migliore dei casi, alle dieci di sera...» L'avvocato difensore conclude infatti sostenendo che, se «se la spiegazione dei delitti di Redureau va ricercata in una particolare disposizione di irritabilità, allora il sovraffaticamento mi sembra una delle cause più evidenti di questo acuto stato di irritabilità»²⁵¹.

Con la sua acuta analisi André Gide dimostra di saper dosare con saggezza emozioni e razionalità: non si accontenta dei risultati delle perizie medico-legali, non accetta l'idea di poter classificare l'uomo in delinquente-per-natura o in non-delinquente-per-natura, non si fida ciecamente dei testimoni, cerca il dubbio, lo trova e lo alimenta. Si pone domande nuove, perlopiù senza risposta, ma che non possono restare implicite di fronte al dramma del giudizio.

Un'altra volta ci troviamo di fronte alla potenza della *giustizia narrativa*, resa ancora più esplicita nei resoconti raccolti in *Ricordi della Corte d'Assise*, dove le vite di gente comune, per qualche ragione toccate dal crimine, si intrecciano sotto gli sguardi incerti dei giurati, che, per soddisfare il loro sentimento della giustizia,

²⁴⁸ Così si legge nelle dichiarazioni dell'imputato riportate da Gide: «Il 30 settembre, verso le dieci di sera, lui e Mabit lavoravano insieme al torchio. Il padrone spingeva la sbarra che aziona la vite del torchio, mentre Redureau, in piedi sulla piattaforma, l'aiutava assecondando i suoi movimenti. Poiché il ragazzo mostrava poca voglia di lavorare, Mabit gli fece osservare che era uno scansafatiche e che da qualche giorno non era contento di lui (A. GIDE, *Il caso Redureau*, cit., pp. 33, s.).

²⁴⁹ «A questo rimprovero Redureau, irritato, scese giù dal torchio e armatosi di un pestello di legno [...] colpì ripetutamente sulla testa il padrone, che abbandonata la sbarra, s'accasciò gemendo al suolo. Vedendo che era ancora vivo, Redureau si armò di un attrezzo molto tagliente [...]. Con questo attrezzo Redureau squarciò la gola del padrone che ormai rantolava e che non tardò ad esalare il suo ultimo respiro» (A. GIDE, *Il caso Redureau*, cit., p. 34.).

²⁵⁰ M. NADEAU, *Introduzione*, cit., p. 18 s.

²⁵¹ È lo stesso avvocato difensore a precisare che, ai sensi della legge allora in vigore in Francia, nelle industrie, la giornata lavorativa per i minori era limitata a dieci ore. «La giornata di lavoro di Redureau durava da quattordici a quindici ore al giorno.» Si aggiunga poi il giudizio dello stesso avvocato nei confronti dell'atteggiamento del padrone: «Io non accuso Mabit di essere stato un padrone disumano, si atteneva in fondo alle abitudini del suo paese. E imponeva se stesso gli stessi orari. [...] ma commetteva certamente un errore con un ragazzo di quindici anni» (A. GIDE, *Il caso Redureau*, cit., p. 90).

non hanno altre risposte che dire *no*, «a dispetto di ogni evidenza», il che li porta spesso a dire *sì*, «a dispetto di ogni giustizia»²⁵².

5.3. Emozioni e giudizio di legittimità

All'influenza delle emozioni non sono immuni neppure i giudici della Corte di cassazione, che limitano il proprio intervento alla valutazione delle questioni di legittimità, vedendosi preclusa la possibilità di entrare nel merito delle questioni.

Si è soliti guardare al magistrato di Cassazione come ad un giudice «distante dalle persone, dai fatti e dalle prove» ed «interessato asetticamente alle sole questioni di diritto, senza alcun coinvolgimento emotivo»²⁵³.

Stando alla puntuale e profonda analisi di Enrico Altavilla, il giudice di Cassazione si trova in una posizione scomoda e di intimo disagio: «il fatto ed il diritto, l'uomo ed il delitto sono così intimamente connessi che ogni scissione si risolve in un'anomalia, a ciò si aggiunga che il diritto deve avere una funzione sociale ed etica, ora la sua scissione dal fatto turba alle volte questa sua funzione, ciò sente il magistrato e tortura la legge nell'interesse dell'etica.» Secondo l'illustre giurista, il cassazionista perfetto sarebbe quel magistrato che «giunge al suo alto stallo» senza mai essere stato un giudice penale di merito. Il risultato: «una mente vibrante, nel silenzio più completo del sentimento»²⁵⁴.

Tuttavia, non possiamo immaginare che «le emozioni suscitate dalla vicenda umana» oggetto del giudizio non colpiscano anche i magistrati di Cassazione, anzi, possiamo ipotizzare che, più aumenta la distanza del giudice dall'evidenza del fatto, più questi «è condizionato dai suoi personali percorsi inferenziali e dal suo “pool affettivo”».

Maggiori sono le incertezze legate ai fatti, maggiore sarà lo spazio per le convinzioni personali su come quelli possono essersi svolti, ciò perché, «anche il più tecnico dei ricorsi è destinato ad entrare inevitabilmente nel fatto» e, di conseguenza, a suscitare reazioni affettive.

²⁵² A. GIDE, *Il caso Redureau*, cit., p. 75.

²⁵³ A. FORZA - G. MENEGON - R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit., p. 87.

²⁵⁴ E. ALTAVILLA, *Psicologia giudiziaria*, Utet, Torino, 1948, p. 768 s.

Gli aspetti relativi al fatto oggetto del giudizio che, apparentemente, svolgono un ruolo marginale nel giudizio di legittimità «sono destinati ad influenzare non solo la soluzione del problema giuridico, ma l'intero processo di ragionamento». In altre parole, i magistrati della Suprema Corte, «non decidono in condizioni emotivamente neutre»: anch'essi si esprimono sulla base di «una valutazione degli eventi associata alla componente affettiva». Se si assistesse alle udienze celebrate presso la Corte di cassazione, ci si accorgerebbe di quanto è difficile mantenere il fatto fuori dall'aula: questo si ripropone continuamente e rientra «prepotentemente» nella decisione finale. Non si pensi, pertanto, che i giudizi di legittimità non siano influenzati dall'elaborazione emotiva e dalla selezione delle informazioni che più o meno inconsciamente determina la cifra effettiva²⁵⁵.

Un ultimo aspetto da considerare e mai sottovalutare riguarda l'età dei magistrati e il loro grado di *expertise*.

I giudici della Corte di cassazione sono tendenzialmente più anziani rispetto ai colleghi che si pronunciano sul merito e naturalmente più esperti. Come spesso accade, anche tra comuni esseri umani, i soggetti più giovani hanno «la tendenza a porsi un maggior numero di alternative», a differenza di quelli più anziani. Ciò non toglie che «la qualità delle decisioni degli anziani sia necessariamente inferiore», anzi, come ben possiamo immaginare, è proprio l'esperienza maturata negli specifici ambiti di competenza a spiegare la «loro capacità di essere intelligentemente selettivi». Si aggiunga, poi, che, di norma, le persone anziane sono meno impulsive di quelle giovani e ciò rappresenta decisamente «un valore aggiunto nel processo decisionale, costituito da una maggior ponderazione». Tuttavia, non dobbiamo dimenticare che l'eccessiva fiducia in se stessi e nelle proprie capacità di giudizio è spesso causa di una «distorsione» dello stesso.²⁵⁶ L'esperienza puoi ingannare, raramente la competenza.

²⁵⁵ A. FORZA - G. MENEGON - R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit., p. 88 s.

²⁵⁶ A. FORZA - G. MENEGON - R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit., p. 92.

6. Alcune prime considerazioni conclusive

Non esiste forse compito più ingrato del giudizio. Stabilire ciò che è giusto e cosa non lo è ha il carattere di un'incombenza divina più che umana.

La decisione giudiziale implica l'astrazione del giudicante dal contesto in cui si sono prodotti i fatti (che, si ricordi, sono irripetibili) e la presa di distanza dai soggetti destinatari di quella decisione. Queste, in linea teorica, le caratteristiche di un giudizio perfetto, ma del tutto inapplicabile. Data l'impraticabilità, benché le norme la prescrivano, di una perfetta equidistanza, il giudice, nell'avanzare nella selva dei fatti, dovrà impiegare le sue conoscenze di esperto giurista ed abile umanista restando estraneo agli eventi, ma equiprossimo alle parti. Egli dovrà riconoscersi nei soggetti coinvolti ed immedesimarsi nei loro vissuti, pur mantenendosi imparziale nella sua decisione. Una posizione difficile, resa ancora più precaria dal soffiare implacabile, in direzione opposta, di due venti di egual forza che minacciano il suo equilibrio: ragione ed emozioni. Una voce che mette a tacere l'altra in una lotta senza tregua. Per secoli ritenuta unico vero presidio della verità, la ragione si è rivelata spesso capace di condurre ad irrimediabili errori, che, al pari di quelli commessi per un eccesso di sentimentalismo, hanno portato alla commissione di inaccettabili ingiustizie.

Ma, quale, dunque, l'antidoto all'errore giudiziario?

Ciò che bisogna, senza dubbio, ostacolare è la seduzione delle tendenze, in favore dell'educazione ai principi, faro inamovibile nel *mare magnum* dell'incertezza, che orienta i giudici verso il loro unico vero scopo: la giusta decisione.

Capitolo II

UN'INTELLIGENZA DIVERSA

«La mente intuitiva è un dono sacro e la mente razionale è un servo fedele. Abbiamo creato una società che onora il servo e ha dimenticato il dono»²⁵⁷.

A. EINSTEIN

1. Premessa

Nel precedente capitolo si sono illustrate le principali cause dell'errore giudiziario, tema che necessita ora di un ulteriore approfondimento.

L'analisi del significato e delle dinamiche dell'errore è, infatti, di fondamentale importanza al fine di comprendere il significato di questa ricerca che vede come protagonista il suo principale autore, il giudice.

Nel capitolo che si introduce si dedicherà, inoltre, ampio spazio al ruolo dell'intelligenza artificiale nel processo penale e alle sue diverse applicazioni nel campo della prevenzione degli eventi e delle condotte del reo. Questa intelligenza, *diversa* da quella umana, ma che a quella umana fortemente si ispira, è considerata potente antidoto all'errore giudiziario. Tuttavia, questo innovativo strumento che rappresenta, senza dubbio, una straordinaria risorsa per il diritto, come per molte altre sfere della nostra quotidianità, nasconde in sé anche numerose insidie.

L'utilizzo delle macchine nel processo comporta l'inevitabile disumanizzazione di un contesto che di umano dovrebbe conservare quanto più possibile: il crimine, inteso come violazione di un patto stretto tra la società e il potere, è, nella sua drammaticità, libera espressione dell'umanità dell'individuo e

²⁵⁷ «The intuitive mind is a sacred gift, and the rational mind is a faithful servant. We have created a society that honors the servant and has forgotten the gift» (A. CALAPRICE, *The Ultimate Quotable Einstein*, Princeton University Press, Princeton, 2013, p. 477).

della sua dissociazione dal complesso dei valori di cui l'ordinamento giuridico si fa portavoce.

Non vi è nulla di più umano che l'errore: l'errore del consociato che agisce al di fuori di quanto prescritto dalla legge, l'errore di chi è chiamato a giudicare gli sbagli altrui e che a quella chiamata non può sottrarsi. Esasperando al massimo l'interrogativo che funge da motore di questa indagine, ci si può chiedere: può una macchina evitare che un innocente finisca in carcere per un reato che non ha commesso? Può, in sostanza, l'utilizzo di sistemi informatici, evitare un'ingiustizia?

L'esame di questi delicati aspetti implica, però, necessariamente un'ulteriore riflessione: perché tanta sfiducia nell'intelligenza dell'uomo e nelle sue capacità di giudizio?

Nel tentativo di individuare l'origine di questo scetticismo nei confronti della classe giudiziaria e del suo operato, verranno illustrati gli errori più comuni commessi nei confronti degli imputati e le più diffuse trappole cognitive di cui i giudici cadono vittima.

Infine, il tema della giustizia predittiva, così ampiamente descritto, renderà l'idea delle potenzialità dell'intelligenza artificiale applicata alla giustizia penale e della sua invasività nella sfera privata dei cittadini. Un valido aiuto in termini di prevenzione quindi, ma anche una concreta minaccia ai diritti fondamentali dell'uomo.

2. L'error in iudicando

La perdita di valore del principio di presunzione di non colpevolezza e l'imporsi di miopi logiche di immediatezza portano con sé l'effetto di un elevato rischio di errore, «componente intrinseca del percorso ricostruttivo» ad opera del giudice che inizia con il cogliere l'evento «nella sua identità fattuale» per giungere poi alla sussunzione dell'accadimento naturalistico nella qualificazione normativa»²⁵⁸. Come già più volte affermato, la verità giudiziale è il risultato di una

²⁵⁸ C. IASEVOLI, *L'errore giudiziario tra negligenza inescusabile e colpa grave degli inquirenti*, in L. LUPÁRIA DONATI (a cura di), *L'errore giudiziario*, cit., p. 293.

ricostruzione della verità fattuale, di per sé irripetibile, che risente non solo dell'inesorabile scorrere del tempo, ma anche dell'eco mediatica generata dalla diffusione di informazioni più o meno aderenti ai fatti. Il risultato: un altissimo tasso di fallibilità proprio di ogni attività tipicamente umana, «che implica la formulazione di un giudizio al termine di un itinerario conoscitivo» e che vede «il suo epilogo in un atto di imperio», e, segnatamente, nel caso del processo, la sentenza²⁵⁹.

La locuzione «errore giudiziario» è di accezione molto ampia e non unicamente circoscrivibile alla «viziata statuizione» del giudice di assoluzione o condanna, potendo, infatti, avere per oggetto anche eventuali «provvedimenti interlocutori non definitivi». La categoria in questione comprende ogni errore di fatto o di diritto, che abbia avuto una qualche ripercussione sull'oggetto dell'accertamento giudiziale e che abbia determinato un esito diverso rispetto a «quello che si sarebbe avuto senza la sua incidenza»²⁶⁰.

Ai fini dell'individuazione della responsabilità degli inquirenti, è necessario distinguere tra *error in procedendo* ed *error in iudicando*. La prima tipologia di errore, che non interessa direttamente il presente studio, si manifesta nel momento in cui, durante il processo, il pubblico ministero, il difensore, la polizia giudiziaria o il giudice agiscono in maniera difforme da quanto previsto dalla legge.

L'*error in iudicando* può essere, invece, commesso dal solo giudice, in virtù della speciale autorità riconosciuta dallo stato alle sue pronunce²⁶¹. Tale errore consiste in una «manchevolezza» derivante da un uso inadatto degli strumenti logici a disposizione del giudice; esso porta con sé le caratteristiche dell'errore umano sia nella dimensione della credenza scorretta e che in quella della conseguente azione scorretta. Il magistrato, infatti, non solo dimostra di «non conoscere propriamente la realtà che giudica», ma, al contempo, «compie un'azione riprovevole», deludendo «le aspettative di giustizia della parte soccombente» e arrecandole un pregiudizio. Da intendersi unicamente sotto il profilo epistemico, «come *credenza falsa*», poiché contraria a quella «credenza giustificata dai comuni criteri conoscitivi del loro comune oggetto», l'errore corrisponde ad un'errata lettura della

²⁵⁹ C. IASEVOLI, *L'errore giudiziario*, cit., p. 294.

²⁶⁰ C. IASEVOLI, *L'errore giudiziario*, cit., p. 295.

²⁶¹ IBID.

realtà, che, benché possa sembrare un paradosso, rappresenta un passaggio obbligato per il progresso del sapere, anche giuridico²⁶².

Per convenzione, possiamo individuare due componenti fondamentali dell'*error in iudicando*: l'errore qualificatorio, ovvero l'errore di diritto, e l'errore probatorio, ovvero l'errore di fatto. Il giudice, infatti, può decidere erroneamente perché qualifica o perché accerta in maniera scorretta il caso da decidere o altri fatti che rilevano ai fini del processo²⁶³.

Le ragioni, come si è illustrato nel capitolo precedente, possono, essenzialmente, essere ridotte a due categorie: da un lato, un estremo ed incauto affidamento alle proprietà della sfera razionale, dall'altro uno sconsiderato abbandono alle emozioni e ai loro riflessi sulla realtà oggetto del giudizio, che, per definizione, è composta da fatti irripetibili.

In entrambi i casi è possibile affermare l'influenza dei cosiddetti *bias cognitivi*: «fattori di contaminazione del pensiero che infiltrano la decisione del giudice»²⁶⁴.

3. *L'homo juridicus* e le trappole cognitive

La convinzione che l'essere umano, in quanto *animale razionale*, possa, almeno in linea teorica, essere immune da errori di valutazione è frutto di un'errata concezione che assimila l'*homo sapiens* all'*homo oeconomicus*, una specie, quest'ultima, «costruita in laboratorio», che corrisponde ad un'«astratta» ed inverosimile «semplificazione della complessità umana»²⁶⁵. Nell'assumere le proprie decisioni, l'*homo sapiens* non segue un percorso del tutto razionale: egli cade inconsapevolmente vittima di «errori sistematici del pensiero»²⁶⁶ «dovuti ai limiti computazionali» del proprio cervello ed incorre ripetutamente in

²⁶² G. CARLIZZI, *Errore giudiziario e logica del giudice nel processo penale*, in L. LUPÁRIA DONATI (a cura di), *L'errore giudiziario*, cit., p. 93 ss.

²⁶³ G. CARLIZZI, *Errore giudiziario*, cit. p. 107.

²⁶⁴ P. FELICIONI, *L'attività valutativa del giudice*, cit., p. 25.

²⁶⁵ A. FORZA, *Le scienze comportamentali ed il loro contributo nello studio dei processi decisionali*, in G. M. BACCARI - P. FELICIONI, *La decisione penale*, cit., p. 34 ss.

²⁶⁶ P. FELICIONI, *L'attività valutativa del giudice*, cit., p. 9.

«automatismi» generati dalle «distorsioni cognitive» nonché dall'influsso delle «interazioni sociali»²⁶⁷.

E l'*homo juridicus*?²⁶⁸ Forse una specie a metà strada tra l'*homo sapiens* e l'*homo oeconomicus*? Oppure un *homo sapiens* travestito da *homo oeconomicus*?

Anch'egli chiamato, nella veste di giudice, ad assumere decisioni, sceglierà la migliore alternativa a sua disposizione, ovvero «un'alternativa che soddisfa, o è superiore a dei criteri specificati, pur non garantendo di essere unica o la migliore in alcun senso»²⁶⁹. Queste le parole del premio Nobel per l'economia Herbert Simon, che, insieme ad altri economisti classici e neoclassici, delinea, unitamente ai concetti di razionalità limitata e di alternativa soddisfacente (*satisficing*), quello di *teoria normativa della decisione*, indicando con esso il modello astratto secondo cui «l'attore economico dovrebbe prendere le proprie decisioni e perseguire il proprio vantaggio»²⁷⁰.

Sulla base di questo modello, il giudice dovrebbe rispondere perfettamente alla descrizione «di un decisore ideale, perfettamente razionale, completamente informato, in grado di tener conto, con assoluta precisione, di tutte le possibili opzioni»²⁷¹. Ma è davvero così? L'operazione decisoria prende vita in seno ad una fitta rete di regole logiche ed epistemologiche contenute nel codice di procedura penale, che delineano il ragionamento probatorio alla base dei diversi giudizi probabilistici. Si tratta delle regole particolarmente incisive dettate dagli artt. 192, 546, co. 1, lett. e), 606, co. 1, lett. e), «strettamente correlate al criterio decisorio dell'*al di là di ogni ragionevole dubbio* di cui al novellato art. 533, co.1».

Ciò che si esige dal giudice non è una semplice motivazione sul fatto, si pretende, infatti, che egli intraprenda un preciso «itinerario della ragione» segnato da regole volte a definire positivamente la relazione tra prova penale e probabilità. Ci si attende che il magistrato applichi adeguati criteri di inferenza, come le massime di esperienza, le leggi statistiche e quelle scientifiche dotate di attendibilità

²⁶⁷ A. FORZA, *Le scienze comportamentali ed il loro contributo*, cit., p. 35.

²⁶⁸ A. FORZA, *Le scienze comportamentali ed il loro contributo*, cit., p. 39.

²⁶⁹ H.A. SIMON, *Models of Bounded Rationality* (1997), trad. it. di I. Negri, *Scienza economica e comportamento umano*, Comunità, Torino, 2000, p. 32.

²⁷⁰ A. FORZA, *Le scienze comportamentali ed il loro contributo*, cit., p. 40.

²⁷¹ A. FORZA, *Le scienze comportamentali ed il loro contributo*, cit., p. 41.

empirica: il giudice, nella formazione del suo convincimento sarà libero da condizionamenti e pressioni esterne, ma non abbandonato al proprio arbitrio²⁷².

La cosiddetta *teoria normativa della decisione* non tiene tuttavia conto della natura umana del giudicante e quindi della vulnerabilità del suo pensiero. Come già si accennava nell'introduzione del paragrafo, il processo decisionale seguito dal giudice è costantemente minacciato da quelle che potremmo definire, a tutti gli effetti, *trappole cognitive*, a cui sociologi e psicologi si riferiscono con il termine *bias*.

3.1. I cinque *bias* più temuti: gli esperimenti di Guthrie, Rachlinski e Wistrichliff

Nel 1974 gli psicologi israeliani Daniel Kahneman (premio Nobel per l'economia nel 2002) e Amos Tversky pubblicano importanti studi²⁷³ sugli aspetti più reconditi «della condizione umana, legati ai processi di giudizio e della decisione», «confrontando i modelli di irrazionalità economica [...] con le risposte comportamentali dei soggetti studiati nei diversi contesti di scelta²⁷⁴. Sulle loro orme, nel 2001 gli studiosi Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski e Andrew J. Wistrichliff realizzano uno studio sperimentale con lo scopo di indagare l'influenza degli errori cognitivi nel ragionamento dei giudici statunitensi.

I ricercatori hanno coinvolto nell'esperimento 167 giudici federali al fine di indagare l'influenza di cinque tra i più insidiosi *bias*: il *bias dell'ancoraggio*, l'*effetto framing*, il *bias* «del senno del poi» o *hindsight bias*, l'*euristica della rappresentatività* e il *bias egocentrico*²⁷⁵.

Le risposte fornite dai giudici evidenziano come la maggior parte di costoro sia caduta vittima di uno o più *bias* cognitivi: i ricercatori hanno così concluso che, le illusioni cognitive influenzano profondamente coloro che sono chiamati ad

²⁷² G. CANZIO, *Ragioni, verità e dubbio nel labirinto del processo penale*, in *La giustizia penale*, 2015, p. 194.

²⁷³ Cfr. D. KAHNEMAN - A. TVERSKY, *Judgment under uncertainty: Heuristic and biases*, in *Science*, Vol. CLXXXV, fasc. n. 4157, pubblicato il 27 settembre 1974, p. 1124 ss.

²⁷⁴ A. FORZA, *Le scienze comportamentali ed il loro contributo*, cit., p. 44 s.

²⁷⁵ C. GUTHRIE - J.J. RACHLINSKY - A.J. WISTRICLIFF, *Inside the Judicial Mind*, in *Cornell Law Fac. Publ.*, Vol. LXXXVI, 2001.

esprimere il proprio giudizio sottoforma di sentenza, ovvero gli attori più influenti sulla scena del processo penale²⁷⁶.

3.1.1. Il *bias* dell'ancoraggio

Conosciuto negli ambienti anglosassoni con il nome di *anchoring bias*, questa prima tipologia di trappola cognitiva indica la tendenza degli individui (quindi non solo dei giudici), nel momento in cui sono chiamati ad assumere una decisione, «ad affidarsi al mezzo di prova disponibile», senza tener conto della «debolezza esplicativa dello stesso»²⁷⁷. Secondo lo studio condotto da Guthrie, Rachlinski e Wistrich, chiunque può cadere in errore nella valutazione di una situazione, di un soggetto o addirittura di un oggetto (ad esempio, la determinazione del valore di un immobile), lasciandosi condizionare da un «valore iniziale» (per restare nell'esempio, si pensi al prezzo di listino dell'immobile). Il pericolo sta in ciò che rappresenta il valore cui ci si «ancora»: non sempre, infatti, esso rappresenta in maniera veritiera le qualità della situazione, del soggetto o dell'oggetto sottoposti a giudizio. Il rischio di produrre danni e la gravità di questi ultimi variano a seconda del contesto della valutazione. Per quanto riguarda la nostra analisi, nel contesto processuale il rischio è altissimo e altissima è la gravità dei danni che si possono commettere nei confronti di un imputato²⁷⁸.

I tre studiosi, per dimostrare la pericolosità dell'*effetto ancoraggio* nel delicato contesto del processo penale, sottopongono un gruppo di giudici ad un esperimento, presentando loro il seguente caso²⁷⁹:

Tizio è stato investito da un camion di proprietà di un'azienda leader nella consegna di pacchi, i cui freni non hanno funzionato. Successive indagini hanno rilevato che l'impianto frenante del mezzo era difettoso poiché questo non era stato sottoposto ad adeguate procedure di manutenzione. In seguito all'incidente, Tizio ha perso l'uso degli arti inferiori ed è costretto a vita su una sedia a rotelle. L'uomo, che, fino a quel

²⁷⁶ S. ARCIERI, *Bias cognitivi e decisioni: un'indagine sperimentale*, in *Dir. pen. e uomo*, pubblicato il 2 aprile 2019.

²⁷⁷ L. ALGERI - M. TORRE, *Aspetti definitivi e delimitazione della materia*, in G. M. BACCARI - P. FELICIONI, *La decisione penale*, cit., p. 85 s.

²⁷⁸ C. GUTHRIE - J.J. RACHLINSKY - A.J. WISTRICLIFF, *Inside the Judicial Mind*, cit., p. 787 ss.

²⁷⁹ C. GUTHRIE - J.J. RACHLINSKY - A.J. WISTRICLIFF, *Inside the Judicial Mind*, cit., p. 790.

momento, viveva in una situazione economica stabile, grazie alla sua professione di elettricista, richiede all'azienda proprietaria del camion un risarcimento congruo ai danni riportati, in termini di lesioni fisiche, cure mediche, degenza ospedaliera e perdita del salario. Egli, tuttavia, non precisa un importo definito per tale risarcimento²⁸⁰.

I giudici cui viene presentato il caso vengono suddivisi in due gruppi: al primo viene trasmessa l'informazione secondo la quale il pubblico ministero avrebbe «avanzato una richiesta di archiviazione del procedimento» poiché «non risultava raggiunta la soglia minima di danno risarcibile, pari a 75.000 dollari»²⁸¹.

A questi giudici viene, pertanto, fornito come «dato di ancoraggio» una soglia di risarcimento minima fissata a 75.000 dollari. Al secondo gruppo non viene riportata l'informazione circa la richiesta di archiviazione e non viene fornito alcun «dato di ancoraggio» circa la stima dei danni. Ad entrambi i gruppi viene posta, in seguito, la domanda: «in che misura liquidereste il danno subito da Tizio?»²⁸² Il primo gruppo²⁸³ liquida il danno per una cifra pari a 882.000 dollari, il secondo per una cifra pari a 1.249.000 dollari.²⁸⁴ La differenza tra le due stime è notevole: la presenza del «dato di ancoraggio» ha «ridotto l'ammontare della somma liquidata di oltre 350.000 dollari (pari al 29,4%)»²⁸⁵, «inducendo i giudici [...] a ritenere che l'entità del danno risarcibile fosse particolarmente esigua»²⁸⁶.

È, dunque, evidente come l'influenza di un fattore apparentemente innocuo come un «dato di ancoraggio» possa condurre alla pronuncia di sentenze «distorte» e ingiuste, producendo danni che si vanno a sommare a quelli prodotti dal fatto di reato.

²⁸⁰ Nell'esempio proposto entrambe le parti rinunciano a sottoporre la questione ad una giuria popolare. Trattasi di una prassi molto diffusa nella giurisprudenza statunitense, secondo la quale, il caso viene deciso sulla base delle dichiarazioni e delle prove raccolte nella fase predibattimentale.

²⁸¹ S. ARCIERI, *Bias cognitivi e decisioni*, cit., p. 3.

²⁸² «[...] how much would you award the plaintiff in compensatory damages?» (C. GUTHRIE - J.J. RACHLINSKY - A.J. WISTRICLIFF, *Inside the Judicial Mind*, cit., p. 791).

²⁸³ Eccezione fatta per coloro che hanno accettato la richiesta di archiviazione avanzata da pubblico ministero.

²⁸⁴ C. GUTHRIE - J.J. RACHLINSKY - A.J. WISTRICLIFF, *Inside the Judicial Mind*, cit., p. 791.

²⁸⁵ «[...] asking the judges to rule on this frivolous motion depressed average damage awards by more than \$350,000 (or 29.4%)» (C. GUTHRIE - J.J. RACHLINSKY - A.J. WISTRICLIFF, *Inside the Judicial Mind*, cit., p. 792).

²⁸⁶ S. ARCIERI, *Bias cognitivi e decisioni*, cit., p. 3.

3.1.2. Segue. L'effetto framing

Quest'altra trappola cognitiva, che potremmo tradurre in «effetto cornice» o *bias* «dell'inquadramento», riguarda il modo in cui vengono valutate le diverse opzioni a disposizione del decisore (nel nostro caso sempre il giudice) e, poiché fa leva sulla capacità di correre rischi, è in grado di influenzare fortemente la volontà di chi decide. Infatti, nel momento in cui un individuo è chiamato a scegliere tra più opzioni, inevitabilmente sarà portato a valutare i costi e i benefici di ciascuna di esse²⁸⁷. Questo *bias* induce a focalizzare «l'attenzione su un unico aspetto del problema, escludendo gli altri elementi che, al contrario, sarebbe necessario considerare per decidere con piena consapevolezza»²⁸⁸.

Tale «effetto cornice», se «positivo», condurrà esclusivamente a focalizzare i «potenziali vantaggi derivanti dalla scelta», se «negativo» orienterà l'attenzione esclusivamente «sui rischi di perdita». La prospettiva che si adotta nel momento della scelta «incide profondamente sulle [...] decisioni finali» e, considerando, in particolare, «la tendenza a concentrarsi sui rischi di perdita», è bene «preferire soluzioni caute, che non comportino elementi di novità e che, anzi, mantengano il più possibile lo status quo»²⁸⁹. Infatti, secondo l'esempio proposto da Guthrie e co., la maggior parte delle persone preferirebbe un guadagno certo di 100 dollari, piuttosto che il 50% di probabilità di vincerne 200; al contempo, preferirebbe il 50% di probabilità di perdere 200 dollari, piuttosto che una perdita sicura di 100²⁹⁰.

Per provare questa tesi, Rachlinski sottopone degli studenti di diritto ad un esperimento. Divide gli studenti in due gruppi: un primo gruppo ricoprirà il ruolo del querelante, mentre un secondo gruppo ricoprirà quello del convenuto. La questione proposta è la seguente:

Al gruppo dei querelanti viene chiesto di scegliere tra un accordo che prevede il versamento certo ed immediato di 200.000 dollari e la possibilità, pari al 50%, di riceverne 400.000 al termine del processo. Al contempo, anche il gruppo dei convenuti viene posto di fronte alla medesima scelta: pagare subito 200.000 dollari o rischiare,

²⁸⁷ C. GUTHRIE - J.J. RACHLINSKY - A.J. WISTRICLIFF, *Inside the Judicial Mind*, cit., p. 794.

²⁸⁸ S. ARCIERI, *Bias cognitivi e decisioni*, cit., p. 3.

²⁸⁹ S. ARCIERI, *Bias cognitivi e decisioni*, cit., p. 4.

²⁹⁰ «For example, most people prefer a certain \$100 gain to a 50% chance of winning \$200 but prefer a 50% chance of losing \$200 to a certain \$100 loss» (C. GUTHRIE - J.J. RACHLINSKY - A.J. WISTRICLIFF, *Inside the Judicial Mind*, cit., p. 794).

al 50%, di pagarne 400.000 una volta concluso il processo, se risultato soccombente²⁹¹.

Al termine dell'esperimento, Rachlinski riscontra che l'accordo da 200.000 dollari è stato scelto dal 77% degli studenti appartenenti al gruppo dei querelanti, ma solo dal 31% degli studenti appartenenti al gruppo dei convenuti. Secondo lo studioso, questo risultato rispecchia la realtà: generalmente, i querelanti sono più propensi dei convenuti ad accettare un accordo, dal momento che si lasciano spesso condizionare dal modo con cui i convenuti articolano la loro strategia difensiva e con cui formulano la proposta dell'accordo²⁹².

Gli esperimenti sull'effetto *framing* vanno oltre questo primo riscontro. I tre studiosi decidono, infatti, di sottoporre ad un gruppo di giudici una questione simile a quella sottoposta agli studenti:

Si immagini una causa relativa al diritto di copyright, in cui l'impresa A abbia citato in giudizio l'impresa B ai fini di ottenere un risarcimento pari a 200.000 dollari. Si ritiene che il ricorrente abbia una probabilità del 50% di recuperare l'intera somma di 200.000 dollari e una corrispondente probabilità del 50% di recuperare 0 dollari. Ciascuna delle parti spenderà circa 50.000 dollari per le spese legali. Si supponga, infine, che, qualora non si riuscisse a raggiungere un accordo, non vi sarà alcuna possibilità per la parte soccombente di rimborsare le spese processuali all'altra parte²⁹³.

Anche questa volta i giudici vengono divisi in due gruppi. Al primo, quello chiamato ad immedesimarsi nell'attore, viene fornita la seguente informazione: «il convenuto è disposto a pagare all'attore 60.000 dollari a titolo di transazione». Si chiede ai giudici, se, secondo il loro giudizio, all'attore convenga accettare l'offerta del convenuto²⁹⁴. L'attore si trova quindi nella condizione di scegliere «tra la certezza di ottenere 60.000 dollari e la possibilità di ottenerne 50.000 (50% di probabilità di ottenere 200.000 dollari, più 50% di probabilità di ottenere 0 dollari e di pagare 50.000 dollari di spese legali)»²⁹⁵. Il secondo gruppo, invece, quello

²⁹¹ C. GUTHRIE - J.J. RACHLINSKY - A.J. WISTRICLIFF, *Inside the Judicial Mind*, cit., p. 795.

²⁹² C. GUTHRIE - J.J. RACHLINSKY - A.J. WISTRICLIFF, *Inside the Judicial Mind*, cit., p. 795 s.

²⁹³ C. GUTHRIE - J.J. RACHLINSKY - A.J. WISTRICLIFF, *Inside the Judicial Mind*, cit., p. 796.

²⁹⁴ «[...] the defendant intends to offer to pay the plaintiff \$60,000 to settle the case. Do you believe that the plaintiff should be willing to accept \$60,000 to settle the case?», IBID.

²⁹⁵ S. ARCIERI, *Bias cognitivi e decisioni*, cit., p. 4.

chiamato ad immedesimarsi nella figura del convenuto, riceve quest'altra informazione: «l'attore è disposto ad accettare 140.000 dollari per concludere il caso». Si chiede al gruppo se, secondo il suo giudizio, il convenuto dovrebbe pagare o meno tale somma²⁹⁶. In base alla prospettiva del convenuto, ci sono, dunque, due alternative: «una perdita sicura di 140.000 dollari e un rischio di perdita di 150.000 dollari (cioè 50% di possibilità di perdere 200.000 dollari, più 50% di possibilità di perdere 0 dollari e pagare 50.000 dollari di spese)»²⁹⁷.

I risultati dell'esperimento variano a seconda del «frame». Tra i giudici che hanno valutato il caso dal punto di vista del querelante, il 39,8% (trentatré giudici su ottantatré) ritiene che il querelante debba accettare 60.000 dollari a titolo di transazione, ma solo il 25% (ventitré giudici su ottanta) dei giudici, che valutano il caso dal punto di vista del convenuto, ha indicato che il convenuto debba pagare la somma di 140.000 dollari proposta dal querelante. La differenza tra i risultati è significativa: esattamente come le parti in causa, anche i giudici sembrano essere influenzati dalla prospettiva dalla quale si guarda alla vicenda oggetto del giudizio²⁹⁸.

Il *test* ha creato l'illusione che l'attore potesse scegliere «tra due potenziali guadagni», mentre il convenuto potesse scegliere «tra due potenziali perdite». In base al punto di vista dell'attore, «accettare l'accordo sembrava la scelta migliore», mentre, dal punto di vista del convenuto, la soluzione più vantaggiosa era la strada del processo. Ciò, sebbene i due scenari presentassero «scelte identiche, sotto il profilo economico»²⁹⁹.

3.1.3. Segue. Il *bias* «del senno del poi» o *hindsight bias*

L'origine di questa trappola cognitiva è da ricercarsi nella tendenza degli individui a sopravvalutare le proprie capacità di previsione degli eventi. È tipico di ciascuno di noi generare stime circa la prevedibilità degli eventi passati, ma tutti

²⁹⁶ «[...] the plaintiff intends to offer to accept \$140,000 to settle the case. Do you believe that the defendant should be willing to pay \$140,000 to settle the case?» (C. GUTHRIE - J.J. RACHLINSKY - A.J. WISTRICLIFF, *Inside the Judicial Mind*, cit., p. 797).

²⁹⁷ S. ARCIERI, *Bias cognitivi e decisioni*, cit., p. 4.

²⁹⁸ C. GUTHRIE - J.J. RACHLINSKY - A.J. WISTRICLIFF, *Inside the Judicial Mind*, cit., p. 797.

²⁹⁹ S. ARCIERI, *Bias cognitivi e decisioni*, cit., p. 5.

quanti ignoriamo quanto il risultato, quindi, l'evento in sé, influenzi le nostre convinzioni³⁰⁰. Questa tipologia «di errore di giudizio retrospettivo» si verifica spesso nelle aule di tribunale: esso induce il giudice a credere che sia possibile prevedere un determinato evento, sebbene nella realtà, non si disponga «degli elementi necessari per una simile previsione»³⁰¹.

Per dimostrare l'influenza di questo *bias* nel giudizio, secondo il metodo già scelto in precedenza, i tre studiosi hanno sottoposto un campione di giudici ad un esperimento, narrando loro una vicenda giudiziaria realmente accaduta.

Nel 1991, in seguito a trattamenti sanitari ricevuti all'interno del carcere, un detenuto presenta ricorso presso la Corte federale distrettuale, contro il direttore del dipartimento di giustizia penale, denunciando la condotta negligente del personale medico dell'istituto di detenzione³⁰². La Corte rigetta il ricorso dopo aver accertato che il ricorrente «era consapevole del fatto che il suo ricorso non poteva trovare accoglimento dal momento che, diversi anni prima, aveva proposto doglianze analoghe, parimenti respinte.» La Corte infligge una sanzione al ricorrente con una decisione, che verrà, in seguito, impugnata in appello³⁰³.

Al termine della presentazione della vicenda, tra i giudici coinvolti nell'esperimento, vengono distribuiti in maniera casuale tre distinti esiti del giudizio d'appello: secondo il primo esito, la Corte d'Appello ridurrebbe la sanzione; secondo il secondo, la confermerebbe; secondo il terzo, l'annullerebbe. Indipendentemente dall'esito assegnato ai singoli giudici, si chiederà a ciascuno di indicare quale tra i tre esiti sarebbe stato più prevedibile all'epoca dei fatti. Il risultato del test confermerà quanto sostenuto dagli studiosi circa l'influenza dell'*hindsight bias*: «i giudici a cui era stato proposto un determinato esito erano molto più inclini degli altri a concludere che quell'esito fosse, fin dall'inizio, il più probabile».

I risultati sono così sintetizzabili: «la somma delle percentuali dei giudici che, in ciascuno dei tre gruppi, hanno scelto come più probabile proprio l'esito che era stato loro proposto, è del 172% (38,6% + 81,5% + 51,9%)»³⁰⁴. Il risultato

³⁰⁰ C. GUTHRIE - J.J. RACHLINSKY - A.J. WISTRICLIFF, *Inside the Judicial Mind*, cit., p. 799.

³⁰¹ S. ARCIERI, *Bias cognitivi e decisioni*, cit., p. 5.

³⁰² C. GUTHRIE - J.J. RACHLINSKY - A.J. WISTRICLIFF, *Inside the Judicial Mind*, cit., p. 801.

³⁰³ S. ARCIERI, *Bias cognitivi e decisioni*, cit., p. 5.

³⁰⁴ S. ARCIERI, *Bias cognitivi e decisioni*, cit., p. 6.

sarebbe stato del 100%, anziché del 172%, se l'*hindsight bias* non avesse influito sulla decisione dei giudici, che hanno, pertanto, dimostrato di essere vittima di un «prevedibile pregiudizio retrospettivo». Essi, infatti, nel momento in cui hanno saputo che un particolare risultato si era verificato, erano molto più propensi a identificare quel risultato come il più probabile³⁰⁵.

ESITO ASSEGNATO	ESITO RITENUTO PIÙ PROBABILE (% DELLE RISPOSTE)		
	Riduzione sanz.	Conferma sanz.	Annullamento sanz.
Riduzione sanz.	38,6	40,4	21,1
Conferma sanz.	7,4	81,5	11,1
Annullamento sanz.	20,4	27,8	51,9

3.1.4. Segue. L'euristica della rappresentatività

Nel momento in cui si è chiamati a compiere «valutazioni categoriali» (si pensi, ad esempio, ad una valutazione circa la colpevolezza dell'imputato in un processo penale), si tende «a basare i propri giudizi sulla misura in cui gli elementi a disposizione (ad esempio, l'atteggiamento dell'imputato durante il processo) sono rappresentativi della categoria oggetto di valutazione» (nel nostro esempio, la colpevolezza)³⁰⁶. Quando gli elementi che si hanno a disposizione risultano essere rappresentativi (ad esempio, l'imputato è nervoso e ha un atteggiamento evasivo) della categoria oggetto della valutazione (colpevolezza dell'imputato), si tende a considerare alta la probabilità che le prove siano un prodotto di quella categoria (è probabile che l'imputato sia colpevole). Viceversa, nel momento in cui gli elementi a disposizione non risultano essere rappresentativi (ad esempio, l'imputato sembra essere a proprio agio durante il processo) della categoria in questione (colpevolezza dell'imputato), allora si riterrà bassa la probabilità che le prove siano prodotto di quella categoria (è poco probabile che l'imputato sia colpevole)³⁰⁷.

³⁰⁵ «[...] they were much more likely to identify that outcome as the most likely to have occurred» (C. GUTHRIE - J.J. RACHLINSKY - A.J. WISTRICLIFF, *Inside the Judicial Mind*, cit., p. 803).

³⁰⁶ S. ARCIERI, *Bias cognitivi e decisioni*, cit., p. 7.

³⁰⁷ C. GUTHRIE - J.J. RACHLINSKY - A.J. WISTRICLIFF, *Inside the Judicial Mind*, cit., p. 805.

Quello appena descritto è un tipico esempio di ciò che gli psicologi chiamano *euristica della rappresentatività*, che possiamo definire come «la tendenza ad attribuire caratteristiche simili a oggetti simili, ignorando le informazioni, [...], che porterebbero a differenziare l'oggetto dalla categoria a cui è stato [...] ricondotto»³⁰⁸.

L'*euristica della rappresentatività* trascura elementi di fondamentale importanza che, se tenuti in conto, condurrebbero le valutazioni ad un esito differente. È il caso dei dati statistici come la «frequenza di base», che indica «la porzione di casi rispetto al totale in cui si verifica l'evento» che interessa colui che compie la valutazione. Si pensi, ad esempio, all'insorgenza di una patologia: «se, su cento persone, i malati sono dieci, la frequenza di base sarà di 1 su 10»³⁰⁹.

Non è chiaro il motivo per cui si preferisca ignorare i tassi di base e ci si affidi all'*euristica della rappresentatività*: probabilmente, l'individuazione delle prove risulta essere più incisiva e quindi più convincente delle «pallide statistiche».

Inoltre, poiché le evidenze statistiche, spesso, non sono messe a disposizione di chi si appresta a formulare un giudizio, risulta decisamente più comodo affidarsi ad un metodo alternativo. Ciò che è certo è che l'eccessivo affidamento all'*euristica della rappresentatività* porta a commettere errori decisionali come il cosiddetto «errore inverso». Con esso si indica la tendenza a trattare la probabilità di un'ipotesi, data la prova, come uguale o vicina alla probabilità della prova, data l'ipotesi. Per dimostrare quanto sia facile commettere un «errore inverso», i tre studiosi hanno sottoposto ad un *test* un campione di giudici³¹⁰. Anche in questo caso, si tratta di un caso giudiziario realmente verificatosi³¹¹.

Tizio si trova all'interno di un magazzino di proprietà di Caio, quando viene colpito da un barile, in sollevamento da terra, che gli causa gravi lesioni. Coloro che lavorano nel magazzino non si spiegano come possa essersi verificato l'incidente, ma avanzano due ipotesi: il barile è stato fissato «in modo negligente», oppure la corda cui era legato era difettosa³¹².

³⁰⁸ S. ARCIERI, *Bias cognitivi e decisioni*, cit., p. 7.

³⁰⁹ IBID.

³¹⁰ «The inverse fallacy refers to the tendency to treat the probability of a hypothesis given the evidence [...] as the same as, or close to, the probability of the evidence given the hypothesis [...]» (C. GUTHRIE - J.J. RACHLINSKY - A.J. WISTRICLIFF, *Inside the Judicial Mind*, cit., p. 806 s.).

³¹¹ *Byrne v. Boadle*, Inghilterra, 1863.

³¹² C. GUTHRIE - J.J. RACHLINSKY - A.J. WISTRICLIFF, *Inside the Judicial Mind*, cit., p. 808.

Una volta illustrata la vicenda, viene posta ai giudici la seguente domanda: «Dati questi fatti, quanto è probabile che il barile che ha colpito Tizio sia caduto a causa della negligenza di uno dei lavoratori?» I giudici dovranno selezionare come risposta uno fra questi intervalli: 0-25%, 26-50%, 51-75% o 76-100%.

In base alle stime degli esperti della sicurezza, che hanno analizzato il contesto in cui è accaduto il fatto, quando i barili sono fissati «in modo negligente», c'è il 90% di possibilità che si stacchino, mentre quando sono fissati «in modo sicuro», si staccano solo nell'1% dei casi. Stando alle statistiche, i lavoratori fissano in modo negligente i barili solo 1 volta su 1000³¹³.

Il risultato del *test* conferma la facilità con cui si può commettere un «errore inverso», la cui causa consiste nell'ignorare una fondamentale informazione come la frequenza di base. Infatti, benché i dati statistici dimostrino che la reale probabilità che, in quel contesto, un barile possa cadere a causa della negligenza dei lavoratori sia pari all'8,3%³¹⁴, il 40% dei giudici sottoposti al test dichiarerà che ciò è avvenuto con una probabilità vicina al 90%.³¹⁵ Trattasi di una valutazione «che trascura il dato della generale frequenza delle condotte colpose»³¹⁶: un errore logico di considerevoli dimensioni, in base al quale, se l'esito probabile della condotta negligente del reo consiste nel verificarsi dell'incidente, allora il verificarsi dell'incidente conferma l'ipotesi della negligenza dell'imputato³¹⁷.

3.1.5. Segue. Il *bias* egocentrico

Ciascuno di noi tende a sovrastimare le proprie azioni e la loro influenza sulla realtà. Quest'ultimo *bias* analizzato da Guthrie, Rachlinsky e Wistrich riflette la supervalutazione da parte dei giudici circa le proprie abilità e capacità di

³¹³ IBID.

³¹⁴ «[...] the actual probability that the defendant was negligent is only 8.3%» (C. GUTHRIE - J.J. RACHLINSKY - A.J. WISTRICLIFF, *Inside the Judicial Mind*, cit., p. 808 s.).

³¹⁵ S. ARCIERI, *Bias cognitivi e decisioni*, cit., p. 8.

³¹⁶ S. ARCIERI, *Bias cognitivi e decisioni*, cit., p. 10.

³¹⁷ «The results of the barrel problem reflect the development of doctrine in case law. According to the traditional formulation of the doctrine of *res ipsa loquitur*, a court can conclude that if the likely product of a defendant's negligence is an accident, then the fact of that accident supports the conclusion that the defendant is negligent» (J.J. RACHLINSKI - A.J. WINSTRICHT, *Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges*, in *Ann. Rev. Law Soc. Sci.*, 2017, p. 14 s.).

giudizio. Per dimostrare che i giudici sono inclini a cadere in questo *bias*, gli studiosi hanno chiesto ad alcuni di loro di rispondere ad una semplice domanda:

«Raramente la pronuncia di un giudice degli Stati Uniti d'America viene rovesciata in appello, ma ogni tanto ciò accade. Se si dovessero classificare i giudici presenti secondo il "tasso di rovesciamento" delle decisioni assunte nel corso di tutta quanta la loro carriera, quale tasso attribuiresti a te stesso?»³¹⁸

Le risposte possibili erano le seguenti: (a) >75%; (b) >50%; (c) >25%; (d) <25%. Rispondere (a), per esempio, significava affermare: «ritengo che il mio personale tasso di rovesciamento sia superiore a quello del 75% dei giudici presenti.»³¹⁹ Su un totale di 155 giudici, che hanno accettato di sottoporsi al test³²⁰, «il 56,1% si è collocato nel range più basso (d); un altro 31,6% ha indicato quello immediatamente successivo (c); a seguire, il 7,7% ha scelto la risposta (b), e solo il 4,5% la risposta (a)»³²¹.

Ciò significa che l'87,7% dei giudici sostiene che, almeno la metà dei propri colleghi ha tassi di rovesciamento più elevati, ovvero vedrebbe rovesciarsi in appello un numero di pronunce più elevato rispetto al proprio.

Secondo l'accurata analisi dei tre studiosi, è possibile che il 56,1% dei giudici che si sono posizionati nel quartile più basso non abbiano mai visto una propria pronuncia rovesciata in appello, il che suggerisce che costoro rientrano davvero nel quartile più basso. Ci sono addirittura giudici che, in risposta al test, affermano di non aver mai avuto notizia del «rovesciamento» di una propria pronuncia. Se così fosse, però, il 31,6% dei giudici che si è collocato nel quartile immediatamente inferiore, si sarebbe sbagliato e, in ogni caso, è impossibile che solo il 4,5% dei giudici si trovi nel quartile più alto. Anche qualora le decisioni del 56,1% dei giudici registratosi nel quartile più basso non fossero mai state rovesciate in appello, il restante 43,9% dei giudici ha mostrato un significativo «pregiudizio egocentrico», ovvero, ha dimostrato di essere vittima del *bias* in questione³²².

³¹⁸ «United States magistrate judges are rarely overturned on appeal, but it does occur. If we were to rank all of the magistrate judges currently in this room according to the rate at which their decisions have been overturned during their careers, [what] would your rate be?» (C. GUTHRIE - J.J. RACHLINSKY - A.J. WISTRICLIFF, *Inside the Judicial Mind*, cit., p. 813).

³¹⁹ S. ARCIERI, *Bias cognitivi e decisioni*, cit., p. 10.

³²⁰ Dodici dei giudici invitati hanno rifiutato di sottoporsi al test.

³²¹ S. ARCIERI, *Bias cognitivi e decisioni*, cit., p. 10.

³²² C. GUTHRIE - J.J. RACHLINSKY - A.J. WISTRICLIFF, *Inside the Judicial Mind*, cit., p. 814.

3.1.6. Risultati dello studio.

Lo studio condotto dimostra che il processo decisionale dei giudici, come accade per altre figure di esperti, è fortemente influenzato da illusioni cognitive, che possono incidere negativamente sull'esito del processo. Di seguito, una sintesi dei risultati ottenuti³²³:

BIAS COGNITIVO	TEST	RISULTATO ATTESO (SENZA <i>BIAS</i>)	RISULTATO OTTENUTO (CON <i>BIAS</i>)
<i>Ancoraggio</i>	Quantificazione dei danni con o senza dato di ancoraggio idoneo ad abbassare la stima.	Nessuna differenza tra le due condizioni.	La presenza del dato di ancoraggio riduce la stima del 29%.
<i>Effetto framing</i>	Liquidazione dei danni secondo due <i>frame</i> opposti: guadagni e perdite.	Nessuna differenza tra le due condizioni.	Tasso di liquidazione dei danni più alto del 15% nel <i>frame</i> guadagni.
<i>Hindsight bias</i>	Percentuale dell'esito più probabile dato un esito noto.	La percentuale totale di giudici che identificano l'esito noto (nelle tre condizioni) è pari al 100%.	La percentuale totale di giudici che identificano l'esito noto è pari al 172%.
<i>Euristica della rappresentatività</i>	Risoluzione del problema della prova.	Tutti i giudici scelgono la risposta corretta.	Solo il 41% dei giudici sceglie la risposta corretta.
<i>Bias egocentrico</i>	Identificare il tasso di rovesciamento delle proprie sentenze in appello.	Risposte uniformemente distribuite nei quattro quartili.	Il 56% riconosce un basso tasso di rovesciamento, mentre l'88% riconosce un tasso inferiore alla metà dei colleghi presenti.

Alla luce di quanto illustrato sinora, possiamo osservare come i giudici — e, in realtà, tutti gli esseri umani — nel momento in cui sono chiamati a giudicare

³²³ C. GUTHRIE - J.J. RACHLINSKY - A.J. WISTRICLIFF, *Inside the Judicial Mind*, cit., p. 817.

una vicenda narrata, prestino attenzione ai soli dati forniti dal narratore, contemplando l'esistenza solo di una (minima) porzione di verità.

Tuttavia, la verità va ben oltre ciò che si racconta, va ben oltre i dati che possono essere forniti anche da indagini sapientemente condotte. L'esempio della punta dell'iceberg rende l'idea: giudicare una realtà solo dai fatti che emergono in superficie significa ignorarla quasi interamente.

Il giudice non deve mai accontentarsi dei dati di cui dispone, deve sempre pensare che qualcosa gli venga, anche non intenzionalmente, nascosto, deve credere di sapere poco circa gli eventi che è chiamato a giudicare e soprattutto non deve lasciarsi ingannare dai dati apparentemente più sicuri.

È il caso del *bias dell'ancoraggio*, in cui i giudici cui viene fornito il dato di partenza, ovvero la soglia di risarcimento minima di 75.000 dollari, finiscono per riconoscere un risarcimento molto più basso rispetto a quei giudici cui il dato di partenza non viene fornito. La soluzione è molto semplice: il primo gruppo ha totalmente ignorato l'entità del danno, che pure è stata descritta, concentrandosi unicamente sul dato fornito. Il risultato: un grossolano errore giudiziario.

È evidente come negli esempi presentati dallo studio, i giudici tendano a fare scarsissimo uso dell'immaginazione³²⁴, preferendo una versione «ridotta» dei fatti o, per meglio dire, semplificata. Un tipico atteggiamento della società attuale: semplificare la realtà anziché cercare di comprenderne, o, quantomeno di indagarne, la complessità.

Non resta, pertanto, che condividere insieme a Rachlinski e Wistrich le parole del giurista e filosofo statunitense Jerome Frank, il quale, così come riportano gli autori, afferma che «alla fine di tutto, dobbiamo accettare il fatto che i giudici sono umani»³²⁵. Forse è proprio questo il prezzo da pagare per una giustizia che resti nei «limiti» dell'umano e non venga affidata all'infallibilità delle macchine.

³²⁴ Nel capitolo III si dedicherà ampio spazio al concetto di immaginazione e all'importanza dello sviluppo di questa facoltà nei giuristi e ancor di più nei giudici.

³²⁵ «Understanding judges' weaknesses is not a means of mocking them, nor should it undermine faith in the system of justice. Rather, it is a means of understanding the circumstances under which judges are vulnerable and furthering the never-ending struggle toward a fair and impartial system» (J.J. RACHLINSKI - A.J. WINSTRICH, *Judging the Judiciary*, cit. p. 33.).

Nondimeno, rilevare e riconoscere la vulnerabilità dei giudici non significa affatto sminuire il loro operato e il sistema di cui essi sono espressione.

La ricerca sull'origine dell'errore e l'indagine circa le sue dinamiche più insidiose e subdole devono essere viste come uno stimolo ad affinare le competenze degli organi giudicanti, che, come più volte si è ripetuto e si ripeterà nel corso di questo lavoro, non possono limitarsi alla conoscenza del diritto.

Mettere in guardia i giudici sui rischi connessi alla loro attività significa supportarli nella gestione di una materia particolarmente delicata come il diritto penale e proiettarli verso soluzioni non tanto più soddisfacenti per l'ordinamento e per la collettività, quanto, ci si auspica, più giuste.

4. Intelligenza artificiale e giustizia penale

4.1. Diritto penale e tecnologia

Lo sviluppo sempre più rapido delle tecnologie informatiche ha apportato cambiamenti rivoluzionari in numerosi ambiti della nostra quotidianità.

La digitalizzazione dei contenuti e la creazione di nuovi spazi — si pensi, ad esempio, al concetto di *Cyberspazio* — hanno determinato una sensibile redistribuzione delle informazioni finalizzata ad una loro maggiore fruibilità.

Tra i contesti contaminati dall'informatizzazione, da qualche anno, è possibile ritrovare anche il processo penale, l'unico spazio dell'ordinamento in cui è lecito sacrificare la libertà di un individuo in virtù di principî comunemente condivisi e sottoscritti in quel patto sociale che sta alla base di ogni stato di diritto.

La ragione prima che ha indotto il diritto penale a cercare supporto nella tecnologia è, senz'altro, l'esigenza di «adeguare le strategie investigative alle innovazioni scientifiche»³²⁶.

Del resto, il contesto sociale in cui si sviluppa la criminalità diventa sempre più complesso: l'aumento della popolazione, la sua multietnicità e la velocità nelle comunicazioni comportano una produzione sempre maggiore di dati, che devono essere immagazzinati ed analizzati in tempi sempre più brevi. Si parla, infatti, di

³²⁶ L. ALGERI - M. TORRE, *Aspetti definitivi*, cit., p. 85 s.

*big data*³²⁷: definiti dalla Commissione europea come «grandi quantità di dati di tipo diverso prodotti a grande velocità da numerosi tipi di fonti», la cui gestione «impone il ricorso a nuovi strumenti e metodi, quali ad esempio potenti processori, software e algoritmi»³²⁸.

Questi *grandi dati* possono sinteticamente essere descritti attraverso cinque caratteristiche: il volume, che ne indica l'enorme quantità; la velocità, che sta ad indicare l'accelerazione nella loro elaborazione; la varietà, che si riferisce all'eterogeneità delle loro fonti; la veridicità, ovvero la loro autenticità o non autenticità; la variabilità, che individua il contesto in cui il singolo dato si forma, nonché la diversità del suo formato³²⁹.

Grazie a questi dati e alle loro caratteristiche è possibile procedere ad un'operazione di fondamentale importanza nel campo del processo penale, che prende il nome di *profilazione*. Con essa si fa riferimento a «qualsiasi forma di trattamento automatizzato» dei dati personali al fine di «analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti» di una data persona fisica³³⁰. La capacità di profilazione dei dati e il loro uso strategico costituiscono «la spina dorsale»³³¹ «delle nuove tecnologie predittive finalizzate al mantenimento dell'ordine pubblico e alla prevenzione della criminalità», oltreché «all'apprezzamento della pericolosità sociale ed alla» valutazione circa la «capacità di recidiva»³³².

Quella appena descritta costituisce una prima fase di applicazione della tecnologia al servizio del diritto penale, cui ci si può riferire con l'espressione anglosassone *predictive policing*, che prevede l'utilizzo di tecniche di *profiling* (si pensi, ad esempio alla cosiddetta identificazione biometrica e ai sofisticati sistemi di riconoscimento facciale) nelle prognosi riguardanti: la pericolosità di un soggetto condannato; la pericolosità per la sicurezza pubblica, presupposto della misura di

³²⁷ Sull'argomento si segnala F. FAINI, *Big data e Internet of Things: data protection e data governance alla luce del regolamento europeo*, in AA.VV., *Il processo di adeguamento al GDPR. Aggiornato al D.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Giuffrè, Milano, 2018.

³²⁸ COM (2014) 442 Final, p. 5.

³²⁹ L. ALGERI - M. TORRE, *Aspetti definitivi*, cit., nota n. 5, p. 66 s.

³³⁰ Art. 4, n. 4 Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, pubblicato il 27 aprile 2016.

³³¹ «The backbone of any new predictive technology is data» (A.G. FERGUSON, *Polcing Predictive Policing*, in *Wash. Univ. Law Rev.*, Vol. XCIV, fasc. n. 5, 2017, p. 1145).

³³² L. ALGERI - M. TORRE, *Aspetti definitivi*, cit., p. 67 s.

prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza (art. 6, d.lgs. n. 159/2011); l'applicazione di una misura di sicurezza (art. 202 c.p.) e la configurabilità del rischio di recidiva in sede cautelare (art. 274, lett. c, c.p.p.)³³³. Ma non solo, le tecniche di *profiling* vengono applicate anche ai fini della commisurazione pena, in relazione alla capacità a delinquere *ex art.* 133, co. 2, c.p.; in sede di applicazione della sospensione condizionale della pena (art. 164, co. 1, c.p.); oppure, ancora, di applicazione di una delle misure alternative alla detenzione nella fase dell'esecuzione³³⁴.

Vi è poi una seconda fase, quella del cosiddetto *sentencing*³³⁵: l'utilizzo della tecnologia, nello specifico degli algoritmi predittivi, nella fase di formazione della decisione può costituire, infatti, un importante «supporto tecnico per il giudice», al fine di ridurre al minimo la possibilità di commettere errori³³⁶. Si noti bene l'utilizzo del termine «supporto», che rimanda al contenuto dell'art. 11 della direttiva UE 2016/680, secondo il quale è vietato assumere una «decisione basata unicamente su un trattamento automatizzato». È bene, infatti, distinguere tra strumenti predittivi a fini decisorii e predizioni decisorie: i primi forniscono «elementi su cui basare una decisione, sia di tipo parziale, come avviene in materia cautelare, sia tale da involgere l'intera *regiudicanda*»; parlare di predizioni decisorie significherebbe, invece, ammettere la possibilità di «determinare la prevedibilità delle future decisioni su casi simili».

Entrambe queste «tipologie di strumenti predittivi» non sono destinate ad un unico soggetto: per quanto riguarda gli strumenti preventivi a fini decisorii, destinatario è sicuramente il giudice, ma anche l'imputato, il quale dovrebbe essere messo nelle condizioni di «conoscere lo strumento predittivo impiegato per la decisione al fine di» contestarne attendibilità e correttezza. I destinatari diretti delle predizioni decisorie sono, invece, l'imputato, il pubblico ministero e la persona offesa dal reato, i quali, avendo conoscenza di tali decisioni, possono organizzare e

³³³ Il tema della giustizia predittiva verrà sviluppato più ampiamente in seguito.

³³⁴ L. ALGERI - M. TORRE, *Aspetti definitivi*, cit., nota n. 11, p. 68.

³³⁵ Il processo penale statunitense si articola «in due fasi formalmente autonome e processualmente distinte». La prima, denominata *guilt fact-finding* è finalizzata «alla determinazione della responsabilità penale dell'imputato» e può concludersi «con un provvedimento (*verdict*) di condanna (*conviction*) o di assoluzione (*acquittal*).» La seconda prende, invece, il nome di *sentencing* ed «è destinata alla determinazione e commisurazione della pena sulla base della rilettura [...] delle caratteristiche del fatto storico di reato e della personalità del colpevole». Quest'ultima fase «si conclude con il provvedimento che irroga la pena concretamente applicabile al caso, il c.d. sentence» (S. CANNATA, *La commisurazione della pena nel sistema federale statunitense*, in *ADIR - L'altro diritto*, 2002).

³³⁶ L. ALGERI - M. TORRE, *Aspetti definitivi*, cit., p. 68.

impostare meglio le proprie strategie. Tuttavia, anche il giudice è coinvolto: egli diventa destinatario delle decisioni predittive nel momento in cui vi aderisce, permettendo così una realizzazione concreta delle stesse³³⁷.

Errori giudiziari, tecnologia applicata al diritto penale, *big data*, profilazione, strumenti predittivi: tutti argomenti che gravitano attorno ad un concetto ancora non nominato a chiare lettere, l'intelligenza artificiale. Una realtà del nostro tempo, con cui, volenti o nolenti, è necessario fare i conti.

Prima di approfondire ciò che già, almeno in parte, è stato anticipato in questo paragrafo che volge al termine, ovvero le aree di applicazione dell'I.A. nell'ambito del processo penale, è necessario definire il concetto di I.A. e ricostruire, anche solo per cenni, il suo percorso di nascita e di impiego nella nostra quotidianità.

4.2. Cos'è l'intelligenza artificiale: *can machines think?*

Il matematico, filosofo e crittografo britannico Alan Turing è stato il primo ad avere l'audacia di scommettere sulla facoltà di pensiero delle macchine.

Nel 1950, in un articolo apparso sulla rivista *Mind*, Turing descrive il suo esperimento, noto come *test di Turing* o *Imitation game*, avente lo scopo di determinare l'indistinguibilità di una macchina dall'uomo³³⁸.

A seguito di un «un interrogatorio esclusivamente testuale», qualora le risposte fornite dalla macchina, fossero risultate simili a quelle fornite da un essere umano, avrebbero dimostrato la sua intelligenza, senza la «necessità di introdurre valutazioni relative a un'eventuale coscienza»³³⁹.

L'espressione «intelligenza artificiale» compare per la prima volta sulla scena scientifica cinque anni più tardi, grazie al contributo di John McCarthy, durante un convegno per matematici svoltosi al Dartmouth College nel New

³³⁷ R.E. KOSTORIS, *Predizione decisoria, diversion processuale e archiviazione*, in *Sist. pen.*, pubblicato il 23 luglio 2021, p. 3.

³³⁸ A.M. TURING, *Computing, machinery and intelligence*, in *Mind*, 1950, p. 433 ss.

³³⁹ L. ALGERI - M. TORRE, *Aspetti definitivi*, cit., nota n. 13, p. 69.

Hampshire³⁴⁰. Tuttavia, per assistere a consistenti sviluppi in materia, si dovranno attendere gli anni Novanta con l'avvento dei processori grafici e delle cosiddette *graphic processing units*, capaci di elaborare velocemente dati e supportare procedure complesse.

Definire il concetto di I.A. non è cosa semplice, a motivo «della molteplicità di sfaccettature del modello e soprattutto in relazione all'estrema rapidità e plasticità con cui si evolve la tecnologia in esame»³⁴¹. Per tale ragione, sembra opportuno fare diretto riferimento alla «Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi»: adottato nel 2018 dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia (Cepej), questo documento definisce l'I.A. come «l'insieme di metodi scientifici, teorie e tecniche finalizzate a riprodurre mediante le macchine le capacità cognitive degli esseri umani»³⁴².

Trattandosi di un sistema ad «elevata capacità logico-computazionale», l'I.A. non solo ci permette di elaborare una grande quantità di dati in breve tempo, ma è lei stessa in grado di assumere decisioni autonome nei suoi più svariati campi di applicazione³⁴³. Ciò è possibile grazie all'utilizzo degli algoritmi: sequele finite di «istruzioni ripetibili e univoche», che indicano diverse combinazioni di azioni da compiere al fine di risolvere un problema; «comandi espressi con un linguaggio formale di programmazione in grado di essere compreso al calcolatore e tale da trasformare i dati in ingresso (*input*) in dati in uscita (*output*)»³⁴⁴.

Le definizioni appena riportate ci forniscono gli strumenti necessari ad introdurre l'argomento su cui verterà il presente capitolo, ovvero i rapporti tra I.A. e giustizia penale³⁴⁵, che si declinano essenzialmente in tre aspetti. Il primo riguarda

³⁴⁰ J. MC CARTHY - M.L. MINSKY - N. ROCHESTER - C.E. SHANON, *A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*, 1955.

³⁴¹ L. ALGERI - M. TORRE, *Aspetti definitivi*, cit., nota n. 13, p. 70.

³⁴² Commissione europea per l'efficienza della giustizia (Cepej), *Carta etica per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e nel loro ambiente*, p. 47.

³⁴³ L. ALGERI - M. TORRE, *Aspetti definitivi*, cit., p. 71.

³⁴⁴ L. ALGERI - M. TORRE, *Aspetti definitivi*, cit., nota n. 19, p. 71.

³⁴⁵ Sul tema, tra i molti, si segnalano i seguenti contributi dottrinali: C. CESARI, *L'impatto delle nuove tecnologie sulla giustizia penale - un orizzonte denso di incognite*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. V, fasc. n. 3, 2019, p. 1167 ss.; U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, Milano, 2020; C. BERIA DI ARGENTINE, *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Giuffrè, Milano, 2021; M. PISATI, *Indagini preliminari e intelligenza artificiale: efficienza e rischi per i diritti fondamentali*, in *Proc. pen. e Giust.*, fasc. n. 4,

la possibilità di riconoscere il soggetto artificiale come autore o vittima di un reato³⁴⁶, il secondo riguarda la cosiddetta giustizia predittiva, che può essere impiegata con il fine di prevedere un accadimento oppure per «valutare la pericolosità criminale di un soggetto» e quindi «la probabilità che costui commetta in futuro un (nuovo) reato».

Infine, l'aspetto che più si legherà alla riflessione circa la necessità di trovare un antidoto all'errore giudiziario: «i c.d. *automated decision systems*», che puntano alla sostituzione, «in tutto o in parte», delle decisioni del «giudice-uomo»³⁴⁷.

4.3. *Machina deliquere (et puniri) non potest? I.A. e responsabilità penale*

Il diritto penale, più di ogni altro settore dell'ordinamento giuridico, «appare disegnato per gli uomini», i quali unicamente sono in grado di delinquere, «scegliendo un male per la società». Essi, pertanto, sono gli unici a poter essere ragionevolmente puniti, «in segno di biasimo», per la loro condotta colpevole. La medesima considerazione deve essere fatta guardando al «lato passivo» del reato: solo gli uomini sono depositari di interessi giuridici di rilevanza tale «da poter essere presidiati da una minaccia di sanzione criminale in caso di loro provocato pregiudizio.» Solo gli uomini, appunto, non le macchine.

Parafrasando la formula che escludeva la responsabilità penale per la persona giuridica, la *societas*, si può sintetizzare con il brocardo *machina deliquere*

2020, p. 957 ss.; ID., *Intelligenza artificiale e nuovi scenari cooperativi nelle investigazioni online*, in A. GULLO - V. MILITELLO - T. RAFARACI, *I nuovi volti del sistema penale fra cooperazione pubblico-privato e meccanismi di integrazione fra hard law e soft law*, Giuffrè, Milano, 2021; G. UBERTIS, *Argomenti di procedura penale*, V ed., Giuffrè, Milano, 2021; ID., *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in AA.VV., *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 9 ss.; ID., *I criteri di ammissibilità probatoria*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. VII, fasc. n. 1, 2021, p. 189 ss.; AA.VV., *Diritto penale e intelligenza artificiale: "nuovi scenari"*, Giappichelli, Torino, 2022; L. PRESSACCO - G. DI PAOLO, *Intelligenza artificiale e processo penale: indagine, prove, giudizio*, Ed. Scient., Napoli, 2022; L. MALDONATO, *Algoritmi predittivi del rischio di recidiva: questioni problematiche e nuove prospettive*, in D. CASTRONUOVO - D. NEGRI, *Forme, riforme e valori per una giustizia penale futura*, Jovene, Napoli, 2023.

³⁴⁶ G. UBERTIS, *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in *Sist. pen.*, pubblicato l'11 novembre 2020, p. 9.

³⁴⁷ F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Dir. pen. e uomo*, 2019, p. 4.

(*et puniri*) non potest il «dogma inespresso», secondo cui i «soggetti artificiali di ogni genere non possono essere» ritenuti «direttamente responsabili» della commissione di reati.

Nel malaugurato caso in cui sia la macchina a commettere materialmente un fatto idoneo alla realizzazione di un illecito penale, si configurerebbe, piuttosto, quella che i penalisti sono soliti indicare come «*responsabilità vicaria* dell'uomo»: in tal caso, «la macchina è da considerarsi come un mero strumento nelle mani del vero autore» del reato, che la utilizza o la predispone a funzionare in base ai propri fini³⁴⁸.

La mancanza di una libera volontà «si riflette in una carenza ineliminabile di *colpevolezza*»: non ha senso, infatti, parlare di responsabilità giuridica o morale della macchina, essendo questa «priva di coscienza e di intenzionalità delle proprie azioni e quindi priva della capacità di determinarsi diversamente». Improprio è anche l'uso del termine «autonomia», a cui si preferisce quello di «automaticità»: la macchina non è in grado di «regolarsi da sé» o, meglio, di «essere regola a sé stessa», essa, piuttosto, si «muove da sola», ma non si governa. Anche l'autonomia, come la libertà, è un attributo esclusivamente umano³⁴⁹.

Il ruolo della responsabilità vicaria dell'uomo circa i reati commessi dai sistemi di I.A. viene messo profondamente in crisi nel momento in cui entrano in gioco gli elementi psicologici del reato, il dolo e la colpa. Minori criticità si riscontrano nella ricostruzione della responsabilità nell'ambito dei reati dolosi commessi dall'uomo per mezzo di una macchina: non si pensi tanto all'improbabile, benché affascinante, ipotesi in cui un soggetto disegni un robot al fine di commettere un delitto, si pensi piuttosto al caso in cui un soggetto reperisca sul mercato un mezzo robotico con lo specifico fine di delinquere. In casi come quest'ultimo, l'evidente tensione della condotta verso il risultato, in altre parole la volontà, elemento tipico del dolo, «fa prescindere in larga misura dal concreto svolgimento del percorso causale attivato, purché l'evento voluto si verifichi concretamente». Ciò accade solo nel momento in cui «i tratti assunti in concreto dall'evento rientrano nei limiti della sua descrizione astratta già presente *ex ante*

³⁴⁸ A. CAPPELLINI, *Machina delinquere non potest? Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale*, in *Discrimen*, pubblicato il 27 marzo 2019, p. 2 s.

³⁴⁹ A. CAPPELLINI, *Machina delinquere non potest?*, cit., p. 4 s.

nella mente» dell'autore. È chiaro che, in ipotesi come queste, un eventuale imprevedibile mutamento del comportamento della macchina si risolverebbe in un'*aberratio causae*, che, comunque, non esclude il dolo relativamente al fatto. Il dolo non è escluso neppure qualora si verifichi, relativamente al comportamento del sistema artificiale, una deviazione che comporti il non verificarsi dell'evento pur voluto dall'utilizzatore della macchina³⁵⁰.

Maggiori criticità emergono nell'area della colpa³⁵¹.

Sono diverse, in questo caso, le persone coinvolte e quindi «passibili di imputazione» di un fatto commesso materialmente dal soggetto artificiale. Si pensi, ad esempio, alle *self-driving cars*³⁵²: nel caso in cui la vettura sia dotata di comandi che permettano, in caso di emergenza, un intervento umano a distanza, potrebbero «residuare margini di responsabilità colposa del potenziale guidatore», qualora costui, avendo il dovere di farlo, non intervenga. Nel differente caso in cui, invece, si parli di automazione completa del mezzo e quindi di assenza di comandi d'emergenza, «l'impossibilità oggettiva di interventi umani», impedirebbe la contestazione della colpa dell'utilizzatore, «ridotto qui a mero passeggero».

Nei casi più estremi, per risalire ad «una figura umana che possa rispondere colposamente del fatto cagionato» dal mezzo dotato di I.A., «non resta [...] che rivolgere la propria attenzione alla programmazione, oppure all'assemblaggio della macchina», sempre che quest'ultima sia dotata di un corpo fisico. Si parlerebbe, in questo caso, di «responsabilità per *danno da prodotto*»³⁵³.

Tuttavia, le problematiche relative al riconoscimento di una responsabilità penale nel caso di un reato commesso da un soggetto artificiale non possono essere ricondotte unicamente all'identificazione di un colpevole, come le criticità esposte

³⁵⁰ A. CAPPELLINI, *Machina delinquere non potest?*, cit., p. 5 ss.

³⁵¹ Sul tema si segnala D. PERRONE, *La prognosi postuma tra distorsioni cognitive e software predittivi: Limiti e possibilità del ricorso alla 'giustizia digitale integrata' in sede di accertamento della colpa*, Giappichelli, Torino, 2021.

³⁵² Sull'argomento si segnalano: D.L. TOTARO, *Machine or Robot? Thoughts on the Legal Notion of Autonomy in the Context of Self-Driving Vehicles and Intelligent Machines*, in *European Business Law Review*, 2023; M. LANZI, *Self-driving cars e responsabilità penale: la gestione del rischio stradale nell'era dell'intelligenza artificiale*, Giappichelli, Torino, 2023.

³⁵³ A. CAPPELLINI, *Machina delinquere non potest?*, cit., p. 8 s. Sull'argomento e, in particolare, sull'applicazione dell'I.A. nell'ambito sanitario si veda: L.A. TERRIZZI, *Medical devices e diritto penale: profili di responsabilità del produttore e dell'utilizzatore*, Giuffrè, Milano, 2023; N. AMORE - E. ROSSERO, *Robotica e intelligenza artificiale nell'attività medica: organizzazione, autonomia, responsabilità: una ricerca sociologica e giuridico-penale*, Il Mulino, Bologna, 2023;

circa il profilo del dolo e, ancor più della colpa hanno reso evidente. È necessario riflettere anche su un altro fondamentale aspetto, la perdita di senso della funzione della pena. L'irrogazione di una pena nei confronti di un soggetto artificiale non svolgerebbe, infatti, nessuna delle classiche funzioni riconosciute alla sanzione penale; né quella retributiva, giacché una macchina è del tutto insuscettibile di un rimprovero colpevole; né quella rieducativa, di carattere special preventivo, essendo la macchina incapace di comprendere il disvalore della propria azione; né quella riguardante la prevenzione generale, data l'incapacità per i soggetti artificiali di provare timore o paura nei confronti dell'ordinamento³⁵⁴.

5. Algoritmi predittivi: *policing* e *sentencing*

A definire il concetto della giustizia predittiva³⁵⁵, ovvero quel fenomeno che si manifesta nella prevedibilità di eventi delittuosi futuri, viene un'altra volta in aiuto la Commissione europea, la quale, sempre all'interno della «Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi», definisce la giustizia predittiva come «l'analisi di una grande quantità di decisioni giudiziarie mediante tecnologie di intelligenza artificiale al fine di formulare previsioni sull'esito di alcune tipologie di controversie specialistiche».

La Carta aggiunge, inoltre, che «le decisioni giudiziarie sono trattate al fine di scoprire correlazioni tra i dati in ingresso (criteri previsti dalla legge, fatti oggetto della causa, motivazione) e i dati in uscita (decisione formale relativa, per esempio, all'importo del risarcimento)»³⁵⁶.

La giustizia predittiva trova applicazione laddove il decisore è chiamato a «svolgere un vaglio prognostico sulla futura condotta di un individuo o sulla sua pericolosità sociale», al fine di decidere in merito all'applicazione della pena, delle

³⁵⁴ A. CAPPELLINI, *Machina delinquere non potest?*, cit., p. 15 s.

³⁵⁵ Sull'argomento, tra i molti contributi, si segnalano: E. RULLI, *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi?*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, Vol. XXXIII, fasc. n. 2, 2018, p. 533 ss.; E. BATTELLI, *La decisión robótica: algoritmos, interpretación y justicia predictiva*, in *Revista de Derecho Privado*, Vol. XL, 2021, p. 45 ss.; M. BARBERIS, *Giustizia predittiva: ausiliare e sostitutiva. Un approccio evolutivo*, in *Milan Law Review*, Vol. III, fasc. n. 2, 2022; G. BARONE, *Giustizia predittiva e certezza del diritto*, Pacini Giuridica, Ospedaletto, 2024.

³⁵⁶ Commissione europea per l'efficienza della giustizia (Cepej), *Carta etica per l'uso dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 47.

misure di sicurezza, delle misure cautelari o delle misure di prevenzione, nonché al fine «di concedere la sospensione condizionale della pena o una misura alternativa alla detenzione», oppure ancora al fine di prevedere la commissione di un ulteriore reato³⁵⁷.

Si tratta di uno strumento particolarmente invasivo della sfera personale del singolo cittadino, il cui utilizzo presuppone una costante e profonda valutazione circa i suoi rischi e i suoi benefici, ma soprattutto un avveduto bilanciamento dei beni giuridici in gioco.

Di seguito vengono illustrati i due principali ambiti della giustizia penale in cui vengono impiegati gli algoritmi predittivi: la fase di *policing* e quella di *sentencing*.

5.1. *Predictive policing*

La prevedibilità dei reati è il primo scopo della giustizia predittiva, ragion per cui si pensa all'applicazione dei sistemi di I.A. già in sede investigativa, prima ancora che in sede processuale: l'impiego di algoritmi durante la fase delle indagini prende il nome di attività di polizia predittiva³⁵⁸. Con essa s'intende «l'insieme delle attività rivolte allo studio e all'applicazione di metodi statistici con l'obiettivo di “predire” chi potrà commettere un reato, o dove e quando potrà essere commesso un reato, al fine di prevenire la commissione dei reati stessi»³⁵⁹.

Lo sviluppo sempre più rapido di tecniche preordinate alla previsione del crimine³⁶⁰, così come di programmi finalizzati all'elaborazione di «profili criminali individuali», ottenuti mediante l'incrocio di informazioni provenienti da diverse fonti (ad esempio, di videosorveglianza, banche dati, etc.), si concretizza nell'elaborazione di veri e propri «*software* di polizia predittiva», che possono

³⁵⁷ M. MONTAGNA, *Prognosi personologica, commisurazione della pena e applicazione di misure di sicurezza*, in G. M. BACCARI - P. FELICIONI, *La decisione penale*, cit., p. 227 s.

³⁵⁸ L. ALGERI - M. TORRE, *Aspetti definitivi*, cit., p. 87.

³⁵⁹ F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, cit. p. 10.

³⁶⁰ Sul tema si segnalano: B. BERND, *Predictive Policing*, in *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, Vol. XCIX, fasc. n. 2, 2016, p. 85 ss.; J. MCDANIEL - K. PEASE, *Predictive policing and artificial intelligence*, Routledge, New York, 2021; S. EGBERT - M. LEESE, *Criminal Futures. Predictive Policing and Everyday Police Work*, Routledge, New York, 2021.

essere divisi in due categorie³⁶¹: quelli programmati al fine di individuare i luoghi (*hot spots*) che potrebbero costituire lo scenario di un reato futuro e quelli che, «ispirandosi invece all'idea del *crime linking*, seguono le serialità criminali di determinati soggetti» e prevedono il luogo e il momento in cui costoro potrebbero tornare a delinquere. È doveroso precisare che, attualmente, tali sistemi sono in grado di fornire previsioni limitatamente a «determinate categorie di reati (ad esempio, reati attinenti alla criminalità da strada, come rapine e spaccio di stupefacenti), e non in via generalizzata per tutti i reati»³⁶².

Esempio di *hotspot software* è il *Risk Terrain Modeling (RTM)*: un algoritmo capace di rielaborare enormi quantità di dati riguardanti «i fattori ambientali e spaziali favorevoli la criminalità» (ad esempio, la prossimità di locali notturni, di sportelli bancomat, di stazioni ferroviarie, la scarsità di illuminazione in un tratto stradale, etc.) e quindi di «consentire la predizione della commissione di reati di spaccio di sostanze stupefacenti in determinate aree urbane». Ciò permette l'elaborazione di «una vera e propria “mappatura” di alcune grandi aree metropolitane al fine di individuare le “zone calde” dove più elevato risulta il rischio di spaccio di sostanze stupefacenti, con conseguenti benefici in termini di programmazione e attuazione di interventi di prevenzione della delinquenza connessa allo spaccio»³⁶³.

Sono, invece, esempi di *software* appartenenti alla seconda categoria il *Keycrime*, «originariamente elaborato presso la Questura di Milano, e poi divenuto di proprietà di un'azienda privata»; il *Precobs* in Germania e il *Hart - Harm Assessment Risk Tool* in Inghilterra.

Questi *software* sono ideati sul presupposto «che alcune forme di criminalità si manifesterebbero in un arco temporale e in una zona geografica molto circoscritti [...]: ad esempio, la commissione di una rapina sembrerebbe essere associata ad un elevato rischio di commissione di una nuova rapina, da parte degli stessi autori e in una zona geografica assai prossima al luogo del primo delitto, entro le successive 48 ore e, sia pur con un tasso di rischio decrescente, fino a tutto il mese successivo»³⁶⁴.

³⁶¹ L. ALGERI - M. TORRE, *Aspetti definitivi*, cit., p. 88.

³⁶² F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, cit. p. 11.

³⁶³ *IBID.*

³⁶⁴ F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, cit. p. 12.

Gli algoritmi di polizia predittiva rappresentano, senza dubbio, uno strumento dalle grandi potenzialità finalizzato al supporto della prevenzione dei reati³⁶⁵.

Tuttavia, come reso evidente negli esempi riportati, questi sistemi che si avvalgono dell'I.A., attraverso un'incisiva e pervasiva attività di elaborazione dei dati e monitoraggio dell'ambiente, si pongono inevitabilmente in conflitto con alcuni tra i diritti fondamentali dell'individuo. È il caso del diritto alla riservatezza minacciato dai sistemi di sorveglianza generalizzata, che chiama in causa l'art. 8 CDFUE, secondo cui, al primo comma, «ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano». Ad ulteriore tutela di questo diritto, è stato, infatti, emanato il D.P.R. n. 15 del 2018, che regola il «trattamento dei dati personali da parte delle forze di polizia nell'esercizio dei compiti di prevenzione dei reati, tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, nonché di polizia giudiziaria»³⁶⁶.

L'esigenza di impiegare sistemi così altamente invasivi della sfera personale di ciascun cittadino deve necessariamente avere come contrappeso la ricerca di «un giusto equilibrio [...] tra accertamento del fatto e tutela delle garanzie individuali». Ciò in ossequio ai principî cardine del nostro ordinamento penale, tra cui spicca il principio di proporzionalità³⁶⁷.

Certo l'impiego di questi sistemi di prevenzione può soddisfare in termini di risultati, ma non certo in termini di metodi.

Giunti a questo stato di evoluzione degli strumenti tecnologici, è il caso di tornare a domandarsi quale sia lo scopo del diritto penale: quello di punire? Quello di intercettare una condotta criminosa prima che venga compiuta? Oppure quello di diffondere nella collettività i principî della legalità?

Escludere o ignorare il ruolo pedagogico del diritto penale significa rifiutare *a priori* la speranza di un recupero per la società. Come se la medicina si arrendesse di fronte ai primi sintomi di un morbo, considerando fin da subito il paziente inguaribile e somministrando allo stesso cure palliative.

³⁶⁵ L. ALGERI - M. TORRE, *Aspetti definitivi*, cit., p. 96.

³⁶⁶ L. ALGERI - M. TORRE, *Aspetti definitivi*, cit., p. 93.

³⁶⁷ L. ALGERI - M. TORRE, *Aspetti definitivi*, cit., p. 97.

Pensare ad un *software* che individui le condizioni in cui un ipotetico reato potrebbe essere commesso ha certamente una sua utilità, ma, in fondo, non dice nulla di nuovo sulle condizioni favorevoli al fiorire e al dilagare della criminalità.

La giustizia predittiva è figlia di un diritto penale capitolato, che ha perso l'orientamento e vaga nel disperato tentativo di mantenere la sua credibilità nonostante i fallimenti.

Di questo si tratta, infatti, del fallimento di uno scopo, di un diritto penale che non riesce ad educare perché ha smesso di investire sulla ricerca delle ragioni che conducono alla delinquenza.

Non esiste un algoritmo che possa prevedere la decisione di delinquere, eppure è proprio lì che il diritto penale dovrebbe intervenire, nel far comprendere il disvalore di una scelta criminosa, non nell'anticipare la commissione di una condotta.

In sintesi, una giustizia penale che funzioni non necessita di essere predittiva nei termini in cui oggi si intende. Se l'I.A. potesse contribuire allo sviluppo e alla diffusione di politiche di prevenzione primaria si avrebbe allora una cooperazione vincente tra diritto e tecnologia, ma, così restando le cose, ad ogni progresso dell'informatica corrisponde nient'altro che il retrocedere della norma penale intesa come presidio di valori sociali ed umani.

5.2. Segue. I.A. e *sentencing*: il *software* COMPAS e il caso Eric Loomis

Descritte le modalità di impiego dell'I.A. nelle fasi ancora precedenti l'inizio del procedimento penale, è il momento di proiettarsi al capo opposto, al termine dell'iter processuale, che si conclude con la pronuncia della sentenza da parte del giudice.

Gli Stati Uniti d'America sono tra i primi paesi al mondo ad aver affidato le valutazioni prognostiche in materia di pericolosità criminale ad algoritmi predittivi, i cosiddetti *risk assessment tools*³⁶⁸. Si tratta di strumenti capaci di calcolare il rischio di fuga di un soggetto, nonché la probabilità che commetta nuovi reati,

³⁶⁸ Sull'argomento si segnala L. MALDONATO, *Risk and need assessment tools e riforma del sistema sanzionatorio: strategie collaborative e nuove prospettive*, in L. PRESSACCO - G. DI PAOLO, *Intelligenza artificiale e processo penale*, cit.

attraverso dispositivi di I.A. che permettono l'analisi di un'enorme quantità di dati e, grazie alla loro rielaborazione, l'individuazione di elementi ricorrenti. I *tools* possono essere «predisposti direttamente o indirettamente dai governi statali», oppure, «elaborati da aziende private». Al primo gruppo appartiene l'algoritmo VCSC, creato nel 1994 dallo stato Virginia, più precisamente dalla *Virginia Criminal Sentencing Commission*, con finalità di applicazione nella fase di *sentencing*. Di creazione privata è, invece, COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), uno tra gli algoritmi predittivi maggiormente utilizzato negli Stati Uniti³⁶⁹. Elaborato dalla società privata *Northpointe*, ridenominata dal 2017 con il nome *Equivant*, il *software* è in grado di valutare il rischio statico e non dinamico³⁷⁰ di recidiva.

Sulla base dei risultati ottenuti sottoponendo al reo un questionario composto da 137 domande suddivise in cinque macro-aree («*criminal involvement, relationship/lifestyle, personality/attitudes, family and social exclusion*»³⁷¹), COMPAS «attribuisce allo stesso uno *score*, un punteggio che esprime il rischio di ricaduta nella commissione di reati»³⁷².

Il sistema si limita a segnalare il fenomeno della recidiva, senza fornire spiegazioni a riguardo, valuta i fattori di rischio e le prospettive teoriche, analizzando molteplici dati.

Tutte le informazioni elaborate dal sistema vengono fornite direttamente dall'imputato, oppure attinte dal certificato del casellario; una volta raccolte, esse verranno «elaborate attraverso un modello computazionale che prenderà in considerazione dati statistici di riferimento estratti da un campione di popolazione»³⁷³.

Uno tra i più noti casi in cui una Corte degli Stati Uniti, precisamente quella del Wisconsin, si è avvalsa dell'utilizzo di un algoritmo predittivo, nella fattispecie

³⁶⁹ M. MONTAGNA, *Prognosi personologica*, cit., p. 235.

³⁷⁰ I fattori di rischio ritenuti determinanti ai fini della valutazione prognostica della recidiva si dividono in: fattori che non mutano nel tempo (statici) e fattori che, al contrario, nel tempo sono soggetti a mutamenti (dinamici). Secondo le statistiche, sono questi ultimi ad incidere particolarmente sul rischio di recidiva, ragion per cui vengono spesso indicati come «bisogni criminogeni». Cfr. *supra*, p. 96.

³⁷¹ D. KEHL - P. GUO - S. KESSLER, *Algorithms in the Criminal Justice System*, in *Berkman Klein Center for Internet & Society, Harvard Law School*, 2017, p. 11.

³⁷² L. MALDONATO, *Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice: una nuova sfida per la giustizia penale*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. n. 2, 2019, p. 404.

³⁷³ M. MONTAGNA, *Prognosi personologica*, cit., p. 236.

il *software* COMPAS, è quello che vede protagonista Eric Loomis, chiamato, nel 2013, a rispondere di ricettazione e resistenza a pubblico ufficiale³⁷⁴.

Nella fase precedente l'udienza di *sentencing* veniva prodotto un *report* contenente informazioni sull'imputato, tra cui una valutazione del rischio di recidiva formulata da COMPAS, che, si ricordi, è un algoritmo di proprietà privata e, pertanto, coperto dal *trade secret*.

Alla Corte era stato, infatti, «fornito il nudo dato matematico espressivo del rischio di recidiva, senza alcuna delucidazione circa i meccanismi di funzionamento del software»³⁷⁵.

Sulla base delle informazioni raccolte e dei risultati prodotti da COMPAS, Eric Loomis viene condannato a sei anni di reclusione e cinque anni di *extended supervision*³⁷⁶. Loomis solleva una mozione, lamentando una violazione dei principî del giusto processo: egli asserisce, infatti, di essere stato giudicato sulla base di «informazioni rilevanti solo per gruppi specifici, con un meccanismo di funzionamento che non poteva essere controllato in alcun modo dalle difese». Nel 2016, la Corte Suprema del Wisconsin, pronunciatisi sul ricorso, dichiarerà, «all'unanimità, la legittimità dell'uso giudiziario di algoritmi che misurano il rischio di recidiva specificando, tuttavia, che lo strumento non può essere l'unico elemento su cui si fonda una pronuncia di condanna»³⁷⁷.

La vicenda appena esposta mette in luce le più significative problematicità connesse all'utilizzo degli algoritmi predittivi nella fase di *sentencing*, ovvero nella fase di applicazione e commisurazione della pena e delle misure di sicurezza.

I profili di maggiore criticità riguardano «la tecnica di costruzione del software, che si presta a riprodurre le discriminazioni verso le minoranze etniche anche nei punteggi emessi all'esito del calcolo», il «difetto di trasparenza dello stesso», il «potenziale condizionamento che un software può esercitare nei confronti dell'organo giudicante» ed, infine, il «deficit di controllabilità di un sistema coperto da diritto d'autore»³⁷⁸.

³⁷⁴ *State v. Loomis*, 881 N.W. 2d 749 (Wis. 2016).

³⁷⁵ L. MALDONATO, *Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice*, cit., p. 404.

³⁷⁶ Lo stato del Wisconsin prevede che il giudice, in aggiunta all'applicazione di una pena detentiva, possa applicare la misura della supervisione estesa, che consiste nel sottoporre il condannato, una volta scontata la pena, ad un periodo di osservazione da parte del dipartimento penitenziario.

³⁷⁷ L. MALDONATO, *Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice*, cit., p. 404.

³⁷⁸ *IBID.*

Le principali problematiche connesse all'utilizzo dei *software* predittivi sembrano, dunque, riguardare la figura del programmatore, ovvero di colui che individua i dati da raccogliere e le fonti da cui attingere le informazioni e li raggruppa nei così detti *data-set*, pacchetti di dati che hanno il compito di «definire la domanda» e «porla all'algoritmo in termini misurabili»³⁷⁹.

Tali dati, come è evidente, non hanno natura oggettiva, bensì sono creazioni dell'uomo: sono gli uomini a dare voce ai numeri, a trarne inferenze e a definirne il significato attraverso l'interpretazione. Questo fatto è già di per sé idoneo a predeterminare l'esito del giudizio predittivo e rappresenta un considerevole pregiudizio nascosto nelle fasi di raccolta e di analisi delle informazioni³⁸⁰.

Le criticità sull'uso degli algoritmi si manifestano, perciò, sia sotto il profilo dell'affidabilità, sia sotto il profilo della controllabilità: essi non solo sono affetti da fallacie cognitive (*bias*), che si presentano sia nel momento della creazione dello strumento, sia in quello del suo concreto operare, ma, a causa dell'«ontologica inaccessibilità del meccanismo» del loro funzionamento, non permettono prove circa la scientificità del loro metodo e quindi la loro attendibilità³⁸¹.

Il rischio che il giudice si lasci attrarre dall'apparente infallibilità di un metodo così efficiente come quello appena descritto è molto alto. Egli potrebbe non considerare la «debolezza esplicativa» dell'algoritmo e lasciarsi così persuadere dal «suo manto di oggettività, che lo avvicina, nel suo aspetto esteriore, ad una prova scientifica»³⁸². La tecnologia può, dunque, ingannare al pari delle emozioni e suggestionare il comportamento di chi è chiamato a giudicare non meno di una narrazione potente e ben strutturata. In entrambi i casi il giudice deve riconoscere che la propria decisione è frutto di influenza, come, del resto, è inevitabile che sia. Nessuna scelta è immune dalle influenze esterne a colui che la opera, neppure il giudizio penale.

³⁷⁹ L. MALDONATO, *Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice*, cit., p. 405.

³⁸⁰ «Data and data sets are not objective; they are creations of human design. We give numbers their voice, draw inferences from them, and define their meaning through our interpretations. Hidden biases in both the collection and analysis stages present considerable risks, and are as important to the big-data equation as the numbers themselves» (K. CRAWFORD, *The Hidden Biases in Big Data*, in *Harvard business review*, pubblicato il 1° aprile 2013). Sul punto anche J.M. EAGLIN, *Constructing recidivism risk*, in *Emory Law Journal*, Vol. LXVII, fasc. n. 1, 2017 p. 72.

³⁸¹ L. MALDONATO, *Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice*, cit., p. 408.

³⁸² L. MALDONATO, *Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice*, cit., p. 410.

6. Alcune considerazioni conclusive

L'ingresso dell'I.A. nella sfera del diritto porta con sé i segni di un chiaro «mutamento di paradigma», se non, addirittura, di una vera e propria «rivoluzione epistemologica», alla quale si accompagna un'inevitabile «frattura antropologica», resa ancora più evidente dalla prospettiva della giustizia penale³⁸³.

Il diritto penale è, per sua natura, «pensato ed edificato sull'uomo, sul rimprovero personale e colpevole»; esso si fonda sulla «responsabilità» e sulla «rimproverabilità» di una determinata condotta umana, in termini di azione od omissione.

Parimenti, il processo penale chiama in causa un *altro* uomo, diverso da colui che ha commesso il fatto oggetto del giudizio, ma costituito dalla medesima sostanza umana, alla cui «capacità di comprensione e valutazione» l'ordinamento affida l'«esercizio di un potere discrezionale», che egli «esercita nel crepuscolo del dubbio»³⁸⁴. Un dubbio, per definizione, ragionevole, come ragionevole ed equo deva mantenersi l'atteggiamento del giudice nei confronti della vicenda oggetto del giudizio e delle parti coinvolte.

Discrezionalità, come già si è detto, non significa affatto libero arbitrio.

I confini di questo potere sono tracciati secondo un «itinerario di razionalità, che [...], anche nel suo segmento più fluido – l'interpretazione – deve essere sempre sorretto da un “fondamento ermeneutico controllabile”». Fondamentale «strumento di controllo critico» della discrezionalità (a tutti gli effetti vincolata) è l'istituto della motivazione, che, ripercorrendo dettagliatamente il percorso che ha condotto il giudice alla sua decisione, diventa prova della scrupolosa applicazione dei criteri contenuti dal codice penale ai fini della commisurazione della pena, della gravità dell'illecito o della pericolosità sociale (artt. 132, 133 c.p.) oltre che fulcro argomentativo della sentenza³⁸⁵.

Il sistema penale, considerato sia in termini sostanziali che procedurali, è, dunque, una materia antropocentrica ad alto, se non esclusivo, contenuto «personologico», elaborato per l'essere umano e a lui consegnato come strumento

³⁸³ V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale*, cit., p. 547.

³⁸⁴ V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale*, cit., p. 547 s.

³⁸⁵ V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale*, cit., p. 548.

per reagire agli squilibri e alle incongruenze tra società e potere. Detto in altra maniera, un mezzo per contrastare alla rottura del patto sociale.

Un sistema *umano*, quindi «*fallibile*, ma pur sempre *controllabile*».

Ma a quale controllo sottoporre questo sistema? La risposta fornita dal progresso suggerisce una cooperazione tra controllo umano e controllo artificiale.

Tuttavia, è lecito chiedersi: chi (o cosa) controllerà questo controllo? *Quis custodiet ipsos custodes?* Chi ne delimiterà i confini? La risposta implica, come spesso accade, un compromesso: assicurare o, quantomeno, ricercare, «il giusto equilibrio tra la dimensione digitale e quella umana, evitando conflitti tra queste due componenti, che dovrebbero invece agire sinergicamente, all'interno di una solida visione antropocentrica»³⁸⁶.

I rischi connessi ad uno sbilanciamento verso il versante *artificiale* e, quindi, ad un'eccessiva pervasività dei sistemi tecnologici nei processi di decisione dell'uomo (giudice compreso) sono molteplici e difficilmente evitabili, se non si viene *educati* ad esserne consapevoli.

La prima conseguenza di un uso «inconsapevole» della così detta «tecnologia intelligente» è l'accettazione dei suoi risultati, considerati alla stregua di veri e propri *oracoli*³⁸⁷. Al contrario, una costante e assidua messa in discussione di tali risultati sarebbe, invece, sintomo di un uso «consapevole» degli strumenti artificiali, che, al pari di qualsiasi altro strumento utile alle indagini, deve, prima dell'applicazione, essere ampiamente saggiato dal giudicante³⁸⁸.

Le perplessità circa l'impiego dell'I.A. nei procedimenti penali è dovuta anzitutto ad una scarsa conoscibilità dei suoi meccanismi non solo da parte degli utilizzatori degli algoritmi, ma anche e soprattutto da parte dei destinatari dei provvedimenti, e al timore che venga a crearsi un profondo *vulnus* nella sfera giuridica del diritto di difesa previsto dalla Costituzione all'art. 24³⁸⁹.

³⁸⁶ P.P. PAULESU, *Intelligenza artificiale e giustizia penale. Una lettura attraverso i principi*, in *Arch. pen.*, fasc. n. 1, 2022, p. 5.

³⁸⁷ Cfr. V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale*, cit.

³⁸⁸ G. MAZZA - S. TOGNAZZI, *La valutazione della pericolosità ante e post delictum*, in G. M. BACCARI - P. FELICIONI, *La decisione penale*, cit., p. 218.

³⁸⁹ G. MAZZA - S. TOGNAZZI, *La valutazione della pericolosità*, cit., p. 218 s.

Un ulteriore rischio, «conseguenza diretta dell'accettazione del risultato intelligente» si manifesta con «la potenziale deresponsabilizzazione del giudice nell'attività decisoria»³⁹⁰: una «distorsione» ancora più incisiva nel momento in cui la decisione assume carattere definitivo e diventi, pertanto, «suscettibile di esecuzione». Effetto collaterale di questa deresponsabilizzazione è la compromissione del rapporto di fiducia tra i poteri dello Stato e i cittadini³⁹¹, che potrebbero vedere minacciati, oltre al proprio diritto alla difesa anche altri diritti e principî riconosciuti e tutelati dal nostro ordinamento, come il contraddittorio e il diritto alla riservatezza.

Altri due evidenti rischi riguardano gli effetti di un «uso inconsapevole» dell'I.A sull'imparzialità del giudice e sul suo libero convincimento.

Quanto al primo aspetto, l'impatto della tecnologia sulla garanzia processuale dell'imparzialità, che insieme alla terzietà e all'indipendenza definisce la posizione del giudice rispetto alle parti e ai poteri dello Stato, nel tentativo di ridurre al minimo l'errore giudiziario, potrebbe condurre ad «un'eccessiva astrazione» del giudicante dal contesto del giudizio, convertendolo in un estraneo spettatore.

A motivo di ciò, a salvaguardia di un'imparzialità che non sfoci in un'asettica estraneità, così come a garanzia del rispetto degli altri diritti e principî connessi allo svolgimento del processo, ci si auspica intervenga sempre quello che la dottrina ha identificato come il «controllo umano significativo»³⁹², elemento necessario ai fini di arginare il rischio dello «*shifting* di responsabilità dall'uomo alla macchina»³⁹³ e di evitare decisioni automatiche.

Quanto al secondo aspetto, infine, le insidie sembrano nascondersi dietro l'influsso della «prova a genesi algoritmica» che minaccia «l'impregiudicatezza e la libertà di convincimento» del giudice, che, per un eccesso di fiducia nella tecnologia, al pari di quanto accade con la scienza, potrebbe rifiutarsi di «procedere ad un vaglio critico della bontà euristica della prova automatizzata», dando vita ad

³⁹⁰ Sul punto anche P.P. PAULESU, *Intelligenza artificiale e giustizia penale*, cit., p. 3, che parla di «appiattimento sul cogito artificiale di chi amministra la giustizia penale».

³⁹¹ G. MAZZA - S. TOGNAZZI, *La valutazione della pericolosità*, cit., p. 219.

³⁹² Cfr. G. UBERTIS, *Intelligenza artificiale*, cit.

³⁹³ G. MAZZA - S. TOGNAZZI, *La valutazione della pericolosità*, cit., p. 220.

una vera e propria «distorsione accertativa», nota in letteratura con il nome di *automation bias*³⁹⁴.

L'incombere di tutti questi pericoli relativi all'uso dei sistemi informatici nel processo ci porterebbe, d'istinto, ad un drastico rifiuto dell'applicazione dell'I.A. nella giustizia penale, dal momento che i *contra* sembrano decisamente abbondare rispetto ai *pro*.

Tuttavia, un diritto penale che ignora il progresso è un diritto penale destinato a rimanere prigioniero della propria ombra e incapace di rimanere fedele alla sua missione di strenuo difensore dei beni giuridici, che non ammette ritardi nell'adozione di misure finalizzate alla loro tutela.

Con il legittimo proposito di indurre l'avanzamento tecnologico ad inchinarsi docilmente alle logiche del diritto, prima che accada irrimediabilmente il contrario, è lecito pretendere dalle fonti artificiali l'introduzione di «elementi da valutare» piuttosto che di «elementi di valutazione», affinché si realizzi quella fondamentale «sinergia antropocentrica», che valorizza «la capacità motivazionale dell'essere umano in termini di “ragionevolezza”»³⁹⁵.

³⁹⁴ G.M. BACCARI - G. PECCHIOLI, *I.A. e giudizio sul fatto: gli strumenti di e-evidence per la cognizione*, in G. M. BACCARI - P. FELICIONI, *La decisione penale*, cit., p. 162 s.

³⁹⁵ G. MAZZA - S. TOGNAZZI, *La valutazione della pericolosità*, cit., p. 221 s.

Capitolo III

IL GIUDICE POETA SECONDO MARTHA NUSSBAUM

«In quella stanza magica le più complicate questioni sociali venivano computate, trasformate in totali esatti e risolte, se solo coloro cui dette questioni interessavano avessero potuto saperlo. Come se si costruisse un osservatorio senza finestre e un astronomo volesse ordinare là dentro l'universo stellato solo con penna, carta e calamaio, così Gradgrind nel suo osservatorio privato (e ve ne sono molti del genere) non aveva bisogno di gettare un'occhiata alla miriade di esseri umani che gli brulicava attorno, ma regolava i loro destini su una lavagna e cancellava tutte le loro lacrime con un sudicio pezzo di spugna»³⁹⁶.

C. DICKENS

1. Premessa

Dopo aver affrontato numerose tematiche relative al giudizio penale, è tempo di dedicarsi alla figura di colui che è chiamato ad esprimere tale giudizio, l'individuo dalle cui capacità e competenze dipende il risultato del procedimento e che ha il compito di dare forma al suo «prodotto finale», ovvero la sentenza.

Nei seguenti paragrafi si avrà cura di sottolineare la dimensione *umana* della funzione giudicante, grazie all'analisi del pensiero di Martha Nussbaum, filosofa statunitense che, nel corso della sua vita, si è occupata di diversi temi, tra cui il multiculturalismo, l'etica della giustizia e il contributo delle emozioni nei processi decisivi umani³⁹⁷.

³⁹⁶ C. DICKENS, *Hard Times: For These Times* (1854), trad. it. di B. Tasso, *Tempi difficili*, BUR, 2019, p. 118.

³⁹⁷ Tra le principali opere dell'autrice si ricordano: M.C. NUSSBAUM, *The Fragility of Goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986; ID., *The*

Questa ricerca nasce, infatti, proprio dalla curiosità di scoprire quale riflessione si celi dietro il titolo di un volume pubblicato dalla filosofa nel 1995³⁹⁸, ovvero quale concetto di giustizia sottenda l'espressione «giustizia poetica» e soprattutto quali caratteristiche contraddistinguano la figura del *giudice poeta*, colui che Walt Whitman definisce come «l'arbitro del diverso», come colui che giudica al pari del «sole che piove intorno a un oggetto inerte»³⁹⁹.

Fuor di metafora, i versi di Whitman sollecitano il giudice ad adattarsi completamente alle peculiarità del giudizio, egli, infatti, deve prestare *attenzione* ad ogni minimo *particolare* della vicenda e, nei limiti di quanto può essere narrato e ricostruito durante il processo, alla *storia* dei suoi protagonisti.

Oggetto di approfondimento saranno poi l'*immaginazione letteraria* e la figura dello *spettatore imparziale*, due nozioni teorizzate da Adam Smith ne *La teoria dei sentimenti morali* e adattate da Nussbaum al nostro tempo e al suo ideale di *giustizia poetica*.

La filosofa identifica in questi due concetti i perni del ragionamento giudiziario.

Mentre l'*immaginazione letteraria*, da mantenere in costante allenamento, rappresenta quell'attitudine fondamentale del giudice a diffidare delle conclusioni più ovvie e quindi ad *immaginare* la realtà sempre più complessa di come appare, lo *spettatore imparziale* definisce la posizione che il giudice deve assumere rispetto alla vicenda oggetto del giudizio: un'*equidistanza* prossima alle parti.

Entrambi questi due atteggiamenti possono essere sviluppati mantenendo viva la relazione tra diritto e scienze umane.

Therapy of Desire: Theory and Practice in Hellenistic Ethics, Princeton University Press, Princeton, 1994; ID., *Cultivating Humanity: A Classical Defense of Reform in Liberal Education*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1997; ID., *Sex and Social Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1998; ID., *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000; ID., *Upheavals of Thought: The Intelligence of Emotions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001; ID. - C. SUNSTEIN, *Animal Rights: Current Debates and New Directions*, Oxford University Press, Oxford, 2004; ID., *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2006; ID., *Not for profit. Why the Democracy Needs the Humanities*, Princeton University Press, Princeton, 2010; ID., *Creating Capabilities. The Human development Approach*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2011; ID., *Justice for Animals: Our Collective Responsibility*, Simon & Schuster, New York, 2023.

³⁹⁸ M.C. NUSSBAUM, *Poetic justice. The Literary Imagination and Public Life*, Beacon Press, Boston, 1995.

³⁹⁹ W. WHITMAN, *Leaves of Grass* (1855-1892), trad. it. di E. Giachino, *Foglie d'erba*, Einaudi, Torino, 1993, p. 436 s.

Particolare rilievo si riconosce alla *letteratura* e alla sua capacità di analizzare e rappresentare la complessità umana attraverso l'accurata descrizione dei personaggi e dei loro vissuti. Nessuno strumento, infatti, al pari della *narrazione* è in grado di condurre alla percezione dell'*universale* partendo dalla descrizione di del *particolare*.

Gli ultimi paragrafi saranno, infine, dedicati all'illustrazione di alcuni casi pratici, ovvero di situazioni concrete in cui sono stati impiegati i suddetti principi della *giustizia poetica*.

Casi giurisprudenziali in cui, prima ancora di vedere all'opera il *giudice poeta*, si avverte, fin dai primi momenti della narrazione del fatto, l'esigenza di interpretare la realtà descritta per mezzo di «filtri» capaci di metterne in luce i profili umani prima di quelli giuridici.

Si concluderà, a partire dall'analisi di una recente vicenda giudiziaria, con una riflessione sulla necessità di dare vita, anche grazie alle pronunce dei giudici, ad un paradigma alternativo a quello della giustizia retributiva.

Un modello che concepisca la pena non solo come una risposta afflittiva al reato, ma, come per altro prevede la Costituzione, come uno strumento riparativo, capace di *ristorare* concretamente la vittima e riabilitare effettivamente il reo.

2. Il giudizio: un dramma umano *particolare*

In un articolo dal titolo *Torniamo al "giudizio"*⁴⁰⁰, Francesco Carnelutti invita a riflettere sulle peculiari caratteristiche della decisione giurisdizionale e sulla «sua irriducibilità alla questione del processo». In particolare, il celebre giurista «esorta ad interrogarsi sulla facoltà di giudicare in senso generale», affermando che, ciò che il giurista è chiamato a conoscere in sede di giudizio non è «un preparato logico», bensì un vero e proprio *dramma*⁴⁰¹. Questo termine, il cui uso è ampiamente diffuso nella nostra quotidianità, indica, nella sua lingua originale,

⁴⁰⁰ F. CARNELUTTI, *Torniamo al "giudizio"*, in *Riv. di Dir. Proc.*, fasc. n. 3, Cedam, Padova, 1949, p. 167 ss.

⁴⁰¹ A. LO GIUDICE, *Il dramma del giudizio*, Mimesis, Milano, 2023, p. 9 s.

l'azione di un personaggio sulla scena⁴⁰², che riproduce «conflitti sociali, politici, morali, familiari e sentimentali».

È facile, dunque, secondo questa prospettiva, individuare nel *conflitto* il punto in comune tra azione scenica e giudizio, il quale «presuppone e genera azioni conflittuali» non solo tra le parti coinvolte nella vicenda, ma anche — ed è questo ciò che primariamente interessa questa riflessione — tra colui che giudica e colui che è giudicato⁴⁰³. I due veri protagonisti della scena (e, quindi, del giudizio) secondo Carnelutti, sono, infatti, «chi giudica e chi è giudicato. Due uomini. Questo è il problema. Due fratelli: questa è la soluzione»⁴⁰⁴.

La drammaticità del giudizio trova, dunque, origine nella «sua insopprimibile natura umana», ovvero nella contrapposizione tra le posizioni di esseri umani, «con tutto il corredo di desideri, necessità, convinzioni e inclinazioni che ciascuno porta con sé»⁴⁰⁵.

L'umanità è così, contemporaneamente, essenza e limite del giudizio: una proprietà intrinseca ed immutabile del medesimo, in cui si manifesta tutta la sua complessità.

Al conflitto tra le parti e a quello tra giudicante e giudicato, si aggiunge il conflitto interno al giudice stesso, il quale «deve fare i conti con l'inadeguatezza dell'essere umano, in quanto tale, a giudicare le azioni di altri esseri umani»⁴⁰⁶: del resto, nessun uomo accetta fino in fondo l'idea di essere giudicato da un proprio simile, da un altro uomo, da uno come lui.

Il giudizio è, allora, un fenomeno complesso, che non può essere ridotto ad «un'operazione meramente logica», ma neppure può corrispondere ad un esercizio di «puro arbitrio» o, se si preferisce, di «discrezionalità illimitata»⁴⁰⁷.

A motivo di ciò, è necessario ribadire la necessità di un'educazione giuridica orientata alla complessità e guidata dai principi costituzionali che fissano precise «traiettorie di significato» e chiare «aspirazioni valoriali», venendo a costituire

⁴⁰² Il sostantivo greco δράμα, -ατος (drama, drámatos), deriva dal verbo δράω (dráo), che significa agire.

⁴⁰³ A. LO GIUDICE, *Il dramma del giudizio*, cit., p. 10 s.

⁴⁰⁴ F. CARNELUTTI, *Torniamo al "giudizio"*, cit., p. 174.

⁴⁰⁵ A. LO GIUDICE, *Il dramma del giudizio*, cit., p. 11 s.

⁴⁰⁶ A. LO GIUDICE, *Il dramma del giudizio*, cit., p. 13.

⁴⁰⁷ A. LO GIUDICE, *Il dramma del giudizio*, cit., p. 17.

indispensabili «strumenti ermeneutici» capaci di accompagnare il giudice verso una decisione giusta⁴⁰⁸.

Tali strumenti, previsti per la tutela della generalità dei consociati, devono essere impiegati al fine di «individuare la regola adeguata alla pretesa di giustizia» cui il giudizio deve rispondere, tenendo conto dell'umana singolarità del caso e così stabilendo «la misura di giustizia che esso richiede».

E, in effetti, il giudice non possiede «un concetto universale di giustizia», egli, nell'esercizio della sua funzione, giudica il *particolare umano* cercando, se non di colmare, quantomeno di ridurre l'abisso tra ciò che si conosce e ciò che si vorrebbe conoscere in merito alla vicenda oggetto del giudizio⁴⁰⁹.

Il dramma del giudizio sta proprio nello scarto tra conoscenza e volontà, nella consapevolezza dell'inadeguatezza di ogni essere umano, giudice compreso, a giudicarne un altro. Evitare la drammaticità del giudizio è impossibile, ignorarla, però, è il primo passo per compiere errori di valutazione, che hanno come conseguenza una decisione ingiusta.

È ingiusta, infatti, ogni decisione che non tenga conto dell'umanità e, quindi, della complessità del giudizio, dell'unicità e dell'irripetibilità della vicenda oggetto dello stesso.

Riconoscere che il giudizio ed in particolar modo quello penale sia una realtà fragile e complessa significa mettere alla prova un metabolismo sociale totalmente disabituato ad assimilare qualcosa che non sia semplice, che non sia ridotto ai minimi termini e quindi facilmente scomponibile e digeribile.

Non è solo la semplificazione del complesso a caratterizzare il nostro tempo, ma anche l'ossessione per l'immediatezza.

La giustizia risente particolarmente di questo meccanismo di continua riduzione dei tempi e semplificazione dei modi, che spinge alla ricerca di soluzioni rapide e soddisfacenti che dimostrino l'efficienza del sistema magari a scapito della sua efficacia e della sua effettività⁴¹⁰. Accelerare i tempi della giustizia è il costante monito rivolto alla classe politica e agli organi giurisdizionali: ciò che conta è una giustizia certa ed immediata, non si fa cenno ad una giustizia *attenta al particolare*,

⁴⁰⁸ A. LO GIUDICE, *Il dramma del giudizio*, cit., p. 18.

⁴⁰⁹ A. LO GIUDICE, *Il dramma del giudizio*, cit., p. 19 ss.

⁴¹⁰ A proposito di *effettività, efficacia ed efficienza*, si veda l'accurata analisi in G. TUZET, *Effettività, efficacia, efficienza*, in *Mat. per una storia della cult. giur.*, fasc. n. 1, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 207 ss.

per riprendere quanto detto poc'anzi, attenta al *singolo*, capace di intercettare ed esaltare la peculiarità delle vicende umane sottoposte all'attenzione di un giudice.

I diversi tentativi di riforma sono solitamente finalizzati alla revisione del procedimento, all'aggiustamento del percorso che conduce alla decisione, quasi mai si concentrano sulla figura di colui che è chiamato a decidere.

Tuttavia, se l'atto del giudicare è un atto umano, poiché compiuto da un uomo nei confronti di un altro uomo, non è possibile pensare ad un mutamento di paradigma che non coinvolga anche la figura del giudice.

Nel corso del presente elaborato si è cercato più volte di sottolineare l'importanza di una formazione culturale del magistrato che vada oltre le competenze nel campo del diritto: le vicende a lui sottoposte, infatti, prima di rilevare sotto il profilo giuridico, rilevano sotto il profilo umano. Prima di avere un *caso* si ha una *storia*, prima di avere delle *parti*, si hanno degli *uomini*.

È il caso, dunque, di interpellare coloro che hanno scelto di dedicare tutta quanta la loro vita allo studio del pensiero dell'uomo: i filosofi.

Uomini che, al pari degli scienziati — tant'è che, spesso, nella storia, le due figure coincidono —, non smettono mai di sondare la complessità umana.

Essi, a differenza dei giuristi, e, più ancora, dei giudici, non hanno la responsabilità di una decisione che influisca sulla libertà altrui ed è forse proprio grazie a questa leggerezza che, a differenza degli esperti di diritto, che pur spasmodicamente la ricercano, riescono a spiccare il volo verso la verità, una tra le tante.

Quest'ultimi, infatti non hanno la pretesa di imporre la propria verità, ma si limitano a proporla, ad offrirla gratuitamente.

Ed è proprio da una riflessione filosofica che questo lavoro: dal pensiero di una filosofa d'oltreoceano, Martha Nussbaum, che, a sua volta, si è lasciata affascinare dalle suggestioni di un testo letterario.

3. Il pensiero di Martha Nussbaum

3.1. Contro utilitarismo e contrattualismo

Nussbaum, nell'apprestarsi ad illustrare una prospettiva alternativa dalla quale osservare il fenomeno giuridico, prende le distanze dai modelli dell'utilitarismo e del neo-contrattualismo, così come teorizzato da John Rawls (vedi *infra*), secondo i quali l'uomo agisce egoisticamente, limitandosi a considerare il percorso da intraprendere unicamente in base al criterio dell'*utilità*.

Entrambi questi modelli spingerebbero l'uomo a distogliere lo sguardo dall'«individualità vulnerabile e insostituibile dell'altro», negandogli la possibilità di sostituire «alla logica dello scambio interessato» una qualsivoglia «forma di dedizione disinteressata per il prossimo»⁴¹¹.

Adeguare l'idea di giustizia, secondo i criteri della massimizzazione del profitto, all'idea del raggiungimento del benessere personale impedisce di prendere in considerazione una serie di informazioni necessarie alla formulazione dei giudizi morali, riducendo così gli individui «a meri contenitori di soddisfazione e insoddisfazione» ed imponendo loro «una concezione decisamente limitativa di che cosa significhi essere una persona»⁴¹².

Il primo a proporre una teoria in reazione ai modelli dell'utilitarismo e del contrattualismo è John Rawls, che, nel 1971, pubblica una tra le opere di filosofia politica più rilevanti del secolo scorso: *Una teoria della giustizia*⁴¹³.

Rawls si pone in aperto contrasto con la tradizione utilitaristica allora dominante nelle riflessioni etico-politiche del mondo anglosassone, elaborando, sulla scorta del pensiero di Kant, Rousseau e Locke, una teoria neocontrattualistica da applicare alla giustizia sociale: «un criterio valutativo anti-utilitaristico delle questioni pubbliche»⁴¹⁴.

⁴¹¹ E. GREBLO, *Introduzione* a M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 8.

⁴¹² E. GREBLO, *Introduzione*, cit., p. 9.

⁴¹³ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1971.

⁴¹⁴ E. GREBLO, *Introduzione*, cit., p. 10.

Il filosofo presenta «la propria teoria come una ripresa e una generalizzazione [...] della tradizionale teoria del contratto sociale»⁴¹⁵: secondo il suo pensiero, sarebbe proprio un rinnovato contrattualismo lo strumento più indicato a delineare una nuova concezione della giustizia sociale⁴¹⁶.

Rawls immagina una situazione in cui in nessuno conosce la classe sociale cui apparterrà una volta venuto al mondo e, pertanto, ignora le qualità naturali di cui sarà portatore.

Gli individui si accordano così nello scegliere istituzioni in grado di soddisfare le esigenze e le aspirazioni di tutte le parti sociali.

Tuttavia, poiché «le disuguaglianze non possono essere annullate in una società complessa ed organizzata», sarà compito di una società «giusta e leale» assicurare «i maggiori vantaggi ed il superiore livello di vita di alcuni, esigendo però che tutto ciò torni a beneficio di ogni cittadino» ed in particolar modo a beneficio di coloro che, a motivo del ruolo sociale occupato «o per le scarse attitudini naturali alla libera competizione, risulteranno di fatto svantaggiati rispetto agli altri»⁴¹⁷.

Il filosofo statunitense pone, dunque, al centro della propria riflessione un fenomeno tralasciato dell'utilitarismo: «l'importanza della pluralità delle parti ciascuna distinta dalle altre». Egli sostiene, infatti, la mancata considerazione da parte degli utilitaristi della «pluralità di individui e gruppi che compongono la società». Essi estendono al caso della scelta collettiva il principio della scelta individuale, «trattando così più individui come se fossero uno solo»⁴¹⁸.

3.2. Il recupero delle emozioni e della *gratuità*

Martha Nussbaum, tuttavia, non scorge nella posizione di Rawls un effettivo cambio di rotta rispetto all'utilitarismo: la teoria neo-contrattualistica si discosta troppo poco da quanto voleva superare. Anch'essa, in fondo, si pone in una

⁴¹⁵ S. VECA - D. ZOLO, *Salvatore Veca e Danilo Zolo discutono su «Una Teoria Della Giustizia» di John Rawls*, in *Stato e Mercato*, fasc. n. 10 (1), 1984, p. 133.

⁴¹⁶ R. GILARDI, *John Rawls e la rinascita di una prospettiva contrattualistica in etica*, in *Riv. di Fil. Neo-Scolastica*, Vol. LXIX, fasc. n. 1, 1977, p. 45.

⁴¹⁷ *IBID.*

⁴¹⁸ E. GREBLO, *Introduzione*, cit., p. 10.

prospettiva che riconduce *comunque* l'agire sociale alla capacità di essere razionali e di agire sulla base della (propria) concezione del bene»⁴¹⁹.

Il neo-contrattualismo, al pari dell'utilitarismo, non riuscirebbe, dunque, ad arginare fenomeni come l'esclusione, la disuguaglianza e l'emarginazione, né ostacolerebbe la promozione di interessi discriminatori.

In sintesi, se è considerato un comportamento razionale accollarsi un obbligo solo qualora sussista una «ragionevole aspettativa» di un guadagno o di una contropartita, è ben «difficile che i limiti della ragione strutturale possano essere trascesi nella direzione di un orientamento morale» finalizzato alla responsabilità solidale verso il prossimo⁴²⁰.

Secondo la filosofa, l'utilitarismo e le teorie dello stesso Rawls condividono lo stesso punto debole: l'assunto razionale.

In entrambi i casi si crede di avere a che fare non tanto con delle «persone», quanto con delle «astrazioni, ottenute sottraendo a ciascuna le caratteristiche che le rendono peculiari e riconoscibili, uniche e inconfondibili».

Nussbaum ritiene sia necessario introdurre un *quid novi*, un elemento capace di recuperare «la densità incancellabile dell'esistenza individuale», qualcosa che appartenga solo all'uomo, qualcosa che sia impossibile da replicare: l'emozione.

Ripercorrendo le fasi di questa ricerca, si può ben ricordare come, nel primo capitolo, attraverso la figura del *giudice emotivo*, così come definita dagli studiosi Forza, Menegon e Rumiati⁴²¹, sia stato riconosciuto un ruolo determinante alle emozioni sia nel corso del processo, sia in sede di giudizio.

Nel secondo capitolo si è scelto, invece, di trattare il tema dell'*intelligenza artificiale* e delle sue implicazioni nel campo della giustizia penale, giungendo alla conclusione che nessuna macchina potrà mai sostituire un giudice e che «gli algoritmi predittivi non elimineranno la discrezionalità umana»⁴²².

Non a caso il percorso intrapreso conduce ora all'analisi di un diverso *modo* di giudicare, di un metodo consapevole dell'incandescenza della materia penale,

⁴¹⁹ IBID.

⁴²⁰ E. GREBLO, *Introduzione*, cit., p. 10 s.

⁴²¹ A. FORZA - G. MENEGON - R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit.

⁴²² C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale*, cit., p. 1461.

così fragile, delicata e mutevole da necessitare un altissimo grado di *attenzione* nei confronti degli individui protagonisti delle diverse vicende giudiziarie.

È l'emozione a fare la differenza tra *parte e individuo*, tra *macchina e uomo*, tra *fatto* e sua *narrazione*. È l'emozione, non certo la ragione, ad avere la capacità di accompagnarci non solo nella valutazione di una diversa prospettiva da cui osservare il fenomeno giuridico, ma, addirittura, nell'applicazione di un paradigma di giustizia alternativo al modello retributivo su cui, principalmente, si reggono gli ordinamenti penali.

La riflessione di Martha Nussbaum parte proprio dalla rivalutazione del «ruolo pratico-politico delle emozioni» e dal superamento della logica dello scambio e della corrispettività, in altri termini della retribuzione.

Se ci si pone nell'ottica del «mutuo sostegno fra una teoria delle emozioni e una teoria etica normativa, le persone cessano di essere oggetto di considerazione morale solo in quanto espressione di interessi, e il legame sociale che nasce dal riconoscimento reciproco non si esaurisce nelle nozioni di contratto, scelta razionale e massimizzazione del profitto, del vantaggio o dell'interesse».

Per Nussbaum si tratta, invece, di «un'etica dell'essere in relazione», di un'apertura alla *differenza*, alla *particolarità* e alla *singolarità* dell'altro, di un invito a procedere in direzione di una struttura relazionale non più fondata su quello che si potrebbe definire, a tutti gli effetti, un rapporto sinallagmatico proprio della disciplina contrattuale fondata sulla corrispettività e sulla proporzione (*do ut des/do ut facias*)⁴²³.

È necessario, dunque, recuperare la dimensione della gratuità, come sostiene Luciano Eusebi, il quale, in un recente articolo, ci invita a riflettere sulla configurazione delle norme penali e sulla necessità di rivedere i «criteri relazionali» su cui esse si fondano.

Secondo il giurista, infatti, il diritto penale esprime da sempre «una visione della giustizia» secondo «la quale sarebbe giusto agire verso l'*altro* in maniera analoga alla valutazione che si dia della sua condotta: *negativo per negativo* (come si evince dall'immagine della bilancia), mentre solo nei confronti di chi ci procuri del bene saremmo tenuti a ricambiare con il bene».

⁴²³ E. GREBLO, *Introduzione*, cit., p. 11.

Questa concezione della giustizia rappresenta «un approccio del tutto formale» alla questione penale, incapace di interrogarsi in chiave etica «circa i contenuti dell'agire giusto, in quanto essi trarrebbero la loro legittimazione dal mero conformarsi alla qualità, negativa o positiva, ravvisata nell'atteggiamento del destinatario». Questo conduce «non di rado, a collocare lo stesso agire positivo verso altri entro una dinamica commerciale, cui si manifesta estranea la prospettiva della gratuità: tanto da rendere problematico, per molti, ammettere [...] di aver ricevuto un qualche dono, senza poter asserire di averlo *meritato*»⁴²⁴.

E, del resto, risulta del tutto «irrazionale» il «connubio tra la nozione di giustizia e il paradigma della corrispettività»: ad esso, infatti, consegue «un'inevitabile moltiplicazione del male», dal momento che un tale modello di risposta al reato «offre sempre l'alibi per agire con ostilità verso l'*altro*, essendo sempre possibile reperire qualche aspetto, per lo meno, umbratile in ogni persona e in ogni contesto umano».

Si constata, in aggiunta, in linea con il pensiero di Nussbaum, come molto spesso siano state «giudicate negativamente realtà umane *altre* non soltanto in rapporto a qualche effettiva responsabilità personale, bensì per il solo fatto di non corrispondere agli interessi, o alle visioni, del giudicante»⁴²⁵, e, perché no, anche alle sue *emozioni*.

3.3. L'immaginazione letteraria

Strettamente connessa all'emozione è l'*empatia*, la quale non implica solo la capacità di «condividere» sentimenti e «compartecipare» agli eventi, ma, anzitutto, richiede l'esistenza di «un orizzonte di valori comuni entro il quale conoscere e comprendere il vissuto dell'altro».

Perché sia resa giustizia «alla fenomenologia dell'obbligazione normativa» è, infatti, necessario percepire la «vulnerabile integrità di chi ci è prossimo», estenderla e generalizzarla «alle questioni pubbliche e alle scelte politiche»⁴²⁶.

⁴²⁴ L. EUSEBI, *Modelli della giustizia e sanzioni penali*, in *Discrimen*, pubblicato il 22 gennaio 2023, p. 32.

⁴²⁵ L. EUSEBI, *Modelli della giustizia*, cit., p. 33.

⁴²⁶ E. GREBLO, *Introduzione*, cit., p. 11 s.

Restituire alle emozioni la loro rilevanza nel contesto del giudizio pubblico è presupposto imprescindibile per riconoscere gli esseri umani come individui dotati di una propria individualità e di una propria dignità, non come unità indistinguibili ed astratte, come fini e non come mezzi. Sono i sentimenti a costituire la base per la percezione della moralità: «chi è cieco ai sentimenti e cieco alla morale».

E, in effetti, è proprio un'emozione come l'empatia a conferire «alla relazione morale i tratti di una relazione personale», solo l'empatia è in grado di acutizzare quella necessaria sensibilità che permette di formulare sul singolo caso un giudizio moralmente rilevante⁴²⁷.

Secondo Martha Nussbaum, le emozioni e, in particolare, l'empatia, intesa come «la capacità di immedesimarsi con individui socializzati in una forma di vita estranea o dissonante», implicano un *giudizio di valore*. Tuttavia, la filosofa non si appella alla sua disciplina: la filosofia, infatti, secondo la logica della *polis*, tende ad escludere dalla sfera attiva e razionale tutto ciò che appartiene alla vita emotiva. Serve un altro strumento, un mezzo capace di «coltivare e valorizzare i presupposti emozionali» ai fini dell'«assunzione di un ruolo ideale»: è il caso della letteratura, il luogo dell'immaginazione e della fantasia, che dà vita ad un ruolo unico nel suo genere, lo «spettatore imparziale»⁴²⁸.

Prima di illustrare la figura dello *spettatore imparziale*, è necessario ripercorrere i ruoli riconosciuti dall'autrice all'*immaginazione letteraria*, elemento cardine della sua riflessione sul concetto di *giustizia poetica*.

Nel ripercorrere la posizione della filosofa in merito al rapporto tra *immaginazione letteraria*, istituzioni e attori impersonali, si possono individuare tre diverse linee argomentative⁴²⁹.

In primo luogo, l'autrice riconosce alla «fantasia letteraria» il fondamentale «compito di correggere e integrare le teorie della scelta razionale», che, perlopiù, si fondano sui principi dell'utilitarismo e del contrattualismo, dai quali Nussbaum prende fin da subito le distanze.

⁴²⁷ E. GREBLO, *Introduzione*, cit., p. 12.

⁴²⁸ E. GREBLO, *Introduzione*, cit., p. 12 s.

⁴²⁹ E. GREBLO, *Introduzione*, cit., p. 13 ss.

Entrambe queste correnti di pensiero, cui la filosofa si oppone, come già si è detto, adottano una concezione di persona particolarmente riduttiva, escludendo grandi quantità di informazioni necessarie ad esprimere un giudizio morale.

Prima di giudicare un'azione, occorre, infatti, conoscere il soggetto che la sta compiendo o che l'ha compiuta, come accadde nel processo penale, basato sulla ricostruzione di fatti irripetibili.

In secondo luogo, Nussbaum osserva come l'*immaginazione letteraria* e le emozioni da questa suscitate non svolgano un ruolo fondamentale esclusivamente per quanto riguarda «i modelli normativi di razionalità economica», bensì riguardano direttamente le modalità con cui i «soggetti astrattamente razionali» affrontano i problemi. L'*immaginazione letteraria* delinea, in un modo né causale né pregiudiziale, «un paradigma di ragionamento etico permeato dei sentimenti morali» che il lettore (lo *spettatore imparziale*) «sarà in grado di provare per qualcuno che sente, pensa e vuole in modo simile» a lui, benché rimanga, «allo stesso tempo, autonomo è differente»⁴³⁰.

In terzo luogo, il pensiero di Nussbaum si sofferma «sul nesso organico tra *immaginazione letteraria* e compassione» per il prossimo, «che non dovrebbe informare unicamente il nostro senso morale, ma anche, più specificamente il nostro senso di giustizia»⁴³¹, almeno in una prospettiva che tenga conto dei principi su cui si fonda il diritto penale, o, meglio ancora, il diritto *a punire*⁴³².

Nussbaum, lungi dal «sostituire l'immaginazione letteraria al ragionamento morale guidato da regole», sostiene che questa «costituisca un ingrediente essenziale per ogni teoria etica che si proponga di preoccuparsi del bene» del prossimo⁴³³. È evidente come la giustizia si inserisca perfettamente nell'ambito di queste teorie e come la figura del giudice sia assimilabile a quella dello *spettatore imparziale*, teorizzato da Adam Smith, principale fruitore dell'*immaginazione letteraria*.

⁴³⁰ E. GREBLO, *Introduzione*, cit., p. 14.

⁴³¹ E. GREBLO, *Introduzione*, cit., p. 15.

⁴³² Sul tema della *compassione*, anche se l'autore compie un passo in avanti parlando di *perdono*, si segnala L. EUSEBI, *Pena e perdono*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. n. 3, 2019, p. 1137 ss.

⁴³³ E. GREBLO, *Introduzione*, cit., p. 13.

3.4. Lo spettatore imparziale

L'economista e filosofo scozzese Adam Smith, padre dell'economia classica, nella sua opera *La teoria dei sentimenti morali*, pubblicata nel 1759, propone l'analisi dei principi secondo i quali gli individui giudicherebbero le condotte proprie e altrui.

Più nel dettaglio, lo studioso si interessa alla descrizione della condotta morale degli esseri umani all'interno della società: egli si prefigge di individuare i diversi meccanismi attraverso i quali ciascuno, partendo dalla propria esperienza, apprende i principi della morale.

In quest'opera, Smith, oltre a concentrarsi sull'analisi di due temi cari anche a Nussbaum, ovvero immaginazione ed empatia, fra le principali caratteristiche della natura umana, e sui «modi in cui le diverse menti umane interagiscono tra loro», si propone di ricercare «il fondamento del giudizio morale sul carattere e la condotta» degli esseri umani, delineando la figura dello *spettatore imparziale*⁴³⁴.

Con esso Smith indica «lo standard di giudizio in base al quale una persona si sforza di giudicare e pensare in modo imparziale rispetto a se stessa, al proprio comportamento e carattere, e rispetto a quello altrui».

Lo *spettatore imparziale*, secondo Smith, può essere considerato alla stregua di uno «spettatore interno immaginario», così come alla stregua di uno «spettatore reale ed esterno»: egli «ha una natura in parte mortale ed in parte immortale» e non è da ritenersi come un'entità immutabile⁴³⁵.

Smith, nel definire la figura dello *spettatore imparziale*, parte dal presupposto che la razionalità ideale non possa essere priva di emozione, tanto da dedicare *La teoria dei sentimenti morali* all'«elaborazione di una teoria della razionalità emozionale»: egli ritiene, infatti, «che la guida offerta da certe emozioni» sia «una componente essenziale della razionalità pubblica»⁴³⁶.

«Lo spettatore imparziale è in primo luogo uno spettatore», precisa Nussbaum, un individuo «non coinvolto personalmente negli avvenimenti di cui è

⁴³⁴ R. BONFIGLIOLI, *Introduzione* a A. SMITH, *La teoria dei sentimenti morali*, 1759, a cura di R. BONFIGLIOLI - D. FELICE, Mimesis, Milano, 2024, p. 16 s.

⁴³⁵ R. BONFIGLIOLI, *Introduzione*, cit., p. 27.

⁴³⁶ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 117.

testimone», che osserva lo svolgersi della scena dinanzi a sé. È inevitabile che egli utilizzi, in relazione a quanto accade davanti ai suoi occhi, le informazioni che derivano dalla propria storia personale e che le sfrutti a vantaggio dei propri obiettivi ed interessi. Tra queste informazioni si distinguono due particolari facoltà, la *simpatia* (distinta dall'empatia) e l'*immaginazione*, che gli permettono di immedesimarsi in chi ha di fronte⁴³⁷.

In proposito, lo stesso Smith afferma: «[...] affinché possa esserci qualche corrispondenza di sentimenti tra lo spettatore e la persona principalmente coinvolta, lo spettatore deve, prima di tutto, tentare, per quanto può, di mettersi nella situazione dell'altro, e riportare a sé anche la più piccola occasione di disagio in cui può imbattersi la persona che soffre. Deve fare interamente proprio il caso del suo compagno, in tutti i suoi più minuti particolari, e sforzarsi di rendere più perfetto possibile quell'immaginario scambio di situazione su cui si basa la sua simpatia»⁴³⁸.

Necessario è qui soffermarsi sul significato letterale di *simpatia*. Dal greco συμπάθεια (*sumpátheia*), derivato a sua volta da σύν (*sún*) - πάθος (*páthos*), il termine indica quel «particolare sentimento di inclinazione e attrazione istintiva» verso le persone⁴³⁹. Affine, per certi versi, all'*empatia*, ovvero la capacità di «sentire» le emozioni altrui, la *simpatia* comporta un passo ulteriore verso l'altro: chi è «simpatico» non solo «sente», ma «condivide».

Il paradosso creato da Smith, nel momento in cui conia l'espressione «spettatore imparziale», sta proprio nel sottolineare come l'imparzialità, di per sé, non significhi «distacco», o, peggio, «indifferenza»: essa sta ad indicare la posizione dello spettatore, non il suo atteggiamento.

Lo *spettatore imparziale*, infatti, secondo Smith, è uno spettatore compassionevole: «la compassione dello spettatore deve sorgere interamente dalla considerazione di ciò che lui stesso proverebbe se fosse ridotto nella stessa infelice situazione, rimanendo, cosa forse impossibile, allo stesso tempo capace di osservarla con la sua attuale ragione e il suo attuale giudizio»⁴⁴⁰.

«La partecipazione empatica», secondo Nussbaum, che sembra preferire, rispetto a Smith, il grado di coinvolgimento dell'empatia rispetto a quello della

⁴³⁷ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 118.

⁴³⁸ A. SMITH, *La teoria dei sentimenti morali*, cit., p. 68.

⁴³⁹ ENCICLOPEDIA TRECCANI, significato del lemma reperibile al sito *treccani.it*.

⁴⁴⁰ A. SMITH, *La teoria dei sentimenti morali*, cit., p. 56.

simpatia, insieme alla «valutazione esterna» rappresenta un elemento decisivo nel determinare il livello razionale di compassione da provare nei confronti di chi si ha di fronte⁴⁴¹.

Secondo l'opinione di Smith, come pure quella di Nussbaum, che descrive il punto di vista dello *spettatore imparziale* come «emotivamente ricco», ignorare le emozioni sarebbe un comportamento controproducente, dal momento che esse permettono di cogliere e «registrare» ciò che sta accadendo all'altro.

«Coltivare emozioni appropriate» è importante per il cittadino, sostiene Smith, esse sono «dotate di valore morale intrinseco» e sono in grado di stimolare un'azione adeguata alla situazione che si manifesta di fronte allo spettatore⁴⁴².

Tuttavia, «non tutte le emozioni rappresentano una buona guida». Un'emozione è appropriata alla situazione nel momento in cui permette «una visione esatta di ciò che sta accadendo [...]: dello stato dei fatti, del loro significato per gli attori nella situazione specifica e di qualsiasi dimensione del loro significato o della loro importanza reale che possa sfuggire alla propria consapevolezza delle azioni o procurare una consapevolezza distorta». Bisogna prestare particolare attenzione a non confondere le emozioni dello spettatore con quelle degli attori: ciò significa escludere quelle emozioni che derivano «dal proprio interesse personale per il proprio benessere».

È probabile che si riferisca a questo Nussbaum quando preferisce l'empatia alla simpatia: per la filosofa lo *spettatore imparziale* deve essere sensibile alla storia altrui, senza però parteciparvi, così da mettere in atto l'emozioni dello spettatore e non quelle dell'attore, che potrebbero portarlo ad una distorta, perché è parziale, valutazione dei fatti.

È la sottile differenza che distingue la posizione del giudice da quella del giurato, figura tipica del processo di stampo anglosassone.

Il giudice, che incarna l'essenza dello *spettatore imparziale*, coltiva «un ricco repertorio di emozioni intense, ma prive del pregiudizio particolare che deriva dalla consapevolezza del proprio ruolo personale per la decisione finale». Egli, infatti, è chiamato soltanto ad esprimere un verdetto.

⁴⁴¹ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 118.

⁴⁴² M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 119.

Viceversa, il giurato, consapevole del proprio ruolo personale, rischia di sviluppare più che l'empatia, preferita da Nussbaum, la simpatia, preferita da Smith, introducendo nel giudizio emozioni inappropriate.

Si può concedere un atteggiamento simpatetico al giurato, ma non al giudice, che, proprio a motivo del suo ruolo, deve mantenere una posizione di verticalità rispetto alla vicenda e alle parti, le quali devono sentirsi ugualmente sostenute. L'empatia, infatti, a differenza della simpatia, si presta maggiormente all'imparzialità cui è chiamato il giudice, che può sentire l'emozioni dell'una e dell'altra parte, ma non può dividerle con la stessa intensità.

Indipendentemente dal fatto che lo *spettatore imparziale* assuma una posizione empatica o simpatetica, anche se, come detto poc'anzi, è preferibile la prima alla seconda, questi deve affidarsi ad una *guida*, che lo accompagni nel coltivare le emozioni adeguate alla situazione che gli si presenta dinnanzi.

Nella sua analisi, Adam Smith illustra la posizione dello *spettatore imparziale* utilizzando la condizione del lettore di opere letterarie o, in alternativa dello spettatore di drammi, attribuendo grande importanza al fenomeno della letteratura ed elevandolo a «guida morale»⁴⁴³

La condizione del lettore nient'altro è se non «una costruzione artificiale della condizione di spettatore iniziale», osserva Nussbaum, dal momento che «ci porta ad assumere spontaneamente un atteggiamento che si addice al buon cittadino e al buon giudice»⁴⁴⁴.

Nel momento in cui ci si immerge nella lettura di un'opera letteraria, non si è consapevoli della propria posizione all'interno della scena. È inevitabile immedesimarsi con un personaggio o con un altro, eppure, proprio perché si è privi dell'intensità emotiva che si svilupperebbe qualora si stesse vivendo realmente la situazione, si assume una posizione non viziata da pregiudizi, la posizione dello *spettatore imparziale*. Ad assumere questa prospettiva si invita, niente di meno, che lo stesso giudice, il quale è chiamato a mantenere una posizione di imparzialità e neutralità rispetto alla vicenda, che, tuttavia, non deve assumere i contorni del distacco.

⁴⁴³ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 120.

⁴⁴⁴ IBID.

Egli osserva da vicino e se necessario ingrandisce con la lente, al pari di un entomologo, la realtà degli individui che gli stanno di fronte, indossando i panni di uno spettatore compassionevole, attento al particolare dramma di ciascuno.

3.5. Segue. La figura del *giudice poeta*

«Di questi Stati il poeta è l'uomo equanime,
Non in lui, ma lontane da lui, le cose sono grottesche, eccentriche, e non sanno rendere
quanto dovrebbero [...]
Egli largisce a ogni qualità, ogni oggetto, le proporzioni che si addicono loro,
né più né meno,
È l'arbitro del diverso, è la chiave, È lo stabilizzatore della sua età, della sua terra [...]
Gli anni che vanno alla deriva verso l'infedeltà egli trattiene con la salda sua fede.
Non discute, ma giudica (la Natura l'accetta in senso assoluto,
Non giudica come giudicano i giudici, ma come il sole che piove intorno a un oggetto
inerte [...]
Vede l'eternità negli uomini, nelle donne, non vede uomini e donne come sogni o
pulviscolo»⁴⁴⁵.

I versi di Walt Whitman descrivono una modalità di giudizio del tutto peculiare, che si distingue dai modelli tradizionali cui si è avvezzi.

Il poeta statunitense dà, infatti, vita alla figura del *giudice poeta*, colui che esprime il proprio giudizio in modo flessibile e aderente al contesto senza cedere all'irrazionale, ma, al contrario, esprimendo con pienezza ciò che è politicamente razionale.

È senz'altro un azzardo accostare la figura del giudice a quella del poeta, un bizzarro paragone che appare come un atto di ribellione, come il sovvertimento di un sistema di giudizio rigido e immutabile, che raramente accetta di essere messo in discussione. Nondimeno, è proprio questa l'ambizione del presente studio: proporre una prospettiva nuova, un atteggiamento diverso nei confronti della materia del giudizio, una materia *umana* e perciò, per sua natura, inevitabilmente complessa.

⁴⁴⁵ W. WHITMAN, *Leaves of Grass*, cit., 436 s.

Se la prospettiva tradizionale tende a semplificare la realtà oggetto del giudizio, la prospettiva proposta forse inconsapevolmente da Whitman, ma colta, apprezzata e ampiamente analizzata da Nussbaum un secolo più tardi, accoglie la complessità e ad essa si adegua, impiegando un metodo opposto a quello che si è soliti applicare nel momento in cui si è chiamati a giudicare: non più la realtà che si adegua al giudicante, ma il giudicante che si adegua alla realtà.

Il poeta non è affatto «una creatura capricciosa e stravagante», bensì «la persona più adatta a “largire a ogni qualità, ogni oggetto, le proporzioni che si addicono loro”».

Egli soppesa «le rivendicazioni di popolazioni diverse, senza perdere di vista i modelli di equità (“È lo stabilizzatore della sua età, della sua terra”)), né l’andamento della «storia (“Gli anni che vanno alla deriva verso l’infedeltà e gli trattiene con la sua salda fede”)). In una certa misura, nella democrazia sono sempre a rischio sia l’equità sia la storia; il poeta-giudice e il loro protettore»⁴⁴⁶.

Così Nussbaum, parafrasando Whitman, riconosce nei versi di quest’ultimo l’essenza delle capacità del *giudice poeta*: «non giudica come giudicano i giudici, ma come il sole che piove intorno a un oggetto inerte [...]», egli «vede l’eternità negli uomini».

Per Whitman è il giudice a doversi adattare alla realtà oggetto del giudizio, non viceversa, egli come un raggio di sole deve rivestirla uniformemente, così da non tralasciarne nessun aspetto, non trascurarne la minima sfaccettatura.

Egli non osserva dall’alto della sua «torre d’avorio»⁴⁴⁷ per avere una visione d’insieme della vicenda umana portata al suo cospetto, ma vi si immerge. Non guarda al complesso degli eventi, ma si china sul singolo particolare⁴⁴⁸: «il poeta non offre semplici astratte considerazioni formali, offre giudizi equi, giudizi adeguati ai complicati aspetti storici e umani del caso particolare»⁴⁴⁹.

Egli «giudica come il sole che piove intorno a un oggetto inerte», tutto lo avvolge, tutto lo contempla.

⁴⁴⁶ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 126 s.

⁴⁴⁷ Cfr. *supra*, capitolo I, par. 2.2.3, p. 43.

⁴⁴⁸ Il ricorrere in queste righe del termine «particolare», in forma di sostantivo o di aggettivo, rimanda al concetto di *particolarità* esposto nel paragrafo 1 del presente capitolo. L’atto del giudicare non può prescindere dal riconoscere la *singolarità* e l’*irripetibilità* della vicenda sottoposta a giudizio nonché l’*unicità* dei suoi protagonisti. Per tale ragione, il giudizio viene definito un *dramma umano particolare*.

⁴⁴⁹ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 127.

È un'immagine intensa quella proposta da Whitman, che rimanda ad una «straordinaria minuziosità e attenzione ai dettagli». I raggi del sole che colpiscono un oggetto ne esaltano ogni curva, niente rimane nascosto né sfugge alla percezione di chi lo guarda. Così è «il giudizio del poeta, che abbraccia tutto ciò che esiste e lo svela alla nostra vista»⁴⁵⁰. Egli *s-vela* l'oggetto del giudizio e *dis-velandolo* lo *ri-vela*, acendolo emergere nella sua verità⁴⁵¹.

Nussbaum osserva «come l'aspirazione del poeta all'equità [...] non ceda al pregiudizio o al favoritismo»: «il suo rapporto con il particolare» è «intimo», ma al contempo «austero». Dallo sguardo del *giudice poeta* si evince «un certo ideale di neutralità giudiziale [...] legata non a una vaga generalità, ma una ricca concretezza storica, non a un'astrattezza pseudoscientifica, ma a un'immagine del mondo umano»⁴⁵².

L'ideale di neutralità giudiziale appena descritto si presta al concetto di giudizio come a quello di *immaginazione letteraria*, la quale, come sostiene lo stesso Whitman, ha un ruolo insostituibile per il giurista, poiché fornisce «modelli di ragionamento giuridico e, soprattutto, giudiziale tramite una concezione aristotelica del giudizio pratico»⁴⁵³.

Tuttavia, non è sufficiente per il giudice essere un «poeta» oppure, in linea con il pensiero aristotelico, semplicemente l'«uomo equo».

Whitman, infatti, vede il giudice come un essere «libero di seguire la propria fantasia», ignorando, o, quantomeno, trascurando, l'effetto vincolante delle istituzioni. Nussbaum, nel rileggere l'opera del poeta americano, vuole dimostrare come l'*immaginazione letteraria* sia in grado di «integrare perfettamente», oltreché arricchire, «certi aspetti del ragionamento giudiziale». Secondo la filosofa, infatti, «la concezione letterario-aristotelica, in combinazione con i vincoli istituzionali, produce un'ideale complesso di neutralità giudiziale, in grado di contrastare efficacemente altre influenti concezioni di quel modello»⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ IBID.

⁴⁵¹ La traduzione in greco antico del termine «verità» è «ἀλήθεια» (alétheia), derivante a sua volta dal verbo «λανθάνω» (lantháno) che significa «nascondere». L'*α* privativo posto come prefisso della parola rinvia al seguente significato: «svelamento», «rivelazione», «dischiudimento».

⁴⁵² M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 127 s.

⁴⁵³ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 128.

⁴⁵⁴ IBID.

Con la sua illuminante analisi, Nussbaum oppone al *giudice poeta* tre diversi rivali: il primo è «un giudice che assume una posizione scettica e distaccata»; il secondo «un giudice che concepisce il ragionamento giudiziale sul modello del ragionamento formale» tipico delle scienze; «il terzo un giudice che prende le distanze dai particolari per ragioni di neutralità giudiziale»⁴⁵⁵.

Si dimostrerà come il *giudice poeta*, evitando «il distacco scettico», pur rimanendo «entro i confini illimitati di un ruolo giudiziale e formale»⁴⁵⁶, e preferendo ai modelli pseudoscientifici un ragionamento pratico di stampo

umanistico e valutativo, giunge a perseguire, «in modo conforme alla descrizione dello spettatore imparziale», una neutralità giudiziale che richiede, anziché proibire, «una conoscenza simpatetica dei fatti umani di valore»⁴⁵⁷.

3.5.1. Il romanzo: una chiave d'accesso alla complessità umana

La posizione anti-scettica e anti-scientista del *giudice poeta* necessita, per essere illustrata, di una doverosa premessa avente ad oggetto il genere letterario che, per eccellenza, permette di approcciarsi alle vicende giudiziarie e, più in generale, al tema del giudizio, con l'adeguato senso critico: il romanzo.

Nussbaum, in un'ampia parte del volume *Giustizia poetica. Immaginazione letteraria e vita civile*, da cui è tratta la riflessione oggetto di questo capitolo, si affida al pensiero di Charles Dickens, espresso in *Tempi difficili*.

Il romanzo contiene, infatti, «la visione normativa di un'economia politica e di un'immaginazione politica scientifiche», bersaglio di un «feroce attacco satirico» da parte dell'autore, che descrive e critica puntualmente il modello utilitaristico di scelta razionale incarnato da Gradgrind⁴⁵⁸. Costui è «un uomo di cose reali, un uomo di fatti e calcoli»⁴⁵⁹, il cui opposto è rappresentato dal

⁴⁵⁵ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 128.

⁴⁵⁶ È bene precisare che, il modello del *giudice poeta* proposto da Whitman e rielaborato da Nussbaum non vuole in alcun modo escludere la necessità che il «giudice reale» possieda altre conoscenze e capacità oltre a quelle di stampo letterario e, soprattutto, non mette in discussione la posizione del giudice strettamente vincolata «al suo ruolo istituzionale e alle esigenze della legge», oltreché del «precedente», se si fa riferimento, come Nussbaum, ai sistemi di *common law* (M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 129).

⁴⁵⁷ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 128.

⁴⁵⁸ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 49.

⁴⁵⁹ C. DICKENS, *Hard Times: For These Times*, cit., p. 30.

personaggio di Sissy Jupe, definito dalla stessa Nussbaum come «un barometro sensibile dell'ipocrisia e dell'ingiustizia»⁴⁶⁰.

Il romanzo in questione viene scelto da Nussbaum per introdurre la sua analisi, perché capace di descrivere «la vita di una popolazione servendosi di una ricca varietà di distinzioni qualitative e di complesse descrizioni individuali del funzionamento e degli ostacoli al funzionamento».

Esso «adotta una nozione generale di bisogno umano e di funzionamento umano in un contesto molto concreto», fornendo tutte le «informazioni necessarie per valutare la qualità della vita e coinvolge il suo lettore nel compito di elaborare una tale valutazione». Infine, «illustra il genere di schema immaginativo per l'attività pubblica», esemplificando e favorendo le «capacità di immaginazione essenziali all'elaborazione intelligente delle valutazioni nella vita pubblica e privata»⁴⁶¹.

La lettura di *Tempi difficili* aiuta, dunque, ad entrare nel merito della riflessione condotta da Nussbaum, illustrando come la mente economica sia cieca quando determinata «a vedere soltanto ciò che rientra nei calcoli utilitari». «Essa è cieca rispetto alla ricchezza qualitativa del mondo percepibile», rispetto alla particolarità e «alla separatezza delle persone, rispetto al loro mondo interiore, alle loro speranze, alle loro passioni e ai loro timori», «cieca rispetto a ciò che significa vivere una vita umana e tentare di conferirle un significato umano»⁴⁶².

La mente economica di Gradgrind, al pari della mente esclusivamente razionale del giudice, non considera il *mistero* della vita umana⁴⁶³ come qualcosa cui «occorre accostarsi con le facoltà della mente e le risorse del linguaggio adatte all'espressione di una tale complessità»⁴⁶⁴. Per tale ragione è bene che il giudice

⁴⁶⁰ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 91.

⁴⁶¹ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 92.

⁴⁶² M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 64.

⁴⁶³ Sceglie, non a caso, il termine «mistero» anche Luciano Eusebi nell'intitolare un paragrafo di una riflessione a margine di D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Jovene, Napoli, 2020. Il giurista, nel riflettere sul tema della libertà e della complessità psicologica delle condotte umane, osserva: «Meglio allora riconoscere che in merito all'esercizio di quella dimensione empirica della realtà umana comunemente definita come libertà sappiamo ben poco. Così che mantenere, da parte di tutti, una certa dose di *humilitas* nell'esprimersi sul tema sembrerebbe consigliabile» (L. EUSEBI, *Complessità psicologica delle condotte umane e sistema sanzionatorio penale*, in *Dir. pen. e uomo*, pubblicato il 22 settembre 2021). Sull'argomento si veda anche J.R. SEARLE, *Il Mistero della realtà* (2019), trad. it. Raffaello Cortina, Milano, 2019 e L. EUSEBI, *La condotta umana come volizione di eventi*, in ID. (a cura di), *Dinamiche della volizione e libertà*, Vita e Pensiero, Milano, 2008.

⁴⁶⁴ IBID.

sappia costruire un ragionamento permeabile alle emozioni, che lo conduca verso scelte non necessariamente razionali, ma ragionevoli e quindi umane.

Perché, dunque, scegliere proprio il romanzo «e non altre forme di narrativa, come le opere storiche e le biografie», oppure «le tragedie, le commedie o i componimenti lirici»⁴⁶⁵?

Il romanzo, osserva Nussbaum, è il genere ideale perché «moralmente controverso». Esso esprime, attraverso il suo stile, la sua forma e le modalità di interazione con il lettore «un senso normativo della vita»⁴⁶⁶.

È un genere letterario che permette di allenare la propria capacità di immaginazione e di immedesimazione, è il *regno del possibile* attraverso cui si può vivere la vita di qualcun altro, o la propria, in altro luogo e in altro tempo.

È lo stesso Aristotele a sostenere che la narrativa sia un'attività teoretica più elevata della storia: quest'ultima, infatti mostra soltanto gli eventi reali, le opere di narrativa, invece, mostrano quali fatti possono intervenire nel corso di una vita umana⁴⁶⁷.

«La letteratura mette a fuoco il possibile, sollecitando i suoi lettori ad interrogarsi su se stessi» e «a mettersi al posto di persone di vario tipo», assimilandone le esperienze. Ma, vi è di più. Il romanzo permette ai lettori che si trovano in differenti situazioni concrete, di rilevare aspetti differenti di una medesima vicenda.

In altre parole, tale genere allena a percepire la complessità della realtà umana⁴⁶⁸ ed insegna ad appassionarsi a ciò che è *ordinario*. In esso, al pari di ciò che accade in un'aula di tribunale, si intrecciano storie ordinarie di persone ordinarie⁴⁶⁹.

Questo genere narrativo, in modo maggiore rispetto ad altri, è in grado di «illustrare la ricchezza del mondo interiore». Esso insegna quale «significato morale» abbia «seguire una vita attraverso tutte le sue vicissitudini in ogni suo contesto concreto»⁴⁷⁰. In esso troviamo un'attenzione scrupolosa alle differenze

⁴⁶⁵ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 39.

⁴⁶⁶ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 36.

⁴⁶⁷ Cfr. ARISTOTELE, *Dell'arte poetica*, a cura di C. GALLAVOTTI, Mondadori, Milano, 1974, p. 1.

⁴⁶⁸ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 39.

⁴⁶⁹ Si pensi ai resoconti di André Gide raccolti presso la Corte d'Assise di Rouen. Cfr. *supra*, capitolo I, par. 5.2.

⁴⁷⁰ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 70 s.

qualitative, un tipo di attenzione richiesta anche al giudice, un'attenzione al *particolare*.

Il compito del romanzo è insistere nel narrare la complessità delle vite umane e sottolinearne le differenze. Con esso si impara a prendere le distanze dalle conclusioni affrettate e semplicistiche, oltre che dalle «soluzioni politiche utopistiche», preferendo «un approccio che privilegi la libertà e lasci ampio spazio alla diversità».

Tutto ciò nella più chiara consapevolezza che spesso la libertà di un individuo dipende dalle condizioni materiali in cui esso si trova e proprio a causa di una disegualianza materiale tale libertà può essere soffocata. Grazie all'abilità del romanziere, che mette in atto tutta la sua fantasia e la sua immaginazione, le sequenze descrittive consentono lo sviluppo del sentimento della *compassione*, intesa come la partecipazione alle emozioni, nei confronti del personaggio, accrescendo nel lettore il desiderio di giustizia⁴⁷¹.

Il romanzo è, infine, il luogo della metafora, strumento fondamentale per indagare le dinamiche della realtà umana. Esso stesso, spesso, si presenta come una metafora, che permette di guardare alla quotidianità in modi diversi da quelli suggeriti dalle scienze sociali.

Nussbaum vede nell'opera di Dickens e nelle metafore in esso contenute una vera e propria reazione critica ad «un approccio scientifico che pretenda di rappresentare la verità e la ragione». Un approccio totalmente razionale, come quello proposto dal signor Gradgrind, «non rappresenta la verità, dal momento che offre un'immagine errata e dogmatica della complessità degli esseri umani» e delle loro vite⁴⁷².

L'opera di Dickens, rivendicando una concezione dell'essere umano ricca e complessa, non suggerisce un «abbandono della ragione», bensì il «suo conseguimento attraverso la luce della fantasia», che deve essere intesa «come una facoltà a un tempo creativa e veridica».

In questi termini ragiona il *giudice poeta*, indagando la «storia personale di ogni cittadino nello stesso modo con cui un romanzo può indagare in quella dei suoi personaggi». Essere consapevoli della complessità e dell'unicità della storia di ogni

⁴⁷¹ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 72.

⁴⁷² M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 83.

cittadino consente di riconoscerne la «differenza qualitativa» e, quindi, la singolare preziosità⁴⁷³.

Tempi difficili, scelto da Nussbaum per sostenere la propria tesi riguardante la natura del *giudice ideale*, è un'opera «particolaristica», ma non è «relativistica»: essa, infatti, riconosce come le esigenze umane siano in grado di trascendere «i confini temporali, spaziali, religiosi, etnici e di classe», ponendo «al centro della sua deliberazione morale la questione della loro adeguata soddisfazione». La sua critica alla situazione sociale e politica dell'Inghilterra di metà Ottocento «si basa su una precisa nozione di fioritura umana», che «comporta un profondo rispetto per la differenza qualitativa» dei singoli cittadini.

L'appello di Dickens, rivolto al governo inglese dell'epoca, può essere oggi riletto e riproposto oltre che alle classi politiche dei paesi democratici anche alla classe dei giudicanti, chiamata ad «occuparsi dei cittadini in tutta la loro concretezza e diversità», con l'auspicio che sviluppi una maggiore *sensibilità* alle contingenze storiche, sociali e personali che vedono coinvolti gli individui sottoposti a giudizio⁴⁷⁴.

È propria del romanzo come genere la capacità di stimolare l'attenzione al *particolare* in risposta ad un'istanza *universale*, nel caso di Dickens, di giustizia sociale, uguaglianza e dignità umana.

3.5.2. La posizione del *giudice poeta* e i suoi antagonisti

A differenza di altri generi letterari, il romanzo è, pertanto, capace di trasformare i lettori in giudici, in uomini che giudicano altri uomini: qualcosa di non molto diverso da ciò che accade nelle aule dei tribunali, dove però non vi è spazio per la narrazione delle storie dei protagonisti, dove tutto ciò che non è strettamente legato al fatto contestato è considerato superfluo e quindi non degno di nota, non degno di *attenzione*.

⁴⁷³ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 84.

⁴⁷⁴ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 85.

Tornando alla figura di giudice che, per prima si contrappone a quella del *giudice poeta*, ovvero il giudice scettico e formalista, alla luce di quanto esposto sinora, si può affermare che, la struttura del romanzo e il modo in cui viene descritto il contesto narrativo spingono il lettore — ovvero il giudice, secondo quanto affermato poc'anzi — a lasciarsi «coinvolgere, in una disposizione affettiva e intellettuale che non è di indifferenza scettica, né di accettazione passiva nei confronti di tutto ciò che» accade ai protagonisti. Al contrario, infatti, il lettore risponde alle sollecitazioni, permettendo che il comportamento dei personaggi insieme alle loro vicissitudini suscitino in lui emozioni⁴⁷⁵. Il risultato è l'inevitabile elaborazione di un giudizio.

È fondamentale, afferma Nussbaum, «sottolineare il carattere non scettico della comune lettura, perché recentemente alcuni studiosi di letteratura hanno difeso un approccio estremamente scettico al ragionamento giuridico, utilizzando quale presunto paradigma l'attività dell'interpretazione letteraria».

Tra i sostenitori di questo pensiero vi è il critico letterario statunitense Stanley Fish⁴⁷⁶, il quale afferma l'importanza dei «criteri che trascendono la storia e l'attività interpretativa dell'uomo», in assenza dei quali si resterebbe «in balia delle forze politiche e storiche». In altri termini, se si eliminasse «la giustificazione extra storica», si eliminerebbe «ogni giustificazione razionale». Rimarrebbero «le cause, ma nessuna ha buona ragione»⁴⁷⁷.

Tuttavia, Nussbaum osserva che lo stesso Fish, nelle sue argomentazioni, non sia riuscito a dimostrare «che nella tradizione del ragionamento umano sull'etica e sul diritto non possiamo distinguere tra argomenti forti e deboli, tra posizioni più o meno difendibili». Grazie all'esperienza del lettore di opere letterarie è possibile, invece, «tracciare questa distinzione»: «facendo in modo che il nostro senso sempre più sottile del principio della tradizione influisca su un contesto concreto»⁴⁷⁸.

⁴⁷⁵ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 129 s.

⁴⁷⁶ Sull'argomento si veda in particolare S. FISH, *Doing What Comes Naturally Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary & Legal Studies*, Duke University Press, Durham, 1989; ID., *There Is No Such Thing as Free Speech and It's a Good Thing, Too*, Oxford University Press, Oxford, 1994; M.C. NUSSBAUM, *Skepticism about Practical Reason in Literature and the Law*, in *Harvard Law Review*, Vol. CVII, fasc. n. 3, 1994, p. 714 ss.

⁴⁷⁷ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 130.

⁴⁷⁸ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 131.

La lettura di *Tempi difficili* proposta da Nussbaum permette di comprendere come la prospettiva letteraria rifiuti «con decisione non solo il distacco dalle buone ragioni, ma anche l'idea che il diritto possa o debba riprodurre il modello delle scienze naturali»⁴⁷⁹. Ciò, a conferma di quanto illustrato nel primo capitolo, laddove si è trattato del rischio di una deriva razionalista del diritto in conseguenza ad un cieco affidamento alla scienza e ai suoi metodi⁴⁸⁰.

Un risultato come quello prefissato da chi privilegia un approccio scienziato al diritto è sintomo di «un sentimento di inadeguatezza davanti alle ragioni storicamente fondate, e tuttavia coerenti con determinati principi, che il diritto effettivamente utilizza»⁴⁸¹. Così scrive Benjamin Cardozo, giudice della Corte suprema degli Stati Uniti d'America dal 1932 al 1938:

«All'inizio della mia carriera di giudice, ero combattuto nello spirito nel momento in cui constatavo l'assenza di rotte da seguire nell'oceano in cui mi ero imbarcato. Io inseguivo la certezza. Mi sentivo abbattuto e sopraffatto nel momento in cui avvertivo la vanità di questa ricerca. Cercavo di toccare terra, la salda a terra delle regole fisse e prefissate, il paradiso di una giustizia che assumesse una posizione in base ad indicazioni più chiare ed autorevoli di quelle che si riflettevano, debolmente a sprazzi, nella mia mente e nella mia titubante coscienza. Ho imparato “con viaggiatori del *Paracelsus* di Browning che il vero paradiso era sempre oltre”»⁴⁸².

Christopher Columbus Langdell, considerato il padre della moderna educazione giuridica, sostiene, addirittura, che il diritto potrebbe essere insegnato nelle università solo qualora esso riuscisse a giustificare la propria «pretesa di essere una scienza»⁴⁸³. Egli scrive:

«Avere una grande padronanza dei principi e saperli applicare con costanza, facilità e certezza nella matassa sempre intricata degli affari umani, ecco cosa costituisce un vero

⁴⁷⁹ IBID.

⁴⁸⁰ Cfr. *supra*, capitolo I, parr. 4 ss.

⁴⁸¹ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 132.

⁴⁸² «I was much troubled in spirit, in my first years upon the bench, to find how trackless was the ocean on which I had embarked. I sought for certainty. I was oppressed and disheartened when I found that the quest for it was futile. I was trying to reach land, the solid land of fixed and settled rules, the paradise of a justice that would declare itself by tokens plainer and more commanding than its pale and glimmering reflections in my own vacillating mind and conscience. I found “with the voyagers in Browning’s ‘Paracelsus’ that the real heaven was always beyond”» (B. N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, 1960, p. 166).

⁴⁸³ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 132.

avvocato; e quindi acquisire quella maestria dovrebbe essere il compito di ogni serio studente di giurisprudenza.

[...]

Se il diritto non fosse una scienza, l'università, allora, farebbe meglio a consultare la propria dignità rifiutandosi di insegnarlo. Se il diritto non può essere considerato una scienza, allora può essere considerato alla stregua di un mestiere e può essere, dunque, appreso da chi lo esercita mediante un apprendistato. Ma se si trattasse di scienza, difficilmente lo si metterebbe in dubbio, perché è una delle scienze più grandi e difficili, e ha bisogno di tutta la luce che la sede più illuminata del sapere può gettare su di esso»⁴⁸⁴.

Attualmente, l'aspirazione scientifica del diritto viene formulata in termini di scienza economica nelle prospettive dell'utilitarismo e del contrattualismo ampiamente criticate da Nussbaum, che, come esposto nei paragrafi precedenti è per il superamento dei meccanismi di reciprocità e proporzione e per il recupero della logica della gratuità.

Conferire al diritto la dignità di disciplina accademica solo nell'eventualità che esso stesso si riconosca come scienza significa ignorarne buona parte della natura: il diritto, infatti, è una disciplina tanto scientifica quanto umanistica, i cui meriti «comprendono i pregi del ragionamento pratico così come vengono intesi nelle discipline umanistiche».

Lo stesso Aristotele, nota Nussbaum, sostiene che «nel campo dell'etica e della politica il ragionamento dovrebbe essere diverso dal ragionamento deduttivo» che taluni ricercano nella scienza, dal momento che «deve riguardare fondamentalmente il mutamento storico, la complessità dei reali contesti pratici e la concreta diversità dei casi»⁴⁸⁵.

Le «regole fisse» hanno, senz'altro, un ruolo determinante nel «giudizio legale», al fine di garantire «stabilità», evitare pregiudizi e ridurre il margine di

⁴⁸⁴ «To have such a mastery of these as to be able to apply them with constant facility and certainty to the ever-tangled skein of human affairs, is what constitutes a true lawyer; and hence to acquire that mastery should be the business of every earnest student of law [...] If law be not a science, a university will best consult its own dignity in declining to teach it. If it be not a science, it is a species of handicraft and may best be learned by serving an apprenticeship to one who practices it. If it be a science, it will scarcely be disputed that it is one of the greatest and most difficult of sciences, and that it needs all the light that the most enlightened seat of learning can throw upon it» (Discorso di Christopher Columbus Langdell tenuto nel 1887 e citato in W. TWINING, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Cambridge University Press, Cambridge, II ed., 2014, p. 11).

⁴⁸⁵ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 132.

errore; tuttavia, in sede di giudizio, è indispensabile tener conto del «mutare delle circostanze e dei valori» dinanzi al caso concreto.

Gli antagonismi alla *giustizia poetica* non si esauriscono nella posizione assunta da scettici e scienziati, esiste un terzo «rivale» per il *giudice poeta*: colui che si discosta dal *particolare* in nome di una giudiziale neutralità.

Nondimeno, leggendo con attenzione le parole di Whitman, si apprende che anche il *giudice poeta* «è vincolato alla neutralità, propriamente intesa»: egli giudica «come il sole che piove intorno a un oggetto inerte», ovvero senza fare distinzione tra un aspetto e l'altro della vicenda oggetto del giudizio, ma lasciando che questo «piova intorno» ad ogni singola sfaccettatura, ad ogni singolo *particolare* dell'«oggetto inerte».

Non si tratta certo un giudice di parte, bensì uno «spettatore imparziale» che «non si lascia trasportare da sentimenti estranei o ingiustificati»⁴⁸⁶.

La neutralità del *giudice poeta* va intesa, però, diversamente da come si è soliti percepire il concetto di neutralità: non si tratta di distacco dalla vicenda, bensì di *prossimità* alla medesima, senza che ciò comporti il prendervi parte.

A riguardo, Nussbaum sostiene, quindi, che la neutralità del *giudice poeta* non richieda «una grande distanza dalle realtà sociali dei casi che deve affrontare», il suo compito consiste «nell'esaminare a fondo quelle realtà, con la concretezza immaginativa e le risposte emotive che sono tipiche dello spettatore imparziale»⁴⁸⁷.

Con un gioco di parole si potrebbe sintetizzare: il *giudice poeta* non si pone ad una *particolare distanza* dalla vicenda, bensì ad una *distanza particolare*, ovvero alla giusta distanza per giudicare il *particolare*.

Si pensi a ciò che accade quando ci si dedica alla lettura di un romanzo, in particolare di un romanzo di critica sociale come *Tempi difficili*: «il lettore prende parte indirettamente» e indistintamente a «vite diverse, alcune fortunate, altre meno», condividendo «ogni singola vita, senza sapere, per così dire, quale sia la propria» e — questo accade in particolare nei romanzi sociali realisti — è portato a maturare «una percezione particolarmente vivida degli svantaggi con cui sono alle

⁴⁸⁶ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 133.

⁴⁸⁷ IBID.

prese i meno fortunati», ovvero di coloro che richiedono «un'attenzione particolare», un'attenzione al *particolare*⁴⁸⁸.

La figura del *giudice poeta* risulta, altresì, essere in perfetta sintonia con l'idea di giudizio proposta da Herbert Wechsler, giurista americano del secolo scorso.

Egli, salvo poi tornare a sostenere la posizione neutrale del giudice, ritiene che a questi occorranza criteri che non presentino le caratteristiche dell'arbitrarietà e della mutevolezza, ovvero criteri che possano essere inquadrati e verificati come un esercizio della ragione e non semplicemente come un atto di ostinazione o di volontà⁴⁸⁹.

Per Wechsler una decisione rispettosa dei principî su cui poggia l'ordinamento si fonda su ragioni che tengono conto di ogni aspetto del caso, ragioni che nella loro generalità e neutralità trascendono qualsiasi risultato immediato che ne consegue⁴⁹⁰. Esse «dovrebbero essere esposte secondo criteri definiti pubblicamente e coerenti» con i principî su cui si fonda la decisione⁴⁹¹.

Come anticipato poc'anzi, il giudice deve applicare criteri che nulla abbiano a che fare con arbitrarietà e mutevolezza, egli non deve «lasciarsi condizionare dalle proprie relazioni personali o dai propri fini», non deve dare ascolto alle emozioni personali riguardanti i «benefici» o le «perdite» che potrebbero riguardarlo. Il giudice, infatti, non è un attore, non prende parte alla vicenda, egli è lo *spettatore imparziale*, che si spinge oltre l'«immedesimazione, valutando dal proprio punto di vista» il significato della «sofferenza altrui»⁴⁹².

Il *giudice poeta* è, quindi, colui che è dotato di una neutralità giudiziale che possiede le caratteristiche della «neutralità letteraria», esattamente come la luce del sole secondo i versi di Whitman: tutto avvolge, tutto considera. Egli, come il lettore, come lo *spettatore imparziale*, si avvicina ai personaggi guardando da vicino la loro esperienza reale: può sembrare paradossale, ma solo da vicino è possibile

⁴⁸⁸ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 133 s.

⁴⁸⁹ «[...] criteria that can be framed and tested as an exercise of reason and not merely as an act of willfulness or will» (H. WECHSLER, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, Vol. LXXIII, fasc. n. 1, 1959, p. 11).

⁴⁹⁰ «A principled decision, in the sense I have in mind, is one that rests on reasons with respect to all the issues in the case, reasons that in their generality and their neutrality transcend any immediate result that is involved» (H. WECHSLER, *Toward Neutral Principles*, cit., p. 19).

⁴⁹¹ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 134.

⁴⁹² M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 136 s.

«esprimere correttamente la propria distaccata valutazione»⁴⁹³, preferendo una posizione di *equiprossimità* anziché di equidistanza.

3.5.3. Il giudice come *arbitro del diverso*. Casi giurisprudenziali

«È l'arbitro del diverso, è la chiave, È lo stabilizzatore della sua età, della sua terra»⁴⁹⁴

La sensibilità alla diversità è l'anello di congiunzione tra l'*immaginazione letteraria* e l'uguaglianza: solo ponendo attenzione al *particolare*, si può cogliere l'*universale*. Attenzione al particolare significa anche attenzione al particolare contesto in cui si svolge la vicenda, o, meglio ancora, in cui si muove il singolo personaggio.

E, in effetti, la tragicità dei contesti rappresentata in romanzi come *Tempi difficili* spinge «il lettore a indagare, mosso da sentimenti particolarmente intensi di identificazione e partecipazione, nelle vite in cui le circostanze avverse hanno svolto un ruolo importante»⁴⁹⁵.

Secondo Whitman, coltivare una vivida immaginazione è il primo passo per giudicare in maniera imparziale, poiché consente di partecipare alla vicenda senza prendervi parte e di «interrogarsi sul suo significato»: l'*immaginazione letteraria* è dunque efficace strumento per giungere alla conoscenza di «fatti umani» oltre che un potente «fattore motivazionale in grado di modificarli»⁴⁹⁶.

Certamente lo spettatore imparziale non può fermarsi all'immedesimazione nella sofferenza altrui, egli deve chiedersi se «quella sofferenza sia appropriata rispetto alla causa che la suscita», in altri termini, chiedersi cosa «una persona ragionevole proverebbe in quelle circostanze»⁴⁹⁷.

Un interrogativo tipico delle aule di tribunale, dove, tuttavia, spesso, ci si dimentica di compiere il passaggio precedente alla valutazione, la percezione, elemento decisivo ai fini di un giudizio equo.

⁴⁹³ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 137.

⁴⁹⁴ W. WHITMAN, *Leaves of Grass*, cit., p. 437.

⁴⁹⁵ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 138.

⁴⁹⁶ IBID.

⁴⁹⁷ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 139.

Il *giudice poeta* non si limita a mettere in atto la propria immaginazione e a percepire la realtà immedesimandosi nell'altro, egli, scrive Whitman, è lo *stabilizzatore* della sua epoca, l'*arbitro del diverso*, colui che coglie il *particolare* elevandolo ad *universale*.

Ribadisce, in proposito, Nussbaum: «l'esperienza della lettura di romanzi promuove una forte inclinazione a considerare ogni vita umana come unica e distinta dalle altre». Giudicare secondo il paradigma proposto in questa sede significa allenarsi a compiere giudizi individuali, non di categoria.

Nel primo capitolo nel presente studio si è trattato del cosiddetto *dritto penale d'autore*, chiara manifestazione di come i pregiudizi nei confronti di determinati gruppi, si fondino, spesso, «sull'attribuzione di caratteristiche negative all'intero gruppo», in altre parole «sull'incapacità di operare un'individualizzazione»⁴⁹⁸. Mantenere allenata l'*immaginazione letteraria* permette, invece, di sviluppare «disposizioni mentali che portano all'eguaglianza sociale», dal momento che «contribuiscono ad annullare gli stereotipi» ed insegnano a valutare ogni situazione come unica nel suo genere.

Grazie all'*immaginazione letteraria* è possibile coltivare le virtù del *giudice poeta*, come illustrano i casi giurisprudenziali proposti da Nussbaum e di seguito analizzati.

3.5.3.1. *Hudson v. Palmer*, Corte Suprema degli Stati Uniti, 1984: la *dissenting opinion* del giudice Stevens

Il presente caso vede come protagonisti il detenuto Russell Palmer e Ted Hudson, agente penitenziario presso il Bland Correctional Center in Virginia.

Quest'ultimo, il 16 settembre 1981, insieme ad un collega, entra nella cella di Palmer, al fine di condurre una perquisizione, in seguito alla quale viene chiamato alla sbarra dallo stesso Palmer che lo accusa di aver distrutto deliberatamente alcune delle sue proprietà personali⁴⁹⁹, nello specifico delle lettere e delle fotografie.

⁴⁹⁸ Cfr. *supra*, capitolo I, parr. 4.1.1 s.

⁴⁹⁹ «[...] petitioner had intentionally destroyed certain of respondent's noncontraband personal property during the search» (*Hudson v. Palmer*, 468 U.S. 517 (1984) in *supreme.justia.com*)

Benché Hudson sostenga di aver condotto la perquisizione con lo scopo di indagare un non meglio precisato traffico illecito, Palmer ritiene, invece, che tale perquisizione sia stata compiuta, in realtà, al solo fine di molestare ed umiliare, in altre parole unicamente per farlo soffrire⁵⁰⁰.

Secondo Palmer e il suo difensore, l'azione di Hudson costituisce una violazione del Quarto Emendamento della costituzione degli Stati Uniti d'America, dal momento che il ricorrente è stato sottoposto ad una perquisizione e ad un sequestro non solo irragionevoli, ma anche contrari alle regole del giusto processo ai sensi del Quattordicesimo Emendamento.

La Corte distrettuale si esprime a favore di Hudson, sostenendo che, per quanto riguarda il diritto alla *privacy*, il comportamento dell'agente penitenziario non ha costituito una violazione al Quarto Emendamento.

Dello stesso avviso è la Corte d'Appello, la quale aggiunge, in merito alla distruzione dei beni di Palmer, che, sulla base del precedente *Parratt v. Taylor*, 451 U. S. 527, non è stata commessa alcuna violazione delle regole del giusto processo⁵⁰¹.

Il caso approda alla Corte Suprema, dove il presidente Warren Earl Burger con la maggioranza dei giudici conferma l'esito dei due giudizi precedenti, affermando che i detenuti sono titolari di un «diritto alla *privacy* limitato»⁵⁰², poiché tale diritto è fondamentalmente «incompatibile con gli obiettivi della carcerazione»⁵⁰³.

Quanto alla distruzione delle lettere e delle fotografie, la Corte Suprema, al pari di quella d'Appello, non riconosce alcuna violazione del Quattordicesimo

⁵⁰⁰ «[...] that petitioner had conducted an unreasonable “shakedown” search of respondent’s prison property against respondent solely to harass him», IBID.

⁵⁰¹ «The District Court granted summary judgment for petitioner, and the Court of Appeals affirmed with regard to the District Court’s holding that respondent was not deprived of his property without due process. The Court of Appeals concluded that the decision in *Parratt v. Taylor*, 451 U. S. 527 - holding that a negligent deprivation of a prison inmate’s property by state officials does not violate the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment if an adequate postdeprivation state remedy exists - should extend also to intentional deprivations of property», IBID.

⁵⁰² «The court held that a prisoner has a “limited privacy right” in his cell entitling him to protection against searches conducted solely to harass or to humiliate, and that a remand was necessary to determine the purpose of the search here», IBID.

⁵⁰³ «A prisoner has no reasonable expectation of privacy in his prison cell entitling him to the protection of the Fourth Amendment against unreasonable searches. While prisoners enjoy many protections of the Constitution that are not fundamentally inconsistent with imprisonment itself or incompatible with the objectives of incarceration, imprisonment carries with it the circumscription or loss of many rights as being necessary to accommodate the institutional needs and objectives of prison facilities, particularly internal security and safety», IBID.

Emendamento e aggiunge che, qualora la perquisizione fosse stata condotta irragionevolmente e la distruzione dei beni non fosse stata accidentale, ma volontaria, lo Stato avrebbe corrisposto al detenuto un congruo risarcimento⁵⁰⁴.

Il giudice John Paul Stevens, insieme ad altri tre giudici della Corte, dissente parzialmente dall'opinione del presidente e della maggioranza dei giudici, sostenendo, in primo luogo, che Hudson abbia intenzionalmente e «maliziosamente» distrutto le lettere e le fotografie di Palmer con il solo fine di molestarlo ed umiliarlo⁵⁰⁵.

In secondo luogo, benché convenga con l'insussistenza di una violazione delle regole del giusto processo, sostiene che la motivazione addotta dal presidente e dalla maggioranza dei giudici sia del tutto «incoerente» oltre che «fortemente viziata»⁵⁰⁶.

Stevens, infatti, afferma che, la Corte, così opinando, sembrerebbe ammettere la possibilità di compiere perquisizioni e sequestri con il solo fine di cagionare un nocumento al detenuto e che tali azioni, anche qualora non costituiscano, di per sé, una violazione delle regole del giusto processo, non possono costituire un'ingiustificata intromissione in un fondamentale diritto come quello alla *privacy* o al processo di beni⁵⁰⁷.

I dissenzienti così replicano al giudizio della maggioranza della Corte:

«Se si assumono come misura le condizioni valide in una società democratica, non si può che riconoscere un inestimabile valore a quei beni e a quel minimo di *privacy* che un detenuto può conservare nella propria cella. Per il detenuto, infatti, quel minimo di *privacy* e quei beni possono significare la differenza tra umanità e schiavitù [...]. La corrispondenza e le immagini che ritraggono famiglia, un souvenir, un mazzo di carte,

⁵⁰⁴ «Even if petitioner intentionally destroyed respondent's personal property during the challenged "shakedown" search, the destruction did not violate the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, since respondent had adequate postdeprivation remedies under Virginia law for any loss suffered», IBID.

⁵⁰⁵ «[...] Hudson maliciously took and destroyed a quantity of Palmer's property, including legal materials and letters, for no reason other than harassment», IBID.

⁵⁰⁶ «[...] I agree that Palmer's complaint does not allege a violation of his constitutional right to procedural due process. The reasoning [...] however, is seriously flawed - indeed, internally inconsistent», IBID.

⁵⁰⁷ «But the Court then holds that, no matter how malicious, destructive, or arbitrary a cell search and seizure may be, it cannot constitute an unreasonable invasion of any privacy or possessory interest that society is prepared to recognize as reasonable», IBID.

il materiale per un hobby, un diario un manuale per imparare un nuovo mestiere, oppure ancora una Bibbia – oggetti di scarso valore economico che, tuttavia permettono al detenuto di mantenersi in contatto con il suo passato ed intravedere la prospettiva di un futuro migliore. Possono, dunque, questi oggetti essere ispezionati, confiscati o addirittura distrutti da un agente penitenziario evidentemente ostile? È giusto, dunque, che questa Corte percepisca la società come non disposta a riconoscere alcuna *privacy* o interesse possessorio al detenuto – non importa, dunque, il livello a cui può giungere la minaccia alla sicurezza carceraria?»⁵⁰⁸

Stevens, nel prosiegua della sua argomentazione, sottopone all'attenzione dei colleghi la distinzione tra diritto alla *privacy* e diritto al possesso, riprendendo le definizioni di sequestro e perquisizione fornite da casi precedenti, al fine di sollecitare la Corte ad osservare come il possesso, da parte del detenuto, delle fotografie e delle lettere distrutte fosse pienamente legittimo in base alla legge dello Stato della Virginia⁵⁰⁹.

Il giudice dissenziente ritiene, dunque, che la Corte cada in errore nel momento in cui afferma che un prigioniero non possa godere di un legittimo diritto al possesso.

La stessa Corte, peraltro, si contraddice nel momento in cui ammette che tale materiale distrutto costituisce una proprietà e, pertanto, la pretesa di Palmer nient'altro sarebbe se non una legittima rivendicazione del suo diritto.

Stevens passa, poi, all'analisi della condotta di Hudson, sostenendo che il sequestro dei beni del detenuto fosse privo di una legittima giustificazione, dal momento che non è mai stata messa in discussione la provenienza di tali beni e la

⁵⁰⁸ «Measured by the conditions that prevail in a free society, neither the possessions nor the slight residuum of privacy that a prison inmate can retain in his cell, can have more than the most minimal value. From the standpoint of the prisoner, however, that trivial residuum may mark the difference between slavery and humanity [...] Personal letters, snapshots of family members, a souvenir, a deck of cards, a hobby kit, perhaps a diary or a training manual for an apprentice in a new trade, or even a Bible - a variety of inexpensive items may enable a prisoner to maintain contact with some part of his past and an eye to the possibility of a better future. Are all of these items subject to unrestrained perusal, confiscation, or mutilation at the hands of a possibly hostile guard? Is the Court correct in its perception that "society" is not prepared to recognize any privacy or possessory interest of the prison inmate - no matter how remote the threat to prison security may be?», IBID.

⁵⁰⁹ «Even if it is assumed that Palmer had no reasonable expectation of privacy in most of the property at issue in this case because it could be inspected at any time [...] This text protects two kinds of expectations, one involving 'searches', the other 'seizures'. A 'search' occurs when an expectation of privacy that society is prepared to consider reasonable is infringed. A 'seizure' of property occurs when there is some meaningful interference with an individual's possessory interests in that property», IBID.

loro eventuale pericolosità; tant'è vero che lo stesso agente, prima di procedere alla loro distruzione, li aveva già sottoposti ad accurato esame⁵¹⁰.

Il giudice conclude ritenendo che, la condotta di Hudson sia stata guidata unicamente dall'intenzione di molestare e umiliare Palmer, nonché di cagionarne la sofferenza, sottraendogli un bene materiale avente per lui un altissimo valore affettivo. Egli aggiunge che, privare i detenuti anche del minimo residuo dei loro diritti alla *privacy* o al possesso costituisca, oltre che una violazione della legge, anche un'azione contraria agli obiettivi istituzionali⁵¹¹.

La stessa comunità scientifica dei sociologi riconosce come il prigioniero privato di ogni senso di individualità sia portato a svalORIZZARE se stesso e gli altri e, pertanto, sia maggiormente incline alla violenza verso se stesso e il prossimo⁵¹².

Secondo Stevens, appare superflua ogni prova sociologica che confuti l'argomento sostenuto dalla Corte, secondo cui le esigenze istituzionali hanno la precedenza sui diritti dei detenuti. Non può esservi, infatti, alcuna esigenza istituzionale che motivi il sequestro e la deliberata distruzione dei beni di un detenuto che non siano pericolosi e che non provengano da traffico illecito⁵¹³.

Non riconoscere ai detenuti una tutela dei propri beni, specie di quelli che hanno un elevato valore affettivo, la cui perdita è, dunque, irrisarcibile, significa, di fatto, sostenere che i detenuti non hanno diritto a che vengano loro riconosciute individualità e dignità al pari di ogni altro essere umano⁵¹⁴. Per la Corte, infatti, secondo le parole di Stevens, un prigioniero vale poco più di un bene mobile⁵¹⁵.

Il giudice conclude l'esposizione della sua *dissenting opinion* ricordando alla Corte il ruolo dei tribunali, che, per tradizione, hanno il particolare dovere di

⁵¹⁰ «Hudson had already examined the material before he took and destroyed it. The allegation is that Hudson did this for no reason save spite; there is no contention that, under prison regulations, the material was contraband, and in any event, as I have indicated above, the Constitution prohibits a State from treating letters and legal materials as contraband», IBID.

⁵¹¹ «Depriving inmates of any residuum of privacy or possessory rights is, in fact, plainly contrary to institutional goals», IBID.

⁵¹² «Sociologists recognize that prisoners deprived of any sense of individuality devalue themselves and others, and therefore are more prone to violence toward themselves or others», IBID. La sentenza rinvia a P.C. GIANNELLI - F.A. GILLIGAN, *Prison Searches and Seizures: "Locking" the Fourth Amendment Out of Correctional Facilities*, in *Virginia Law Review*, Vol. LXII, fasc. n. 6, p. 1045 ss.

⁵¹³ «In the final analysis, however, any deference to institutional needs is totally undermined by the fact that Palmer's property was not contraband. If Palmer were allowed to possess the property, then there can be no contention that any institutional need or policy justified the seizure and destruction of the property», IBID.

⁵¹⁴ «To accord prisoners any less protection is to declare that the prisoners are entitled to no measure of human dignity or individuality [...]», IBID.

⁵¹⁵ «Court takes today. It declares prisoners to be little more than chattels, a view I thought society had outgrown long ago», IBID.

tutelare i diritti dei soggetti più vulnerabili contro le assurde pretese avanzate in nome di esigenze istituzionali.

«I tribunali hanno il particolare obbligo di tutelare i diritti dei detenuti, i quali sono reietti della società, privati del diritto al voto, temuti e disprezzati, esclusi dalla scena pubblica. Essi rappresentano, a tutti gli effetti, una minoranza isolata. Pertanto, la distruzione dei beni appartenuti a Palmer è sottoposta alla valutazione dei giudici, che hanno il dovere costituzionale di valutarne la giustificatezza [...]

Trasmettere ai detenuti il messaggio che nessun ambito della loro individualità, neppure la lettera di una moglie o la fotografia di un figlio, abbia diritto ad una tutela costituzionale significa rompere con quella tradizione etica che dovrebbe essere gelosamente custodita nella giurisprudenza statunitense»⁵¹⁶.

Martha Nussbaum prosegue l'analisi della pronuncia, cercando di far emergere quelli che possono «essere definiti gli aspetti letterari delle riflessioni di Stevens».

La filosofa osserva come la *dissenting opinion* non sia, in realtà, «manifestamente diretta a suscitare emozioni particolari»: essa, infatti, non presenta «una consapevolezza retorica e stilistica; non è letteraria come potrebbero esserlo una prova di stile di grande effetto». Tuttavia, l'argomentazione del giudice Stevens, secondo Nussbaum, contiene le fondamentali caratteristiche della figura del *giudice poeta*⁵¹⁷.

Il giudice si pone dinnanzi alla «separatezza e all'individualità» di Palmer «e immagina⁵¹⁸ quale potrebbe essere il significato» degli oggetti posseduti dal detenuto nella sua cella: oggetti di scarso valore economico, ma di inestimabile valore affettivo, quali lettere e fotografie. Elementi capaci di tenere viva l'umanità del detenuto e la sua speranza per una vita migliore.

Stevens, al contrario del presidente della Corte e della maggioranza dei suoi componenti, non considera il detenuto «come un semplice corpo da gestire per

⁵¹⁶ «The courts, of course, have a special obligation to protect the rights of prisoners. Prisoners are truly the outcasts of society. Disenfranchised, scorned and feared, often deservedly so, shut away from public view, prisoners are surely a “discrete and insular minority”. In this case, the destruction of Palmer's property was a seizure; the Judiciary has a constitutional duty to determine whether it was justified [...] By telling prisoners that no aspect of their individuality, from a photo of a child to a letter from a wife, is entitled to constitutional protection, the Court breaks with the ethical tradition that I had thought was enshrined forever in our jurisprudence», IBID.

⁵¹⁷ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 151.

⁵¹⁸ Si ricordi l'importanza riconosciuta al ruolo dell'*immaginazione letteraria* nel pensiero della filosofa statunitense (vedi *supra*, par. 2.3).

tramite delle regole istituzionali», bensì «come un cittadino titolare di diritti è dotato di una dignità che esige rispetto»⁵¹⁹.

Egli, grazie al suo grado di empatia e alla sua immaginazione, fa breccia «nell'esistenza di un uomo [...] temuto e detestato dalla società», individua e difende i suoi diritti e i suoi interessi, immedesimandosi nella sua condizione, senza, tuttavia «condividerne pienamente le emozioni e le ragioni», ma mantenendo la posizione di uno spettatore imparziale.

Se la maggioranza dei giudici non esprime disposizione alcuna all'immaginazione e alla comprensione del legittimo interesse del detenuto alla tutela dei propri beni, il giudice dissenziente, al contrario, riesce ad *immaginare* questo interesse, prendendo atto della differenza tra il detenuto e «gli altri cittadini», «riconoscendo i comuni interessi umani che li mettono in relazione: quelli verso la famiglia, i ricordi di casa, il miglioramento delle proprie condizioni»⁵²⁰.

Stevens incarna, dunque, perfettamente la «posizione dello spettatore neutrale e imparziale»: egli precisa che «il suo ragionamento non è *ad hoc e neppure finalizzato* ad ottenere un risultato politico immediato».

Le considerazioni del giudice sono, infatti, estese alla generalità dei detenuti: egli pone «l'accento sul carattere emblematico del caso» e su quello «universalizzabile del suo giudizio»⁵²¹.

E, in effetti, la maggioranza dei componenti della Corte, insieme al presidente, sostenendo la precedenza delle esigenze istituzionali sulle rivendicazioni del detenuto, sembra ignorarne umanità e non riconoscerne i diritti e gli interessi che lo accomunano e lo «legano agli altri membri della società»⁵²².

Stevens avrebbe potuto esprimere la sua opinione dissenziente anche senza l'inserimento di «vividi dettagli», tuttavia la presenza di questi elementi sollecita l'*immaginazione* e quindi l'*attenzione* della società alla condizione del detenuto Palmer, e, in generale, di tutti i detenuti.

Con la stessa intensità Stevens descrive anche la condotta dell'agente penitenziario Hudson e la sua «volontà di nuocere», inserendo particolari che

⁵¹⁹ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 151.

⁵²⁰ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 151 s.

⁵²¹ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 152.

⁵²² *IBID.*

permettono di comprendere con esattezza «la natura vessatoria» della persecuzione e della distruzione dei beni di Palmer. Egli, di nuovo, chiama in causa la collettività dei cittadini, affermando che un'azione dannosa e gratuitamente crudele come quella commessa da Hudson nei confronti di Palmer non può essere tollerata da una «società civile» ed evoluta come quella statunitense degli anni Ottanta del secolo scorso⁵²³.

La riflessione condotta da John Paul Stevens consente di *immaginare vividamente* la dignità, l'umanità e l'inviolabile individualità di Russel Palmer, cittadino statunitense prima che detenuto e, a prescindere dalle categorie sociali e giuridiche, anzitutto, essere umano.

L'interpretazione della «logica costituzionale» proposta da Stevens non si pone in contrasto solo con le opinioni degli altri giudici della Corte, ma anche con l'approccio economico utilitarista tanto osteggiato da Nussbaum, secondo cui i diritti individuali non sarebbero nient'altro che una «questione di esigenze istituzionali» e non una prerogativa di ogni essere umano⁵²⁴.

3.5.3.2. Mary J. Carr v. Allison Gas Turbine Division, General Motors Corporation, Corte d'Appello degli Stati Uniti per il settimo circuito giudiziario, 1994: l'opinione del giudice Posner

Mary Jane Carr è la prima donna ad essere assunta come operaia nel reparto turbine a gas della *General Motors Corporation* nello stato dell'Indiana.

Per cinque anni subisce continue molestie sessuali da parte dei colleghi maschi, in seguito alle quali rivolge, purtroppo senza alcun risultato, lamentele agli organi dell'azienda gerarchicamente a lei superiori, con la speranza di ottenere una tutela della sua condizione di donna e di lavoratrice.

⁵²³ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 152 s.

⁵²⁴ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 153. Sul tema si rinvia a R. POSNER, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1981. Per una riflessione giuridica e sociologica: C.E. PALIERO, *Il Mercato della Penalità*, Giappichelli, Torino, 2021; L. EUSEBI, *Qualcosa di meglio della pena retributiva. In margine a C.E. Paliero, il mercato della penalità*, in *Sist. pen.*, pubblicato il 9 maggio 2023.

Nel 1989, a fronte di una situazione ormai divenuta insostenibile, Carr si licenzia e fa causa alla *General Motors Corporation* al fine di ottenere la liquidazione degli arretrati.

In seguito al dibattimento svoltosi nel primo grado di giudizio, il giudice Larry K. McKinney delibera a favore dell'azienda, accogliendo la tesi di quest'ultima, secondo cui le presunte molestie altro non erano che mere allusioni sessuali e che, comunque, in nessun modo la *General Motors Corporation* avrebbe potuto impedirle.

Successivamente, la Corte d'Appello rigetta il giudizio di primo grado, deliberando in favore di Carr e riconoscendo così le molestie subite dalla donna.

Di seguito, si riporta l'opinione del giudice Richard Posner, il quale, per prima cosa, afferma che, i difensori di Carr, «preoccupati dell'eventualità che lo standard richiesto di “errore palese” non garantisse» il risultato, avrebbero «tentato di convincere la Corte d'Appello che l'opinione della Corte distrettuale» fosse «inficiata da un errore giuridico»⁵²⁵.

Posner non ravvisa alcun errore giuridico, bensì ne individua uno nell'accertamento dei fatti.

Egli sostiene, infatti, che «lo standard di “errore palese”» richieda ai giudici dell'appello di effettuare una distinzione tra la situazione in cui costoro *pensano* che avrebbero «deciso in modo diverso rispetto ai fatti in esame» e la situazione in cui costoro siano «*fermamente convinti* che lo avrebbero fatto». Posner precisa che la sua deliberazione rientra nella seconda situazione⁵²⁶.

Quando si parla di *fatti*, in un caso come quello in questione, bisogna fare attenzione a tener distinti i fatti dalle valutazioni.

Nel caso di specie non si mettono in discussione le vicende verificatesi nell'officina della *General Motors Corporation*, ma piuttosto la loro *portata umana*, ovvero quanto i comportamenti posti in essere dai colleghi maschi di Carr abbiano reso ostile, se non invivibile, il clima in cui la stessa lavorava.

⁵²⁵ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 154; «Carr's lawyer strained to persuade us at oral argument that the district judge's opinion is infected by legal error, and specifically by a failure to have anticipated a decision by the Supreme Court handed down after he wrote his opinion» (*Mary J. Carr; Plaintiff-appellant, v. Allison Gas Turbine Division, General Motors Corporation*, defendant-appellee, 32 F.3d 1007, 7th Cir. (1994) in *law.justia.com*).

⁵²⁶ IBID. «[...] it is not true that the clear-error standard imposes an insuperable burden on appellants [...] It requires us appellate judges to distinguish between the situation in which we think that if we had been the trier of fact we would have decided the case differently and the situation in which we are firmly convinced that we would have done so», IBID.

I fatti contestati sono, dunque, *essenzialmente fatti umani*, del tipo che il *giudice poeta*, per le sue particolari qualità, «è più adatto a valutare»⁵²⁷.

Posner, nell'espone la propria opinione, contesta tre questioni sollevate durante il giudizio presso la Corte distrettuale.

La prima riguarda l'affermazione secondo cui Mary Jane Carr sarebbe stata assoggettata, a causa del suo sesso, a comportamenti ostili intimidatori e degradanti con il fine di creare per lei condizioni di lavoro sfavorevoli⁵²⁸; nella seconda si fa, invece, riferimento al comportamento negligente del convenuto (*General Motors Corporation*), che, in alcun modo, avrebbe reagito in seguito delle lamentele della lavoratrice⁵²⁹; la terza ed ultima riguarda, infine, il dubbio sollevato da un giudice di primo grado, il quale avrebbe affermato la probabilità che i comportamenti dei colleghi maschi di Carr avrebbero potuto costituire «molestie gradite» dalla stessa⁵³⁰.

Tali questioni rilevano ai sensi del Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964⁵³¹, il quale autorizza ad indagare su fatti di questa natura, ma richiede integrazioni da parte dei giudici chiamati a valutare la vicenda in concreta⁵³², il che implica l'impiego delle già più volte citate virtù del *giudice poeta*.

Richard Posner inizia a svolgere la sua funzione di *giudice poeta* partendo con una minuziosa e attenta *narrazione* delle vicende che vedono come protagonisti Mary Jane Carr e i suoi colleghi di lavoro⁵³³.

⁵²⁷ IBID.

⁵²⁸ «The first is whether the plaintiff was, because of her sex, subjected to such hostile, intimidating, or degrading behavior, verbal or nonverbal, as to affect adversely the conditions under which she worked», IBID.

⁵²⁹ «The second question is whether, if so, the defendant's response or lack thereof to its employees' behavior was negligent», IBID.

⁵³⁰ «[...] the employee demonstrates by word or deed that the "harassment" is welcome [...] "Welcome sexual harassment" is an oxymoron», IBID.

⁵³¹ Il Titolo VII del *Civil Rights Act* vieta il compimento di atti discriminatori sui luoghi di lavoro basati sull'etnia, il colore della pelle, la religione, il sesso e l'origine delle persone.

⁵³² M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 155.

⁵³³ Si è già più volte fatto riferimento nel presente studio all'importanza della narrazione nel processo e al fatto che il processo stesso sia una narrazione di fatti storicamente irripetibili, la cui rappresentazione dipende non solo dal momento e dal contesto in cui la ricostruzione avviene, ma anche e soprattutto dalla posizione e dalla prospettiva del narratore. Il tema della narrazione come fulcro della cooperazione tra diritto e letteratura verrà ripreso al par. 4.

«Mary Jane Carr viene assunta come addetta alla perforatrice del reparto turbine a gas della General Motors Corporation, quando, nell'agosto del 1984 entra a far parte della manodopera qualificata del reparto come apprendista stagnatrice. Si tratta della prima donna assunta nel settore dell'officina dedicato alla stagnatura. I suoi colleghi maschi non erano contenti di lavorare con una donna. Le rivolgevano quotidianamente osservazioni umilianti di carattere sessuale [...]»⁵³⁴ si riferivano continuamente a lei con epiteti offensivi [...]»⁵³⁵ le facevano scherzi con diretti ed espliciti riferimenti al sesso o al genere [...]»⁵³⁶ decoravano la sua cassetta degli attrezzi e le pareti dell'officina con simboli, scritte e disegni offensivi dichiara allusione sessuale [...]»le rubavano gli attrezzi [...] appendevano fotografie di donne nude in tutta l'officina e si spogliavano davanti ai suoi occhi [...]»⁵³⁷ uno tra gli operai aveva esibito in sua presenza i propri organi genitali [...] urinavano dal tetto dell'officina in sua presenza [...]»⁵³⁸.

Senza ottenere alcun risultato la donna inizia a lamentarsi delle molestie con i suoi superiori [...] Routh, uno tra questi, dichiara di non essere in grado di valutare le offensività delle frasi rivolte a Carr dal momento che egli è un uomo e non una donna [...] egli, nell'udire quelle frasi ingiuriose, si limitava a ridacchiare e a mordere la sua pipa»⁵³⁹.

Quella che per certi versi può essere considerata una semplice descrizione rivela, in realtà, «una notevole attitudine letteraria per i particolari». Il giudice Posner sceglie di collocarsi in una posizione molto vicina alla scena, narrando i fatti con dovizia di particolari.

Tuttavia, benché egli si collochi *particolarmente* vicino alla realtà narrata, «la sua posizione è quella di un osservatore imparziale estremamente critico nei confronti della condotta dei lavoratori maschi»⁵⁴⁰.

⁵³⁴ «Carr was a drill operator in GM's gas turbine division when, in August 1984, she entered the skilled trades in the division as a tinsmith apprentice. She was the first woman to work in the tinsmith shop, and her male coworkers were unhappy about working with a woman. They made derogatory comments of a sexual character to her on a daily basis [...]» (*Mary J. Carr, Plaintiff-appellant, v. Allison Gas Turbine Division, General Motors Corporation, cit.*).

⁵³⁵ «[...] continually referred to her in her presence by such terms as [...]», IBID.

⁵³⁶ «[...] and played various sex-or gender-related pranks on her [...]», IBID.

⁵³⁷ «They festooned her tool box and work area with signs, pictures, and graffiti of an offensive sexual character, hid and stole her tools, hid her toolbox, hung nude pin-ups around the shop, and would strip to their underwear in front of her when changing into and out of their work clothes», IBID.

⁵³⁸ «Carr's male coworkers urinated from the roof of the shop in her presence», IBID.

⁵³⁹ «He testified that even though some of the offensive statements were made in his presence, not being a woman himself he was not sure that the statements would be considered offensive by a woman. His perplexity was such that when he heard the statements he would just chuckle and bite down harder on his pipe», IBID.

⁵⁴⁰ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 156.

Il volontario uso ironico da parte di Posner di espressioni quali «decoravano la sua cassetta degli attrezzi»⁵⁴¹ ci fa «comprendere come egli colga il vero significato della tesi (sostenuta dall'intera *General Motors Corporation*) secondo cui tutto ciò non era che una sorta di scherzo o di burla cui partecipavano i lavoratori di entrambi i sessi».

Posner, a differenza di Routh, colui che, in qualità di superiore, avrebbe dovuto tutelare la donna e difenderla dalle molestie dei colleghi, assume la posizione — detto altrimenti, letteralmente, si mette nei panni — di un individuo che «riesce a immaginare il probabile impatto di questo condotta su una donna»⁵⁴².

Posner affronta direttamente la questione dell'impatto delle molestie su Carr, reagendo alla «tesi, sostenuta dal giudice distrettuale», secondo il quale il comportamento degli operai non è da considerarsi, di per sé, «molesto», dal momento che, l'utilizzo di un linguaggio volgare e sessista è piuttosto comune nei luoghi di lavoro «e i dipendenti non sono obbligati per legge a rinunciare solo perché alcuni lo trovano offensivo»⁵⁴³.

Secondo Posner, che riconosce il valore della parola e del linguaggio, è necessario insistere «sulla differenza tra ciò che è “semplicemente volgare è moderatamente offensivo” e ciò che è “profondamente offensivo e sessualmente molesto”»⁵⁴⁴.

«In primo luogo, le parole e i comportamenti di cui Carr si lamenta erano rivolti direttamente contro di lei [...] è molto più sgradevole essere il bersaglio di una condotta offensiva rispetto ad esserne solo spettatori [...]. In secondo luogo, deturpare i beni di una persona costituisce un affronto particolarmente minaccioso e più aggressivo delle semplici parole»⁵⁴⁵.

⁵⁴¹ «They festooned her tool box [...] ». Cfr. *infra*, nota n. 545.

⁵⁴² M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 156.

⁵⁴³ *IBID.*

⁵⁴⁴ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 156, s. «Yet there are gradations even here, and the district judge was surely correct that the words and deeds of Mary Carr's male coworkers crossed the line that separates the merely vulgar and mildly offensive from the deeply offensive and sexually harassing» (*Mary J. Carr, Plaintiff-appellant, v. Allison Gas Turbine Division, General Motors Corporation*, cit.).

⁵⁴⁵ «For one thing, the words and acts of which she complains were [...] targeted on her, and it is a lot more uncomfortable to be the target of offensive words and conduct than to be merely an observer of them. For another thing, defacing a person's property [...] more ominous, more aggressive affronts than mere words», *IBID.*

Anche in questo caso, come nel precedente, è evidente, osserva Nussbaum, «come l'empatia si accompagna a una valutazione imparziale» dei fatti⁵⁴⁶.

Non a caso il giudice Posner, durante l'esposizione della sua *opinion*, cita Patricia J. Williams⁵⁴⁷, avvocato e docente di diritto, nonché pronipote di uno schiavo e di un avvocato bianco del sud degli Stati Uniti, autrice di un saggio autobiografico in cui riflette sull'intersezione tra razza, genere e classe e riporta numerosi esempi di emarginazione e diseguaglianza sociale.

Posner ripropone alcune di queste esperienze paragonandole al caso in questione e giungendo così ad affermare che, per una «valutazione adeguata della tesi di Mary Carr», è necessario confrontarsi con le testimonianze di altri individui in condizioni di emarginazione e di simile diseguaglianza sociale⁵⁴⁸. Anche questo, in fondo, significa allenare l'empatia.

Per un giudice nella posizione di Posner, infatti, non è facile «decidere, sulla base del proprio giudizio e della propria esperienza, se l'intimidazione riferita dalla Carr fosse ragionevolmente fondata su fatti oggettivi inerenti alla sua situazione».

Il giudice risolve, allora, il problema impiegando come strumento (letterario) il «riferimento ad altre storie di molestia»⁵⁴⁹: *storie, narrazioni*, vicende umane condivise, quasi a voler dimostrare che, in fondo, tutte le ingiustizie si assomigliano, così come tutte le vittime.

Anche questo giudice sembra incarnare, a tutti gli effetti, la concezione smithiana di *spettatore imparziale*, senza mostrare «alcun coinvolgimento emotivo nella situazione», ma narrando con lucidità e neutralità i fatti accaduti, anche grazie all'uso delle emozioni, che non vengono escluse dal suo racconto, ma, al contrario, vengono sollecitate.

«La sua è una prova di “fantasia”», con la quale mette in atto un'*immaginazione letteraria* che gli permette non solo di cogliere la drammaticità degli eventi e la sofferenza di Carr, ma anche di raffigurarsi nitidamente

⁵⁴⁶ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 157.

⁵⁴⁷ P.J. WILLIAMS, *Alchemy of Race and Rights: Diary of a Law Professor*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1992, «[...] it is a lot more uncomfortable to be the target of offensive words and conduct than to be merely an observer of them», *IBID.* Cfr. *supra*, nota n. 553.

⁵⁴⁸ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 157.

⁵⁴⁹ *IBID.*

«l'asimmetria effettiva della situazione»⁵⁵⁰: l'isolamento della donna sul luogo di lavoro e la mancanza di ascolto e tutela da parte del suo superiore.

Nelle sue conclusioni Posner inserisce diretti richiami all'*immaginazione* e alla *ragionevolezza*, esprimendo la «giusta indignazione e il giusto disprezzo», o, meglio, la *ragionevole* indignazione e il *ragionevole* disprezzo, di uno spettatore imparziale di fronte al racconto dei vissuti di Mary Jane Carr⁵⁵¹.

Egli respinge fermamente «la pretesa che la General Motors fosse impotente» ad esprimere la sua opinione e ad agire in difesa della sua dipendente e fa uso di una potente e vivida metafora paragonando l'azienda «a un cane incontinente alle prese con i propri escrementi».

«L'efficace retorica» di Posner «esprime un crescendo di indignazione e di condanna» nei confronti degli abusi subiti dalla donna e mette «in evidenza la disparità del compito affrontato (con successo) dalla Marina degli Stati Uniti e il compito rifiutato dalla General Motors»⁵⁵².

«È senz'altro difficile per un datore di lavoro distinguere tra le accuse e le controaccuse di molestie sessuali tra dipendenti reciprocamente ostili, ma, in questo caso, ci troviamo di fronte ad una situazione in cui, per diversi anni, una delle maggiori aziende del Paese ha sostenuto di non poter intervenire con efficacia al fine di interrompere una lunghissima serie di molestie sessuali perpetrate a danno di una sola donna. Nessuna persona ragionevole potrebbe immaginare che un'azienda come la General Motors fosse davvero impotente e che facesse tutto quello che ragionevolmente poteva essere fatto. È evidente che l'azienda (o, quantomeno, il reparto turbine a gas) era totalmente impreparata alla gestione di problemi di questo tipo anche quando su quei problemi ci sbatteva il muso ed era totalmente incapace di escogitare una soluzione. I suoi sforzi per conoscere la realtà dei fatti erano fiacchi, quelli per imporre disciplina tra i lavoratori inesistenti e quelli per trovare un rimedio insufficienti. La Marina degli Stati Uniti è riuscita ad integrare le donne negli equipaggi delle navi da guerra; la General Motors avrebbe dovuto limitarsi ad integrare un'unica donna in un'officina per la stagnatura.

La sentenza è stata cassata con l'istruzione di emettere una sentenza che stabilisse la responsabilità per l'attore (perché nessun'altra conclusione sarebbe coerente con i

⁵⁵⁰ «The asymmetry of positions must be considered. She was one woman; they were many men» (*Mary J. Carr, Plaintiff-appellant, v. Allison Gas Turbine Division, General Motors Corporation*, cit.).

⁵⁵¹ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 159 s.

⁵⁵² M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 160.

verbali [...]) e di procedere alla determinazione di un risarcimento cui la stessa ha diritto»⁵⁵³.

Il ragionamento e l'atteggiamento di Posner, come accade per Stevens, sono pienamente riconducibili alla figura del *giudice poeta*, un giudice neutrale ed imparziale, dotato, però, di immaginazione e capace di dare ascolto alle proprie emozioni: immaginazione ed emozione sono, infatti, gli elementi su cui si basa il ragionamento del giudice Richard Posner e grazie ai quali è possibile ricostruire con completezza e attenzione la vicenda oggetto del giudizio.

La ricostruzione di Posner provoca nell'astante o nel lettore, al pari delle satire di Giovenale o di Jonathan Swift, una «*saeva indignatio*» grazie ad un «ritratto mordace della disonestà e della crudeltà umane»⁵⁵⁴.

Secondo Nussbaum, similmente a quanto accade con la *dissenting opinion* del giudice Stevens in *Hudson v. Palmer*, anche in questo delicatissimo caso, «l'approccio letterario è strettamente connesso con un'attenzione simpatetica alla condizione particolarmente difficile di persone che sono socialmente diseguali, e di conseguenza, in una certa misura, impotenti». Il giudice Posner richiama, infatti, puntualmente l'attenzione sulla diseguaglianza, o, meglio, «sull'asimmetria delle posizioni»⁵⁵⁵: «she was one woman; they were many men»⁵⁵⁶, lei era una donna (sola), loro erano molti uomini.

Anche Posner⁵⁵⁷, come il giudice Stevens, nel raccontare la vicenda di Mary Jane Carr si accorge del *particolare* e lo eleva ad *universale*, comparando il suo dolore con quello di altri emarginati, anch'egli, come scrive Whitman, diventa *arbitro del diverso*⁵⁵⁸.

⁵⁵³ «It is difficult for an employer to sort out charges and countercharges of sexual harassment among feuding employees, but we are dealing here with a situation in which for years one of the nation's largest enterprises found itself helpless to respond effectively to an egregious campaign of sexual harassment directed at one woman [...] The U.S. Navy has been able to integrate women into the crews of warships; General Motors should have been able to integrate one woman into a tinsmith shop [...] The judgment is reversed with instructions to enter judgment on liability for the plaintiff (since no other result would be consistent with the record [...]) and proceed to a determination of the remedy to which she is entitled» (*Mary J. Carr, Plaintiff-appellant, v. Allison Gas Turbine Division, General Motors Corporation*, cit.).

⁵⁵⁴ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica*, cit., p. 160.

⁵⁵⁵ IBID.

⁵⁵⁶ *Mary J. Carr, Plaintiff-appellant, v. Allison Gas Turbine Division, General Motors Corporation*, cit.

⁵⁵⁷ Il giudice Richard Posner è autore di numerose ricerche e di un volume dedicati al rapporto tra diritto e letteratura: R.A. POSNER, *Law & Literature*, III ed., Harvard University Press, Cambridge (MA), 2009.

⁵⁵⁸ «È l'arbitro del diverso, è la chiave, È lo stabilizzatore della sua età, della sua terra [...]» (W. WHITMAN, *Leaves of Grass*, cit., p. 437).

4. Letteratura e diritto: un binomio vincente

Lo stretto legame tra il diritto e la letteratura non è un fenomeno recente, ma risale fin dall'antichità e rappresenta un tratto caratteristico delle opere della tradizione classica, «profondamente permeate nella loro struttura narrativa dal fenomeno giuridico al punto di costituire, nella modernità, un'imprescindibile momento di analisi nel processo di costruzione degli ordinamenti e degli istituti giuridici antichi»⁵⁵⁹.

Si tratta di una vera e propria «vocazione interdisciplinare», sulla quale, in seguito, si è modellato il pensiero dell'uomo medievale e dei primi umanisti: un «formidabile amalgama tra scibile giuridico e letterario», che produce una «feconda tensione culturale» capace di condurre ad una maggiore e migliore comprensione delle tematiche giuridiche attraverso le lettere e il loro modo di raccontare e rappresentare la realtà e i suoi protagonisti⁵⁶⁰.

Si deve, tuttavia, attendere il XX secolo per vedere questa «relazione interdisciplinare» sorretta ed alimentata da un «paradigma giuridico-culturale» che prende il nome di *Law and Literature*: un'espressione nuova, un inedito connubio che sottende una «disposizione intellettuale» trascendente «l'autonomia e l'individualità delle singole regioni del sapere speculativo»⁵⁶¹.

L'atavica relazione tra diritto e letteratura può essere scandita dal punto di vista cronologico in tre periodi che coprono l'intero arco del secolo scorso.

La prima fase è da ricondursi alla prima metà del XX secolo.

Essa si sviluppa negli Stati Uniti d'America grazie al prezioso contributo dapprima di John H. Wigmore⁵⁶² e successivamente di Benjamin N. Cardozo⁵⁶³, i quali definiscono *ante litteram*⁵⁶⁴, le due correnti principali del futuro *Law and Literature Movement*, che si identificano come *Law in Literature* e *Law as*

⁵⁵⁹ G. FORTI, *Introduzione*, in *Giustizia e Letteratura I*, a cura di G. FORTI - C. MAZZUCATO - A. VISCONTI, Vita e Pensiero, Milano, 2012, p. XV.

⁵⁶⁰ IBID.

⁵⁶¹ G. FORTI, *Introduzione*, cit. p. XVI.

⁵⁶² J.H. WIGMORE, *A List of Legal Novels*, in *Illinois Law Review*, 1908.

⁵⁶³ B.N. CARDOZO, *Law and Literature*, Harcourt, Brace and Company, New York, 1931.

⁵⁶⁴ La nascita del movimento letterario vero e proprio avviene negli anni Ottanta.

Literature, «nonché i possibili contributi che la letteratura è in grado di offrire al giurista sul piano etico ed ermeneutico»⁵⁶⁵.

La seconda fase riguarda, invece, l'Europa.

Di poco successive a quelle americane sono le riflessioni di Hans Fehr, Antonio D'Amato⁵⁶⁶ e Ferruccio Pergolesi⁵⁶⁷, non dedicate all'ancora poco percepito fenomeno di *Law and Literature*, bensì ad un'analisi comparatistica delle reciproche influenze tra le due discipline.

La terza fase si apre con la pubblicazione negli Stati Uniti di *The Legal Imagination*, opera di James White che, nel 1973, che consacra la nascita del *Law and Literature Movement*.

Sono gli anni Ottanta, dunque, a vedere finalmente riconosciuta a livello internazionale la «riflessione giusletteraria», che viene rapidamente diffusa nelle *Law Schools* americane, dalle quali nasceranno numerosi studi che permettono un arricchimento del mondo del «diritto attraverso il confronto con discipline extra-giuridiche come la letteratura, cui si fa riferimento sia quale fonte di narrazioni aneddotiche utili a stemperare certi formalismi legalistici, sia quale strumento linguistico ed ermeneutico per far emergere nuovi significati dai testi normativi»⁵⁶⁸.

Sono proprio queste due «differenti aspirazioni» a tracciare i due diversi percorsi di *Law in Literature* e *Law as Literature*⁵⁶⁹.

La prima prospettiva⁵⁷⁰ viene sviluppata e approfondita da autori come la già più volte ricordata Martha Nussbaum, Paul J. Heald, Ian Ward, Robin West e Richard H. Weisberg, grazie ai quali, lo studio di numerose opere letterarie che presentano al loro interno tematiche di natura giuridica diventa «un importante

⁵⁶⁵ G. FORTI, *Introduzione*, cit. p. XVI.

⁵⁶⁶ A. D'AMATO, *La letteratura e la vita del diritto*, Ubezzi & Dones, Milano, 1936.

⁵⁶⁷ Le cui numerose riflessioni sul tema verranno poi raccolte nel volume F. PERGOLESI, *Diritto e giustizia nella letteratura moderna narrativa e teatrale*, Cesare Zuffi, Bologna, 1949.

⁵⁶⁸ G. FORTI, *Introduzione*, cit. p. XVII. Sul tema del contributo ermeneutico della letteratura nel diritto si segnala G. DONATI, *L'interpretazione della legge «oltre i confini della realtà»*, in *Tra giustizia e letteratura. Un'avventura del pensiero*, a cura di G. FORTI - G. ROTOLO - A. VISCONTI, Vita e Pensiero, Milano, 2023, p. 73 ss.

⁵⁶⁹ IBID.

⁵⁷⁰ Relativamente a *Law in Literature* si segnalano: R. WEST, *Law, Literature, and the Celebration of Authority*, Georgetown Law Faculty Publ. and Other Works, Washington, D.C., 1989; R.H. WEISBERG, *Law-Literature Enterprise*, in *Yale Journal of Law & Humanities*, Vol. I, fasc. n. 1, 1989, p. 1 ss; M.C. NUSSBAUM, *Cultivating Humanity*, cit.; ID., *Poetic justice*, cit.; I. WARD, *Law and Literature: Possibilities and Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995; P.J. HEALD, *Literature and Legal Problem Solving: Law and Literature As Ethical Discourse*, Carolina Academic Press, Durham (NC), 1998.

strumento di umanizzazione», oltre che «di crescita etica ed emotiva del giurista il quale, guardando alla letteratura, si ritiene possa meglio percepire e indagare la componente umana del diritto, spesso offuscata da un asettico formalismo e imprigionata in narrative ufficiali incapaci di dare voce (propriamente di ‘rendere giustizia’) ai soggetti deboli, agli *outsiders* sociali»⁵⁷¹.

La seconda prospettiva⁵⁷², invece, guarda alle due componenti eterogenee della corrente, ovvero il diritto e la letteratura, come a due «strutture linguistiche e retoriche diverse», a due diversi «sistemi che richiedono un’interpretazione». Autori come Stanley Fish, Owen Fiss, Ronald Dworkin e James Boyd White, benché si pongano da prospettive distinte tra loro, vedono nel diritto non un semplice sistema di regole, bensì una «forma retorica ed ermeneutica, definita da un rapporto interattivo» che conduce «alla ricerca di una verità oggettiva delle parole», in maniera analoga a ciò che potrebbe verificarsi in ambito letterario⁵⁷³.

Si ricorda, a tal proposito, la riflessione di Richard A. Posner, autorevole esponente del movimento, nonché, come si è visto pocanzi, giudice del caso *Mary J. Carr, Plaintiff-appellant, v. Allison Gas Turbine Division, General Motors Corporation*.

Posner osserva come la letteratura abbia la capacità di «impartire al giurista un’importante lezione, fornendogli un campionario di esperienze emotive ‘surrogate’ utili a trascendere le ristrettezze dei recinti normativi e di certe tradizionali modalità ermeneutiche, per realizzare una giustizia più sostanziale»⁵⁷⁴, oltre che più *umana*⁵⁷⁵, perché attenta al *particolare*.

⁵⁷¹ IBID. Si pensi, ad esempio, all’opera dal profondo valore sociale di Charles Dickens, di cui Martha Nussbaum propone un’attenta analisi attraverso la rilettura del romanzo *Tempi difficili* all’interno del suo volume *Giustizia poetica. Immaginazione letteraria e vita civile* (2012).

⁵⁷² Relativamente a *Law as Literature* si segnalano: J.B. WHITE, *The Legal Imagination. Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Little, Brown and Co., Boston, 1973; S. LEVINSON, *Law as Literature*, in *Texas Law Review*, Vol. LX, 1982, p. 373 ss.; S. LEVINSON - S. MAILLOUX, *Interpreting Law and Literature: A Hermeneutic Reader*, Northwestern University Press, Evanston, 1988; S. FISH, *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Oxford University Press, Oxford, 1989; J. MORISON - C. BELL, *Tall Stories? Reading Law and Literature*, Dartmouth, Aldershot, 1996.

⁵⁷³ IBID.

⁵⁷⁴ G. FORTI, *Introduzione*, cit. p. XVII s.

⁵⁷⁵ Oltre quanto già esposto, nel presente lavoro, in materia di *immaginazione letteraria*, si segnala il contenuto del paragrafo *L’immaginazione narrativa per una giustizia umana* in G. DONATI, *L’interpretazione della legge*, cit., p. 79 s.

Benché gli Stati Uniti d’America rappresentino il contesto in cui il movimento di *Law and Literature* nasce e si evolve, godendo di una grande popolarità in ambito accademico, gli ultimi decenni vedono svilupparsi anche in Europa numerose esperienze giusletterarie.

Anche l’Italia, dal canto suo, fornisce il suo prezioso contributo sia in termini di opere⁵⁷⁶, sia in termini di percorsi universitari, tra i quali si ricorda il ciclo seminariale *Giustizia e Letteratura* giunto ormai alla XV edizione, proposto dall’*Alta scuola Federico Stella sulla Giustizia penale* presso l’Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano⁵⁷⁷. Non mancano neppure associazioni dedicate allo studio e alla ricerca sul tema, quali, ad esempio, l’AIDEL (Associazione Italiana di Diritto e Letteratura) con sede a Torino e la SIDL (Società Italiana di Diritto e Letteratura) presso l’Università di Urbino Carlo Bo.

Guardare al diritto attraverso lo schema narrativo proprio di un determinato genere letterario — il romanzo, ad esempio, come sceglie Martha Nussbaum — consente, in primo luogo, una sapiente rilettura del fenomeno giuridico che, al contrario di quanto si cerchi di fare nella quotidianità per ragioni di efficienza, a scapito dell’efficacia, anziché semplificarlo, lo complica, obbligando il giurista ad analizzare e considerare la realtà da prospettive diverse e a porsi interrogativi sempre nuovi.

In secondo luogo, la letteratura aiuta il giurista a prendere confidenza con la narrazione, di cui non può fare a meno, dal momento che il processo stesso è

⁵⁷⁶ Tra i molti contributi italiani in materia di Diritto e Letteratura, si segnalano: M.A. CATTANEO, *Carlo Goldoni e Alessandro Manzoni. Illuminismo e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1987; ID., *Pena diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1990; ID., *Riflessioni sull’umanesimo giuridico*, ESI, Napoli, 2004; A. SANSONE, *Diritto e Letteratura. Un’introduzione generale*, Giuffrè, Milano, 2001; B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Einaudi, Torino, 2001; M.A. CORTELAZZO - F. PELLEGRINO, *Guida alla scrittura istituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2003; C. FARALI - M.P. MITTICA, *Diritto e letteratura: prospettive di ricerca*, Aracne, Roma, 2010; AA.VV., *Giustizia e Letteratura*, Voll. I-III, Vita e Pensiero, Milano, 2012-2016; G. FORTI - A. PROVERA, *La grande guerra. Storie e parole di giustizia*, Vita e Pensiero, Milano, 2018; ID., *Mito e narrazioni della giustizia nel mondo greco*, Vita e Pensiero, Milano, 2019; G. FORTI - A. PROVERA - B. SPRICIGO, *Umanità in trincea. Voci di giustizia da una grande guerra senza pace*, Vita e Pensiero, Milano, 2019; A. CATTANEO - G. FORTI - A. PROVERA, *Il viaggio letterario della giustizia. Storie di scoperte, colonizzazioni, migrazioni, turismi*, Vita e Pensiero, Milano, 2020; AA.VV., *L’ombra delle ‘colonne infami’. La letteratura e le ingiustizie del capo espiatorio*, Vita e Pensiero, Milano, 2022; A. CATTANEO - G. FORTI - A. VISCONTI, *Oltre i confini della realtà. La fantascienza e gli universi distopici della Giustizia*, Vita e Pensiero, Milano, 2023; G. FORTI - G. ROTOLO - A. VISCONTI (a cura di), *Tra giustizia e letteratura*, cit.; M.P. MITTICA, *Diritto e letteratura e law and humanities: elementi per un’estetica giuridica*, Giappichelli, Torino, 2024.

⁵⁷⁷ Per quanto riguarda le pubblicazioni relative al ciclo *Giustizia e Letteratura* si rinvia alla nota precedente e a tutte le opere editate dalla casa editrice milanese Vita e Pensiero.

narrazione dei fatti o, meglio, è un insieme di narrazioni, di ricostruzioni presentate da narratori diversi. Dalla letteratura egli apprenderà che le parole hanno un peso e che, il primo passo per rendere giustizia è, spesso, ascoltare la narrazione di un'ingiustizia.

5. Verità, narrazione, riparazione

La verità è scopo e tormento del processo penale.

Più volte si è ripetuto nel corso del presente elaborato che il processo non è il luogo dei fatti, ma dei loro *enunciati*: un plastico, una ricostruzione, che tanto sarà più fedele, tanto sarà in grado di rendere giustizia. Un palcoscenico su cui si intrecciano vite e drammi *particolari*, unici ed irripetibili proprio perché essenzialmente umani.

Un tema ricorrente, dunque, la verità. Il medesimo tema, osserva Luciano Eusebi, che conduce «taluno, in un processo penale, a concludere scetticamente «che cos'è la verità?»» (*Gv 18,38*)⁵⁷⁸» di fronte a chi, afferma, invece, «utilizzando il termine nell'accezione più intensa, «la verità vi farà liberi»» (*Gv 8,32*)⁵⁷⁹»⁵⁸⁰.

E se fosse, si interroga il giurista, «proprio attraverso il recupero della verità, di una verità che esige reciproca sincerità» che, «sia le vittime che i colpevoli (e in certo modo tutti i consociati) siano in grado di riconquistare un poco di libertà rispetto al peso del male arrecato o subito?»⁵⁸¹

E che ruolo avrebbe, è il caso di aggiungere, facendo seguito alle riflessioni dei paragrafi precedenti, la letteratura o, meglio, la *narrazione* nel recupero della verità?

Anzitutto, è bene precisare, quale verità la letteratura punta a recuperare: una verità *umana*, ovvero una verità vissuta e riletta dall'essere umano, al di là delle funzioni svolte e dai ruoli ricoperti. Non la verità dell'imputato, la verità del

⁵⁷⁸ «Allora Pilato gli disse: «Dunque tu sei re?». Rispose Gesù: «Tu lo dici; io sono re. Per questo io sono nato e per questo sono venuto nel mondo: per rendere testimonianza alla verità. Chiunque è dalla verità, ascolta la mia voce». Gli dice Pilato: «Che cos'è la verità?». E detto questo uscì di nuovo verso i Giudei e disse loro: «Io non trovo in lui nessuna colpa». *Sacra Bibbia*, C.e.i., 1974.

⁵⁷⁹ «Conoscerete la verità e la verità vi farà liberi» *Sacra Bibbia*, C.e.i., 1974.

⁵⁸⁰ L. EUSEBI, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato: un obiettivo rilevante per l'ordinamento giuridico?*, in *Criminalia*, 2010, p. 637.

⁵⁸¹ *IBID.*

pubblico ministero o quella dei difensori, ma la verità dell'uomo nudo e disarmato di fronte allo svolgersi dei fatti e all'inesorabile scorrere del tempo, che muta la percezione degli stessi.

Per arrivare a comprendere con maggiore consapevolezza quale sia l'effettivo contributo che la letteratura e, ancor più, in termini generali, la *narrazione*, sono in grado di offrire al diritto penale e all'amministrazione della giustizia, è bene evidenziare quelli che Eusebi identifica come i «limiti operativi del diritto penale» e del processo⁵⁸²: limiti intrinseci, la cui «*ratio* giustificativa» è da rintracciarsi nelle esigenze di prevenzione⁵⁸³.

In primis, «il diritto penale non è in grado di fare piena luce sulla verità storica di un reato».

Le radici di questa incapacità sono da rintracciare, anzitutto, nel fatto che il diritto non ammette «un uso illimitato dei possibili strumenti di indagine»: se così fosse, infatti, si «negherebbe il fine stesso del diritto, che è costituito dal mutuo riconoscimento degli individui come soggetti dotati di dignità»⁵⁸⁴.

Le ragioni vanno oltre.

Le verità storiche mantengono «sempre una dimensione descrittiva dipendente da un'opera di interpretazione» ed esse non corrispondono unicamente alle verità di carattere fattuale, esse, infatti, possono essere attinte «in termini almeno tendenzialmente non riduttivi, solo attraverso un dialogo sincero».

Tuttavia, non si può non notare come il processo penale abbia un'impronta tutt'altro che dialogica: la sua stessa struttura non favorisce il dialogo, ma, anzi, lo ostacola. Durante la fase dibattimentale, ad esempio, da considerarsi quella più dialogica del procedimento, solo determinati interlocutori possono intervenire nel dibattito, tra cui il giudice, il pubblico ministero, i difensori, i testimoni, ma nessuno spazio è riservato ai veri protagonisti dell'evento: il reo e la vittima. Essi nel processo non hanno voce.

In secondo luogo, il processo penale non può indagare e, quindi, «accertare, nella sua sostanzialità, il *quantum* della colpevolezza relativa a una data condotta».

⁵⁸² L. EUSEBI, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato*, cit., p. 639.

⁵⁸³ L. EUSEBI, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato*, cit., p. 645.

⁵⁸⁴ L. EUSEBI, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato*, cit., p. 640.

Esso può, certamente, constatare la sussistenza di requisiti «idonei a consentire l'ascrizione giuridica della colpevolezza», ma niente di più.

Non potrà guardare oltre alla verità circostanziata, ovvero, non potrà mai affermare «quanto di totalmente suo, e dunque di totalmente *libero*, un dato soggetto abbia messo in una sua condotta». Pertanto, non sarà in grado di «separare nettamente la sfera della responsabilità individuale da quella della corresponsabilità sociale».

Una riproduzione «*ab extrinseco* della colpevolezza» si limiterà, dunque, ad esprimere «verità molto parziali»⁵⁸⁵.

Il terzo limite del diritto penale, potrebbe definirsi come il cosiddetto *limite del presente*: la pena, quale reazione giuridica (non necessariamente umana) al reato, «non può cancellare ciò che è accaduto», non può cancellare il passato, né riportarne in vita gli attori.

E, in effetti, la condanna del reo sembra da sempre assumere «i contorni di una rimozione catartica⁵⁸⁶ del fatto illecito». Sulla scorta del pensiero di Hegel, prosegue Eusebi, nel momento in cui si sceglie di togliere «rilievo alle realtà materiali con le quali si confronta l'esistenza quotidiana», al fine di «costruire un mondo di realtà ideali (o *virtuali*) totalmente manipolabili mediante l'elaborazione concettuale», allora si può anche arrivare a sostenere «che un certo tipo di pena annulli il reato in quanto valore negativo»⁵⁸⁷.

Tuttavia, ciò rimane un'illusione, che, inevitabilmente, giunge a scontrarsi con la realtà di chi nella vicenda criminosa è stato veramente coinvolto, ovvero con la realtà *umana*, quella dei narratori, ma più ancora dei testimoni.

La letteratura, luogo della *narrazione umana*, possiede, al contrario del diritto penale e del suo rito, gli strumenti necessari a ricucire le «lacerazioni derivanti da condotte criminose»⁵⁸⁸, senza la pretesa di riportare in vita un passato irrecuperabile, ma gettando ponti per la costruzione di un futuro più consapevole.

⁵⁸⁵ IBID.

⁵⁸⁶ Sul tema possono costituire un interessante spunto di riflessione i seguenti contributi, che indagano la logica del sacrificio del capro espiatorio e della funzione catartica della pena: R. GIRARD, *Le bouc émissaire* (1982), trad. it. *Il capro espiatorio*, a cura di C. Leverd - F. Bovoli, Adelphi, Milano, 1987; G. FORTI - S. PETROSINO, *Logiche folle. Sacrifici umani e illusioni della giustizia*, Vita e Pensiero, Milano, 2022; AA.VV., *L'ombra delle 'colonne infami'*, cit.; L. EUSEBI, *Pena e perdono*, cit., p. 1147 s.; L. PANNARALE, *Il capro espiatorio*, in P. GONELLA - M. RUOTOLO (a cura di), *Giustizia e carceri secondo Papa Francesco*, Jaca Book, Milano, 2016, p. 41 ss.

⁵⁸⁷ L. EUSEBI, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato*, cit., p. 640.

⁵⁸⁸ L. EUSEBI, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato*, cit., p. 641.

Infine, il diritto penale non può vantarsi di disporre di risposte al crimine che possano dirsi *in sé giuste*. Sta proprio nel tentativo di superare questo limite la necessità di una collaborazione con «altre discipline che hanno per oggetto l'intervento sulle dinamiche relazionali umane»⁵⁸⁹.

Certo le scienze sociali, quelle economiche, ma, come questa ricerca, nel suo piccolo, mira a dimostrare, anche le scienze umane, quelle che studiano l'uomo in quanto tale, in quanto essere umano.

Se si potesse definire la letteratura una scienza, si direbbe che essa è una scienza *libera*, poiché basata unicamente sull'esposizione dei fatti e sulla descrizione degli individui.

Non parte da presupposti e non si pone necessariamente dei fini, si limita a narrare. Non elabora espressamente un giudizio, ma guida il lettore a formarne uno proprio, lasciando che le azioni dei protagonisti delle vicende narrate parlino per l'autore. Egli, come più volte si è ripetuto, nient'altro può fare che osservare la realtà dalla prospettiva di uno *spettatore imparziale*, di un giudice neutrale, non per questo distaccato, ma, al contrario, *equiprossimo* alle parti e attento al *particolare*.

I limiti appena descritti, specie se pensati in relazione ai crimini più efferati, lasciano percepire l'insufficienza e l'inadeguatezza di una risposta punitiva e, più in generale, «di una visione della giustizia» fondate «sulla risposta al negativo in termini di corrispettività».

Il paradigma retributivo costituito sull'idea di una proporzione tra crimine e pena si limita a prevedere una corrispondenza tra gravità del reato e gravità della conseguenza, «ma nulla dice circa il criterio attraverso cui dovrebbe esprimersi il rapporto tra i diversi livelli individuabili nella scala dei reati e nella scala delle pene». L'aver considerato scontata, ciononostante, «la dinamica retributiva del punire è alla base dell'arretratezza progettuale che caratterizza la nostra materia, non a caso rimasta assai statica nel corso dei secoli»⁵⁹⁰.

L'*attenzione* alle forme di manifestazione concreta dei reati e ai fattori sociali, psicologici, in altre parole *umani*, che incidono sul loro compimento, non è mai stata considerata ai fini della realizzazione di nuovi modelli di risposta al crimine.

⁵⁸⁹ IBID.

⁵⁹⁰ IBID.

Con un gioco di parole si potrebbe dire che, non si è mai prestata sufficiente attenzione all'attenzione ai particolari della vita del reo così come di quella della vittima.

Se si torna con la mente ai casi giudiziari esaminati e commentati nei paragrafi precedenti, ovvero alle vicende *umane* anzitutto e, solo conseguentemente, giudiziarie del detenuto Palmer e dell'operaia Carr, quanto esposto in termini teorici appare chiaro in tutta la sua drammaticità.

Non è per nulla facile incontrare, nell'esperienza giurisprudenziale anche di paesi democratici diversi dall'Italia, esperti chiamati ad amministrare la giustizia che dimostrino la loro capacità di porre non tanto la necessaria, quanto la sufficiente attenzione alle *storie* dei protagonisti dei fatti sottoposti alla loro valutazione. Il giudice Stevens è l'unico insieme a quattro colleghi⁵⁹¹ nel ritenere disumano e degradante il trattamento riservato dall'agente carcerario Hudson al detenuto Palmer. Viene spontaneo domandarsi: possibile che nessun altro se ne sia *accorto*?

L'attenzione alla singolare, unica storia delle vittime, così come a quella degli autori del reato sembra, quindi, in estrema sintesi, fungere da spartiacque tra la «giustizia e le ingiustizie»⁵⁹²: un giudice attento sarà un giudice più giusto.

Per ricucire un tessuto lacerato come quello proprio della società dopo l'esperienza del crimine è necessario avvicinare i lembi della ferita, al fine di «recuperare un rapporto di mutuo riconoscimento personale» tra i soggetti colpiti dal dramma del reato⁵⁹³.

Solo così la vittima può tornare «ad assumere nella percezione del suo autore una fisionomia di essere umano autonoma da quella di mero mezzo attraverso il quale conseguire certi obiettivi antiggiuridici», e, al contempo, l'autore del reato può tornare ad essere «percepito dalla vittima non solo come criminale, bensì, a sua volta, come essere umano nella complessità della sua vita»⁵⁹⁴.

⁵⁹¹ È doveroso precisare che, nel caso Hudson v. Palmer, la posizione assunta da Stevens nei confronti del caso è stata sostenuta e condivisa anche da altri quattro suoi colleghi: William J. Brennan, Harry A. Blackmun e Thurgood Marshall.

⁵⁹² Il richiamo, volutamente esplicito, è al titolo dell'opera dell'illustre giurista Federico Stella: F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, Bologna, 2006.

⁵⁹³ Si veda, a tal proposito, un'ampia riflessione in L. EUSEBI, *Pena e perdono*, cit., p. 1142 ss. di cui riporta un breve passo: «[...] un'analisi meno scontata circa i contenuti del perdono può far comprendere, infatti, in che modo *ristabilire la giustizia* dinanzi alla frattura, più o meno grave, dei rapporti interpersonali e sociali rappresentata dal reato e come ciò possa dar luogo a un sistema della risposta ai reati che, già *ex ante*, assuma carattere preventivo» (L. EUSEBI, *Pena e perdono*, cit., p. 1143).

⁵⁹⁴ L. EUSEBI, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato*, cit., p. 647.

La letteratura, come ci dimostra una corrente culturale ormai ben radicata come quella di *Law and Literature*, è una *palestra* di complessità.

Attraverso la narrazione quest'ultima racconta, infatti, l'uomo in tutta la sua straordinarietà e, ancor più, in tutta la sua ordinarietà, senza la necessità di predicare un ideale di giustizia cui tendere, si limita a descrivere le ingiustizie nei minimi particolari, così da lasciare al lettore, anch'egli uomo, e alla sua naturale ragionevolezza, la scelta di una risposta davvero soddisfacente, che vada oltre la corresponsione del male al male.

Ecco perché la narrazione è da considerarsi come il primo passo per una giustizia che *ripari* anziché *disunire*, che cerchi di sanare la ferite, avvicinandone i lembi, anziché di infettarle.

6. Il ristoro della letteratura: il caso italiano di un *giudice poeta*

Dopo aver illustrato i casi statunitensi *Hudson v. Palmer* e *Mary J. Carr v. Allison Gas Turbine Division, General Motors Corporation* e rintracciato le virtù del *giudice poeta* nelle opinioni dei giudici Stevens e Posner, si volge lo sguardo all'Italia e ad un caso giurisprudenziale del tutto eccezionale, un caso unico nel suo genere, che ha destato non poco scalpore per l'utilizzo *insolito* da parte del giudice dello spazio riservato dall'ordinamento penale alla discrezionalità giudiziale.

Prima di procedere all'esame della sentenza G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266 e soprattutto all'analisi della sanzione applicata dal giudice Paola Di Nicola, è necessario esporre sommariamente i fatti e riportare alcune significative intercettazioni raccolte nel corso del processo e dichiarazioni rese agli inquirenti da parte delle vittime⁵⁹⁵. Niente più delle *parole* dei protagonisti della vicenda può aiutare a comprendere la realtà dell'accaduto e il dramma umano insito nello stesso.

⁵⁹⁵ Si segnala, in relazione alla sentenza citata, il seguente contributo: M. TRAPANI, *Prostituzione minorile e risarcimento in forma specifica del danno non patrimoniale. Osservazioni in merito a G.U.P. Roma, sent. 20 settembre 2016 (dep. 5 ottobre 2016), Est. Di Nicola*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. n. 2, 2017, pubblicato il 27 febbraio 2017, p. 247 ss.

La vicenda, risalente al 2013, è nota al pubblico con il nome di «inchiesta *baby-squillo*», un'espressione quella di *baby-squillo* entrata nel gergo per riferirsi a ragazzine minorenni che accettano di prostituirsi in cambio di denaro, droga, viaggi o beni di lusso.

Più nel dettaglio, il caso in questione vede come protagoniste due ragazzine romane, Laura Bianchi e Chiara Verdi⁵⁹⁶, rispettivamente di quattordici e quindici anni, nate e cresciute in un contesto di benessere e di agi, a quanto pare, però, non sufficienti per assicurare loro il tenore di vita desiderato, come si evince dalle dichiarazioni qui riportate:

LAURA BIANCHI: «Questo è il prezzo che devi pagare, secondo me, per avere quello che vuoi»⁵⁹⁷.

LAURA BIANCHI: «Io personalmente e anche penso tutti gli adolescenti, soprattutto me e Chiara, noi vogliamo troppo... Io so che voglio troppo. Cioè io voglio la macchinetta, voglio quello, voglio quell' altro... Voglio tanti vestiti... E mia madre può però fino ad un certo ambito»⁵⁹⁸.

LAURA BIANCHI: «Detto proprio con tutta sincerità era taxi, vestiti, shopping, tutto quello che volevo, vestiti, tanti tanti vestiti... Sigarette... Andare la sera uscire... Si si, borse di marca quello che io vedevo nelle vetrine dei negozi, mi piaceva e me lo andavo a comprare, cioè senza nessun problema. Era questo il mio scopo, alla fine non c'era nessuno scopo... Avere proprio dei soldi miei, da spendere miei e non chiedere niente a nessuno. Tutto qua»⁵⁹⁹.

LAURA BIANCHI: «Noi ci siamo prostitute perché volevamo troppo, mia madre i soldi me li dava ma non tanti quanti ne volevo... Da quando abbiamo avuto a disposizione l'appartamento a viale XXXX io e Chiara abbiamo deciso di non andare a scuola per andare lì anche la mattina»⁶⁰⁰.

Il 28 ottobre 2013, dopo un mese di intercettazioni, i Carabinieri conducono le due ragazze presso la Procura di Roma, per essere interrogate dai magistrati

⁵⁹⁶ Nomi di fantasia così riportati nella sentenza G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, in *Sist. pen.*

⁵⁹⁷ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 9.

⁵⁹⁸ IBID.

⁵⁹⁹ IBID.

⁶⁰⁰ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 9 s.

contemporaneamente, ma separatamente, affinché non possano concordare le loro dichiarazioni.

È indispensabile, secondo il Gup Paola Di Nicola, riportare nel testo della sentenza il contenuto testuale delle intercettazioni, «ai fini di interpretarlo non solo per inquadrare la personalità degli interlocutori, ma anche per confermare le dichiarazioni rese nel corso delle indagini dalla stessa persona offesa e, dunque, la sua attendibilità»⁶⁰¹.

Tra le diverse, la seguente appare particolarmente significativa oltre che notevolmente esplicita:

BIANCHI: «pronto?»

ROSSI: «pronto»

BIANCHI: «ciao»

ROSSI: «ciao, senti... Volevo sapere se ci potevamo vedere»

BIANCHI: «certo, io sto a viale XXXX... Ospito»

ROSSI: «Ah viale XXXX»

BIANCHI: «sì»

ROSSI: «quant'è il regalino?»

BIANCHI: «ottanta orale scoperto»

ROSSI: «ah...e... Va bene fra tre quarti d'ora, così»

BIANCHI: «va bene»

ROSSI: «ok allora ci vediamo tra un pochettino»

BIANCHI: «va bene ti aspetto... Un bacio»

Dai racconti di Bianchi e Verdi emerge, fin da subito, il quadro di una situazione delittuosa grave, che vede coinvolti, oltre agli sfruttatori, circa sessanta individui maggiorenni nel ruolo di clienti e la madre di una delle due giovani, Laura Bianchi, che la sollecita a prostituirsi, dal momento che anch'essa trae vantaggio dall'attività della figlia, come si evince dalla dichiarazione riportata nella sentenza.

LAURA BIANCHI: «Mia madre fino a circa il GG/MM non sapeva nulla di quello che facevo. Un giorno eravamo in macchina mi ha chiesto dove prendevo i soldi e io gli ho detto che spacciavo perché pensavo che era meno grave. Lei mi ha detto di non farlo perché avrebbero potuto beccarmi e che lei aveva conosciuto gente che era finita nei guai. Mia madre ha capito che io non le davo retta ed io ho continuato, le ho

⁶⁰¹ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 5.

regalato dei soldi perché era un periodo difficile economicamente, lei non me li chiedeva all'inizio ma io glieli davo, poi successivamente me li ha chiesti, tanto che in una settimana le ho dato € 100 al giorno [...] Lei mi vedeva come un'ancora di salvezza quando mi chiedeva i soldi che lei utilizzava per il fitto, per la spesa in quanto mio padre non ci dava nulla pur lavorando in Germania ed essendo benestante»⁶⁰².

La frase di Laura Bianchi, secondo la quale attività di spaccio sarebbe meno grave di quella di prostituzione dimostra quale sia «il suo retroterra valoriale di adolescente che ritiene, paradossalmente, più grave riferire alla madre di essere vittima di un crimine altrui (la prostituzione minorile) piuttosto che essere protagonista di un crimine proprio (lo spaccio). È, in modo evidente, l'inversione di un canone di logica comune che corrisponde, però, ad un contesto culturale diffuso, fondato sullo stereotipo, di stigmatizzazione e colpevolizzazione della persona vulnerabile che si prostituisce, nonostante, giuridicamente e di fatto, sia una vittima.

Bianchi frequenta il liceo classico, ma ben presto, l'attività di prostituta la porta a dover scegliere a cosa dedicarsi. «Nel corso del suo esame la ragazzina ha più volte sottolineato di amare il liceo classico, che frequentava all'epoca, e di volere studiare», tuttavia, la madre «arriva a minacciare la figlia di ritirarla dalla scuola, [...], se questa diventa un ostacolo alla sua attività prostitutiva e dunque al suo personale guadagno»⁶⁰³. Secondo le parole del Gup, «Laura, [...], per sua madre era solo una macchina per fare soldi. Non importava come li facesse, l'importante era riceverli ed usarli»⁶⁰⁴.

GIUSEPPIS (madre): «Allora vedi che mi ha chiamato la professoressa di latino adesso»

BIANCHI (figlia): «Ma io come faccio a trovare il tempo per fare tutte due le attività? Io voglio andarci a scuola, è solo che non ho il tempo per fare i compiti»

GIUSEPPIS (madre): «e va bene, il tempo si trova Laura per fare i compiti»

BIANCHI (figlia): «quando si trova mamma?»

GIUSEPPIS (madre): «quando tu esci da scuola torni a casa, studi tre ore»

⁶⁰² G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 13.

⁶⁰³ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 15.

⁶⁰⁴ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 13.

BIANCHI (figlia): «dopo non ce la faccio ad andare da Minni (ndr Mauro MAURI, condannato per sfruttamento della prostituzione delle due adolescenti). Non ce la faccio se studio prima, perché dopo studiato sono stanca»

GIUSEPPIS (madre): «Allora devi fare una scelta, alternare giorni, Laura ma una soluzione bisogna trovarla. Rifletti bene su questo aspetto, per cortesia perché sennò ti ritiro»

BIANCHI (figlia): «non mi può ritirare mamma c'ho sedici anni e non lo puoi fare»

GIUSEPPIS (madre): «allora ci devi andà»

BIANCHI (figlia): «io voglio andarci mamma, ci voglio andà e non voglio andarci senza avere fatto i compiti».

Nell'affrontare l'inquadramento giuridico della vicenda, il giudice Paola Di Nicola «ritiene opportuno premettere che la morale e le scelte personali attengono la sola sfera interiore della persona», mentre è precluso ai giudici proporre o, addirittura, imporre «una propria concezione etica» attraverso l'utilizzo di strumenti giuridici. Un atteggiamento simile, infatti, è stato troppo spesso applicato specie con riferimento alla prostituzione, attività emblema della commistione, nonché della sovrapposizione di piani morali, culturali, sociali e giuridici⁶⁰⁵.

Grazie alle dichiarazioni rese da una delle persone offese è possibile dimostrare quanto sia forte l'esigenza di considerare in sede di giudizio «il sostrato sociale e culturale del contesto» in cui le stesse hanno vissuto e che ha reso la loro «“scelta” prostituitiva sostanzialmente obbligata».

Sortiscono lo stesso effetto anche le *parole*⁶⁰⁶ utilizzate da uno dei clienti, nel corso di una delle intercettazioni: esse dimostrano che, in un determinato contesto sociale e culturale, l'acquisto di prestazioni sessuali da parte di una ragazzina di appena quattordici anni costituisce, «né più né meno, che l'acquisto di un oggetto senza nome e senza identità»⁶⁰⁷.

⁶⁰⁵ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 22.

⁶⁰⁶ Le *parole* assumono un ruolo fondamentale nell'ambito della cosiddetta *giustizia* narrativa, ragion per cui, quando si riporta un testo, in particolar modo se si tratta di una dichiarazione resa durante un interrogatorio o durante un esame in aula, è bene astenersi dal sostituire e, tantomeno, dell'edulcorare il linguaggio scelto dall'interlocutore in quella sede. A pagare le spese di un'eventuale alterazione del testo è la *verità*, quella stessa *verità* che si persegue attraverso la narrazione e, quindi, le *parole* e che può condurre all'applicazione di un paradigma di giustizia alternativo e innovativo, che non si arresti alla punizione del reato, ma che punti alla riparazione del *vulnus* creato dal reato. Sull'importanza delle *parole* anche da parte dell'«addetto ai lavori», sia esso legislatore, avvocato o magistrato, si segnala il recentissimo contributo di G. FORTI, *Il tempo della parola giusta. Scritti di diritto penale, criminologia e letteratura*, Vita e Pensiero, Milano, 2024.

⁶⁰⁷ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 22.

L'esame di questo «paradigma comportamentale», prosegue Di Nicola, drammaticamente ed universalmente diffuso, se «da un lato impone di individuare le responsabilità personali dell'imputato, [...], dall'altro non deve indulgere in alcun modo [...] in una lettura moralistica o paternalistica della condotta tenuta dalla vittima minorenni», la quale resta vittima non solo a causa del suo dato anagrafico, ma anche e soprattutto, per via del «contesto familiare e sociale culturalmente deprivato» in cui è cresciuta e che l'ha condotta a vendere il proprio corpo in cambio di denaro⁶⁰⁸.

Il giudice ritiene che, al fine di «pervenire all'accertamento della responsabilità penale dell'autore del delitto contestato», ovvero del reato di prostituzione minorile punito ai sensi dell'art. 600 *bis*, co. 2, c.p., bisogna fare attenzione a non «confondere le condotte illecite» di costui «con la lettura stereotipata di una compiaciuta, volontaria e consapevole seduzione sessuale della vittima che legittima e giustifica» all'apposizione di uno «stigma connotato da un giudizio moralistico e di valore che non deve minimamente sfiorare l'intervento giudiziario, ma che ha invece inquinato fortemente la lettura collettiva della vicenda in esame»⁶⁰⁹.

È qui evidente il richiamo e il rimprovero al processo mediatico condotto dai canali di informazione: «la rappresentazione mediatica delle vittime come adolescenti avidi di denaro e spregiudicate [...] ha contribuito, a livello sociale», non solo «ad assolvere la domanda di prostituzione minorile proveniente da una fascia sociale riconosciuta come appartenente ad un contesto culturale elevato», ma anche «a diminuire il grado di tutela delle minori il cui status di vittime è stato socialmente negato»⁶¹⁰.

Il presente lavoro ha dedicato, nel suo primo capitolo, ampio spazio al tema del processo mediatico e soprattutto ai danni da esso derivanti, mentre con l'espressione *deriva emotiva*, si è fatto riferimento agli errori giudiziari che potrebbero essere causati dall'influenza di un'incauta comunicazione su colui che è chiamato ad esprimere un giudizio⁶¹¹.

⁶⁰⁸ IBID.

⁶⁰⁹ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 22 s.

⁶¹⁰ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 23.

⁶¹¹ Cfr. *supra*, capitolo I, parr. 3 e 4.1.

La vicenda giudiziaria in questione si presta, per il suo contenuto, a cadere facilmente preda dell'accanimento mediatico del nostro tempo.

È fondamentale, pertanto, che le prime fasi del procedimento – Paola Di Nicola è, infatti, giudice dell'udienza preliminare – siano affidate ad un organo giudicante capace di valutare con *saggezza*⁶¹² e cura i rischi correlati ad una comunicazione priva di scrupoli e, quindi, in grado di tutelare la peculiare condizione delle vittime, a partire dalla stesura della sentenza.

Ciò è possibile anche grazie all'impiego di un lessico adeguato alla delicatezza della situazione e attento a non produrre ulteriori ferite, oltre a quelle già inferte dalla condotta degli imputati, nonché dall'eco mediatica, che inevitabilmente si è espansa attorno alla vicenda⁶¹³.

Dopo aver riportato la minuziosa analisi da parte del giudice in merito sia alla condotta dell'autore di reato sia a quella delle vittime, si procede con l'analisi dell'ultima parte della sentenza, quella dedicata alla condanna degli sfruttatori e all'applicazione della sanzione in concreto, soprattutto per quanto riguarda il risarcimento del danno non patrimoniale.

«Visti gli artt. 133 e 133*bis* c.p.» bisogna tenere in conto non solo di quanto «riportato in ordine alla personalità e all'età» della vittima e dell'imputato e di quanto affermato a proposito dell'offensiva della condotta in concreto, «ma anche gli altri due circostanze di fatto»: in primo luogo «l'unicità del rapporto sessuale contestato all'imputato» ed in secondo luogo le «sanzioni sino ad ora inflitte dal Tribunale di Roma [...] ad altri clienti [...] nell'ambito del medesimo procedimento e ciò per evidenti ragioni di equità e di omogeneità delle decisioni»⁶¹⁴.

«Sulla scorta di questi elementi si parte dalla pena base di due anni di reclusione ed euro 2000 di multa», ai quali si deve aggiungere «l'aumento per l'aggravante contestata di cui all'art. 602ter comma 5 c.p.», pari a tre anni di reclusione e a euro 3000 di multa, che, in seguito alla diminuzione di un terzo per via della scelta del rito abbreviato, risulta pari a «due anni di reclusione ed euro

⁶¹² Per un approfondimento sul tema della *saggezza* nel giudizio si rinvia a G. MANNOZZI, *Sapienza del diritto e saggezza della giustizia: l'attenzione alle emozioni nella normativa sovranazionale in materia di restorative justice*, in *Criminalia*, pubblicato il 23 aprile 2020. Per quanto riguarda, invece, l'importanza della *parola* nel diritto penale cfr. *supra*, nota n. 604.

⁶¹³ In riferimento alle scelte lessicali da parte del giudice Paola Di Nicola, cfr. *infra*, nota n. 621.

⁶¹⁴ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 31.

2000 di multa»⁶¹⁵. A tale condanna conseguono poi «il pagamento delle spese processuali» e l'applicazione delle «pene accessorie di cui all'articolo 600septies c.p. dell'interdizione di ROSSI [uno degli sfruttatori] in perpetuo da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela o all'amministrazione di sostegno, nonché dell'interdizione in perpetuo da qualunque incarico nelle scuole di ogni ordine e grado e da ogni ufficio e servizio in istituzioni o strutture pubbliche o private frequentate da minorenni»⁶¹⁶.

Il Gup non concede all'imputato Rossi «il beneficio della sospensione condizionale della pena» non ravvisando la presenza di elementi né oggettivi, né soggettivi «tali da far presumere» che l'imputato in questione sia in grado in futuro di astenersi «dal contattare e intrattenere rapporti sessuali con persone minorenni»⁶¹⁷.

Soltanto «un effettivo, continuativo, adeguato e consapevole percorso rieducativo e culturale, che questa giudice non può imporre per assenza di norme che lo consentono e perché spetta alla libera volontà dell'imputato intraprenderlo», consentirebbe all'imputato un'autentica comprensione «del contenuto distruttivo per la vittima della condotta illecita da lui posta in essere, tanto da non ripeterla»⁶¹⁸.

Per quanto riguarda il risarcimento da danno non patrimoniale subito dalla vittima, la curatrice speciale di una delle minori, nell'atto di costituirsi parte civile, ha richiesto un risarcimento pari a 20.000€ per tutti i danni «sia biologici, sia morali, integrati questi ultimi soprattutto dalle sofferenze psicologiche patite particolarmente gravi in quanto incidenti sullo sviluppo psicofisico della minore, soggetto in età ancora evolutiva»⁶¹⁹.

Tuttavia, nient'altro è stato aggiunto alla richiesta della parte civile, la cui difesa «non ha rappresentato quale sia stata ad oggi l'evoluzione della condizione di vita della minore, limitandosi a richiamare le poche righe, contenenti clausole di stile, delle conclusioni richiamate, senza nulla aggiungere a quanto accertato dai pubblici ministeri». Non è stato neppure indicato se la minore sia stata inclusa o

⁶¹⁵ IBID.

⁶¹⁶ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 31 s.

⁶¹⁷ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 32.

⁶¹⁸ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 32 s.

⁶¹⁹ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 34.

meno in «un percorso di sostegno, psicologico ed educativo, attraverso strutture adeguate alla complessità e delicatezza del caso»⁶²⁰.

Per tali ragioni il Gup ha proceduto «alle valutazioni di sua competenza in tema di risarcimento dei danni» nei confronti della ragazza, la quale «è stata danneggiata nel diritto ad avere uno sviluppo sessuale basato su caratteristiche proprie della sua età, necessitante di passaggi gradualmente ed affettivi» ed è stata perversamente condotta «verso una sessualità costruita esclusivamente sui desideri di un adulto di venti anni più grande che non l'ha mai chiamata neanche per nome», perdendo, inoltre un «fondamentale punto di riferimento familiare, la madre, anch'essa preoccupata solo di arricchiarsi alle sue fragilissime spalle di adolescente»⁶²¹.

È evidente come il giudice Paola Di Nicola condivida con i giudici Stevens e Posner le qualità del *giudice poeta*.

Di Nicola, infatti, è un giudice *empatico*, capace di osservare la realtà descritta dalla giusta distanza, come l'attento *spettatore imparziale* di Smith e Nussbaum, per osservarne ogni singolo *particolare*, partendo, anzitutto, dalla minuziosa ricostruzione dei fatti, senza mai sostituirsi alla parola delle vittime, ma, al contrario, mettendola in evidenza all'interno della sentenza.

È un giudice che considera ed esprime il suo giudizio non risparmiandosi nell'approfondire le dinamiche del disagio culturale e sociale sottostante questa scabrosa vicenda. Vuole esprimere qualcosa di più di un semplice verdetto: non è un *oracolo* che fornisce criptici responsi⁶²² — questo potrebbe farlo anche una *macchina* — vuole rendere giustizia, ridare speranza, vuole narrare per riparare non semplicemente infliggere una pena.

Interessante è osservare la suddivisione in paragrafi della sentenza⁶²³, ognuno con un titolo che ne sintetizza il contenuto.

⁶²⁰ IBID.

⁶²¹ IBID.

⁶²² Cfr., sull'argomento, oltre a quanto già esposto nel Capitolo II e, in particolare, nel paragrafo 6, V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale*, cit.

⁶²³ Di seguito si riportano i titoli più significativi dei paragrafi della sentenza, che denotano una particolare attenzione da parte del giudice alle sfumature del danno, alla finalità e agli effetti del risarcimento, nonché alla condizione di vulnerabilità della vittima. Si noti l'uso dei termini «fragilità» e «vittima», quest'ultimo in luogo del più comune «persona offesa»: scelte lessicali attraverso le quali

Le ultime porzioni di sentenza riportate appartengono al paragrafo relativo al danno non patrimoniale subito dalla vittima.

Meritano di essere riportati i pregnanti termini con cui il giudice descrive ciò di cui la vittima è stata privata. Di Nicola, con il sapiente utilizzo delle parole, riesce a trasmettere l'inutilità di un risarcimento in termini pecuniari. L'imputato, infatti, è solito *pagare* ingenti quantità di denaro per *ricevere* ciò che desidera, sicché per un individuo disposto a pagare delle adolescenti o a fare loro dei «regalini» in cambio di prestazioni sessuali, una sanzione consistente nel versamento di una somma di denaro non ha una così grande valenza educativa.

«Laura, dalla drammatica esperienza di essere usata da numerosi adulti senza scrupoli, che hanno approfittato della sua apparentemente spregiudicata voglia di denaro, sarà segnata per tutta la vita perché le sono stati rubati beni di inestimabile valore come la dignità umana, i riferimenti genitoriali, la breve e intensa fase della vita che è l'adolescenza, la conoscenza progressiva e graduale della sua intimità e del suo corpo, la scoperta della ricchezza del genere maschile e una sana sessualità. Il furto di tutto questo, a fronte e a causa dell'apparente pagamento di un prezzo, da parte di decine di cliente, ha determinato nella minorenni un immediato impoverimento consistito nella marcata caduta di ogni forma di autostima che la porta a ritenere che nella vita non potrà fare altro che prostituirsi o spacciare per vivere»⁶²⁴.

Il giudice prosegue, nell'introdurre il paragrafo successivo della sentenza intitolato al risarcimento del danno non patrimoniale e del danno morale e soggettivo, fornendo una definizione di risarcimento del danno, che suggerisce una riflessione sulla differenza tra «retribuire» e «risarcire».

«Nell'ordinamento giuridico il risarcimento del danno è lo strumento volto alla reintegrazione o compensazione di un pregiudizio, patrimoniale o non patrimoniale,

il redattore permette un maggiore coinvolgimento da parte del lettore, sia esso esperto di diritto o persona comune. «1. Il fatto accertato. La personalità e la fragilità della vittima. La personalità (e l'approfittamento) dell'imputato; 1.1. Le prove della consumazione del reato. La personalità e la fragilità della vittima; 1.2. La responsabilità penale dell'imputato. La personalità (e l'approfittamento) di Rossi; [...] 4.1. Il danno non patrimoniale subito dalla vittima [...] 4.7. L'effetto (indiretto) del risarcimento in forma specifica sull'autore del reato; 4.8. La reintegrazione in forma specifica: l'obbligo per il danneggiante/imputato di acquistare libri e film; [...] 4.8.2. Gli effetti concreti del commesso reato sulla vittima e i tre condizionamenti da questa subiti: a) il condizionamento familiare; b) il condizionamento sociale; c) il condizionamento culturale; 4.8.3. Le modalità concrete di reintegrazione in forma specifica: l'acquisto di libri e film da parte dell'imputato».

⁶²⁴ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 35.

subito dal danneggiato quali conseguenza di un comportamento antigiuridico di altro soggetto, derivante o da un inadempimento contrattuale o da un fatto illecito.

Nel caso in esame si tratta di questa seconda ipotesi disciplinata dall'art. 2043 c.c., secondo cui «Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno»⁶²⁵.

Il giudice, nell'elencare e descrivere i «beni» di cui sono state private le due ragazze e nel riportare la definizione di risarcimento *ex art.* 2043 c.c., invita a soffermarsi sulla distinzione semantica dei termini «retribuzione» e «risarcimento».

«Retribuzione» deriva dal verbo latino *retribuēre*, ovvero restituire, riconsegnare, ricompensare e ancora, concedere, riconoscere, accordare, attribuire.

Il verbo appare in uno dei passi più conosciuti del Digesto, all'interno di una frase attribuita al giurista Ulpiano, in cui sono scolpiti i tre principi cardini del diritto: «Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere» (D.1.1.10.1).

Nell'espressione «suum cuique tribuere» si potrebbe dire essere racchiusa l'essenza della concezione retributiva della giustizia: «dare a ciascuno il suo», «dare a ciascuno ciò che si merita»⁶²⁶: restituire *proporzione* a ciò che è (stato reso) sproporzionato a causa di una condotta illecita.

Si è soliti far corrispondere, specie laddove si opti per una risposta all'illecito di natura pecuniaria, il termine «retribuzione» con il termine «risarcimento», supponendo, erroneamente, che tra i due termini vi sia identità.

La parola «risarcimento», tuttavia, ha un significato ben diverso.

Essa deriva da un altro verbo latino, *rēsarċīre*, il quale, a seconda dell'impiego, assume significati alquanto sorprendenti. Esso può essere tradotto con i verbi italiani rattoppare, ricucire, rammendare, oppure, con l'espressione più gergale «mettere una pezza».

In altre parole, stando all'etimologia, risarcire significa *riparare*, un verbo non nuovo alle orecchie di chi da tempo propone e sostiene come alternativa al paradigma retributivo quello riparativo.

⁶²⁵ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 36.

⁶²⁶ Le idee di giustizia e proporzione insite in questa espressione sono rintracciabili anche nel Vangelo, dove è lo stesso Gesù ad affermare che sia *giusto* «ri-dare a Cesare quel che è di Cesare e ri-dare a Dio quel che è di Dio», «Réddite quae sunt Caésaris Caésari et quae sunt Dei Deo» (Mt. 22,21; Mc. 12,17; Lc. 20,25).

Retribuire non è, quindi, *risarcire*: mentre nel primo caso, infatti, è sufficiente fermarsi alla restituzione del bene per il bene o, come nel caso del diritto penale, del male per il male, nel secondo caso è necessario andare oltre, è necessario *riparare*. Per riprendere un'immagine già impiegata nel paragrafo precedente: *ricucire* i lembi di una ferita, far sì che la carne — fuor di metafora il tessuto sociale — ritorni integra e sana laddove è stata lacerata dal reato.

È grazie a figure come quella del *giudice poeta*, così come delineata da Whitman nei suoi versi e poi sapientemente riletta da Nussbaum, si cerca non solo di dar voce al paradigma riparativo, ma addirittura di abbozzarne un volto, senza, comunque, uscire dagli schemi tradizionali della dialettica processuale, che vuole un giudice indipendente, imparziale e terzo, ovvero *equidistante* dalle parti.

Il *giudice poeta*, come già più volte precisato, non rinuncia all'indipendenza, all'imparzialità e, soprattutto, alla terzietà. Egli, infatti, rivaluta quest'ultima proprietà interpretandola e applicandola non più in termini di equidistanza, bensì di *equiprossimità*.

Qual è, dunque, il *pretium doloris* da riconoscere a Laura Bianchi e Chiara Verdi? Può il paradigma retributivo fornire «una risposta soddisfattiva alla lesione della dignità umana»⁶²⁷? Quale il *ristoro*⁶²⁸ è possibile prevedere per le perdite subite dalle due ragazzine?

«Il danno morale», prosegue De Nicola, «non può essere liquidato in base ad automatismi, in ragione della peculiarità del bene protetto, che [...] attiene ad un diritto inviolabile della persona ovvero l'integrità morale, quale massima espressione della dignità umana [...]».

L'eventuale *risarcimento*, inteso nel senso poc'anzi esposto, ovvero come *riparazione*, «deve tener conto delle condizioni soggettive della persona e della concreta gravità del fatto, senza che possa quantificarsi il valore dell'integrità

⁶²⁷ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 38. Cfr. sul tema Cass. civ. sez. III, 11 giugno 2009, n. 13530, in *Dejure*.

⁶²⁸ Si noti, curiosamente, come la traduzione inglese dell'espressione *giustizia riparativa* sia proprio *restorative justice*: una giustizia che non si limita a ripagare, ma *ristora*, rifocilla, rinvigorisce, in altri termini, *restaura*. Con altrettanta curiosità, si noti, infatti, come la traduzione spagnola dell'espressione *giustizia riparativa* sia proprio *justicia restaurativa*.

morale come una quota minore proporzionale al danno alla salute, dovendo dunque escludersi l'adozione di meccanismi semplificati di liquidazione»⁶²⁹.

Il giudice continua nella sua argomentazione, illustrando le diverse modalità di risarcimento del danno non patrimoniale nel cui ambito è da ricondurre anche il danno morale soggettivo, il quale, come è noto, può essere risarcito sia per equivalente sia in forma specifica.

Dopo aver accuratamente spiegato in cosa concretamente consistano queste le due modalità di risposta al danno ingiusto, il giudice conclude la sua considerazione in merito alle tradizionali forme di risarcimento per fatto illecito riflettendo sull'opportunità, l'adattabilità e, quindi, l'efficacia della risposta sanzionatoria, applicata al caso di specie: «[...] la lettura dei principi costituzionali e sovranazionali [...] impone un'interpretazione dell'art. 2058 c.c.⁶³⁰ che non aggravi la posizione della vittima, come avverrebbe con un risarcimento per equivalente, ma le restituisca la dignità violata. Da ciò consegue che una lettura economicistica della dignità della persona verrebbe trasformarsi nel suo contrario, specie allorché, come nel caso in esame, il contenuto stesso dell'illecito penale, rappresentato dal reato di prostituzione minorile, è costituito dalla monetizzazione della vittima minorenni da parte dell'imputato»⁶³¹.

I paragrafi successivi della sentenza, di seguito analizzati, contengono la peculiarità di questa pronuncia.

In un primo momento, si rinvia ad una fonte di diritto europeo, la direttiva sulle vittime⁶³² di cui si richiama l'art. 9, secondo il quale «[...] Le vittime di reato dovrebbero essere protette dalla vittimizzazione secondaria ripetuta [...]», conseguenza che si teme possa riguardare anche le due minorenni coinvolte nella vicenda. Liquidare un risarcimento in termini esclusivamente economici, così come richiesto dalla parte civile, comporterebbe un forte rischio di vittimizzazione secondaria⁶³³.

⁶²⁹ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 38. Cfr. sul tema Cass. civ. sez. III, 10 marzo 2010, n. 5770, in *Dejure*.

⁶³⁰ Risarcimento in forma specifica.

⁶³¹ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 45.

⁶³² Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI. Tale direttiva è stata recepita dall'ordinamento italiano con il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212.

⁶³³ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 46.

Una tale risposta confermerebbe, infatti, «la convinzione che, anche per lo Stato», esattamente come per l'autore di reato, i valori di ciascun essere umano non sono tanto la sua *unicità* e la sua *dignità* — valori, per definizione, non monetizzabili, né compensabili — bensì, valori quantificabili e indennizzabili solo attraverso il mezzo del denaro, ovvero lo stesso mezzo attraverso il quale l'imputato li ha resi una *merce* di scambio⁶³⁴.

«Per evitare questa evidente discrasia, al cui centro è il denaro come misura di tutte le cose, si ritiene che soccorra solo un criterio equitativo tale da risarcire il grave pregiudizio patito da una vittima vulnerabile, in una forma che non la pregiudichi e non la vittimizzi per la seconda volta, ovverosia ai sensi dell'art. 2058 c.c. attraverso un obbligo di *facere* dell'imputato consistente nell'acquisto di ben individuati libri e film»⁶³⁵.

Questa l'affermazione che desta non poco scalpore all'interno dell'opinione pubblica quanto all'interno della comunità giuridica: un risarcimento in forma specifica attraverso l'acquisto di beni «culturali».

Un risarcimento che non si ispira, finalmente, alle logiche utilitaristiche e contrattualistiche, tanto criticate da Nussbaum e da Dickens nel suo romanzo *Tempi difficili*.

Una risposta al reato che segna il superamento, in un'ottica evidentemente riparativa, di quella corresponsione sinallagmatica tra reato e pena in termini di *do ut des*: «tu mi dai un reato, io ti do una pena».

La reintegrazione in forma specifica decisa dal giudice Paola Di Nicola appare, così finalizzata a svolgere il suo compito riparativo non solo nei confronti delle giovani vittime, ma anche nei confronti dell'autore di reato.

Sul punto, dalla lettura della motivazione si evince, infatti, che «il risarcimento a favore della vittima, sotto forma di somma di denaro, comporterebbe, paradossalmente che l'imputato continuerebbe a reiterare, pagando, la stessa modalità di relazione proprietaria stabilita con Laura è fondata, ancora una volta, sulla sua monetizzazione [...]».

Viceversa, «la reintegrazione in forma specifica consistente [...] nell'obbligo di *facere* dell'acquisto di determinati libri, scritti in gran parte da

⁶³⁴ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 46 s.

⁶³⁵ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 47.

donne, e che costituiscono patrimonio dell'intera comunità umana, evita il rischio ora ricordato»⁶³⁶.

La scelta dei testi «è avvenuta in modo tale da individuare contenuti volti a sostenere una relazione tra i generi fondata non sul rapporto di potere dell'uno sull'altro, ma sul rispetto che nasce dal riconoscimento della diversità e della dignità altrui, dal fatto che la donna non è un corpo da comprare su un sito Internet senza chiederle neanche il nome»⁶³⁷.

Si tratta, dunque, di una vera e propria forma di *risarcimento riparativo* finalizzata non solo a ristorare in forma specifica la vittima e, naturalmente, ad adempiere un obbligo giuridico imposto dalla norma penale, ma anche a permettere all'autore di reato di «prendere consapevolezza di quanto Laura valga, per quello che è e per quello che rappresenta come donna, e che la misura della ricchezza di quella adolescente fragile, diversamente da quello che l'imputato ha ritenuto fino ad oggi comprendone le prestazioni sessuali, non è economica, ma è costituita dalla sua dignità che, per ciò solo, non ha un prezzo perché è la dignità di Laura»⁶³⁸.

«Attraverso l'acquisto di libri e film sul pensiero prodotto nei secoli dalle donne, ROSSI viene indirettamente stimolato a comprendere come dietro ad ogni persona di genere femminile vi sia quella enorme mole di conoscenze di storia, per millenni negata proprio da uomini che non hanno rispettato la dignità delle donne»⁶³⁹.

Questa, dunque, la potenza del messaggio riparativo: una risposta bidirezionale al reato che è contemporaneamente possibilità di recupero per il reo e per la vittima⁶⁴⁰.

Se per il giurista tedesco Franz Von Liszt la pena è un'arma a doppio taglio, poiché appresta una tutela ad un bene giuridico attraverso la lesione ad un altro bene giuridico e, così, può essere efficacemente rappresentata come una *spada senza*

⁶³⁶ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 48.

⁶³⁷ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 48 s.

⁶³⁸ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 49.

⁶³⁹ IBID.

⁶⁴⁰ A Tal proposito si riporta un breve passo di un illuminante riflessione sul tema della concezione retributiva della pena: «chi diviene destinatario di una condanna (o talora anche solo di un'incriminazione) penale tende sempre più a cadere — stanti le riforme penali italiane degli ultimi anni, a parte quelle derivanti dalle sentenze della Corte EDU sull'emergenza carceri — nella condizione di un soggetto del cui futuro (della stessa aspettativa di vita) non importa alcunché: rispetto al quale, in non pochi casi, si finisce addirittura per *presumere* l'inefficacia del finalismo rieducativo, vale a dire l'impossibilità del *recupero*» (L. EUSEBI, *Pena e perdono*, cit., p. 1139).

elsa, che trapassa il reo e nel mentre insanguina la mano di chi la brandisce, uno strumento riparativo come quello riconosciuto in questa sentenza, al contrario, potrebbe essere rappresentato come una spada con ben *due else*, che impugnata da entrambi i protagonisti del dramma umano del crimine non arreca ulteriori ferite, ma reciprocamente sana.

Non si può, a questo punto dell'analisi, non rivolgere un pensiero al tema della discrezionalità giudiziale, a cui tanto spazio è stato dedicato nel primo capitolo e che, in questa sentenza, sembra essere più che interpretata, trasfigurata, ma non per questo snaturata.

A tal proposito, Di Nicola precisa che la stessa, nel redigere questa sentenza e nell'applicare una forma specifica di risarcimento del danno del tutto unica nel suo genere, non abbia voluto abusare del suo potere discrezionale, ma, piuttosto, utilizzarlo fino in fondo. Infatti, è proprio la dimensione del margine di discrezionalità riconosciuto al giudice «ad imporre la ricerca di modalità che, sulla base di tutte le circostanze del caso concreto, desumibili dagli atti processuali che sono stati riportati con dovizia di particolari, siano in grado di orientare e indirizzare la decisione giudiziaria».

«L'unica forma di garanzia, a fronte di tale ampiezza discrezionale riconosciuta alla giudice, è rappresentata dalla [...] motivazione e dalla sua sostenibilità in termini di ragionevolezza e logicità»⁶⁴¹.

L'aver descritto minuziosamente le circostanze di fatto e gli effetti del reato sulle vittime consente di pervenire a tale decisione con la consapevolezza di avere individuato «l'unico strumento capace di restituire dignità e libertà, nel caso di specie: la conoscenza». Solo quest'ultima, infatti, è in grado di «creare idonee ed adeguate difese rispetto alle strutture che hanno generato la soggezione, l'assenza di libertà l'apparente carenza di alternative di un'adolescente romana, per come risultante della lettura degli atti processuali».⁶⁴²

Di seguito le battute finali di questa edificante sentenza.

⁶⁴¹ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 53.

⁶⁴² IBID.

«Attraverso libri e film, la persona offesa da un reato che è stato commesso ai suoi danni proprio in quanto donna ed adolescente, priva di strumenti di difesa e di alternative culturali, potrà, con una propria condotta positiva e volontaria, cioè la lettura, appropriarsi, solo se lo riterrà, di quelle storie e di quelle elaborazioni, per servirsene un giorno come grimaldello per esprimere tutta la propria libertà ed autonomia di pensiero e di scelta. Anche discostandosene, criticandoli, aggredendoli intellettualmente perché chiudono o aprono orizzonti e prospettive tanti quanti sono i lettori e le lettrici ed i loro pensieri o modi di vedere»⁶⁴³.

«Si tratta di autrici che, talvolta in solitudine, hanno proposto le loro visioni del mondo e le loro domande nelle diverse branche del sapere così rendendo più articolato e complesso il quadro culturale tanto da consentire, per ciò solo, il progresso dell'intera umanità e del suo articolato pensiero. Alcune di quelle autrici hanno anticipato, colto e accompagnato le profonde trasformazioni della storia anche pagando con la propria vita o con l'isolamento sociale perché portatrici di un progetto di rinnovamento che ha investito con forza la soggettività non solo delle donne ma anche degli uomini»⁶⁴⁴.

«Laura appartiene a quei libri in un legame che, anche inconsapevolmente, crea un mutuo patto tra le generazioni, in quanto appartiene a quella straordinaria ricchezza interpretativa ed artistica [...] E Laura, come le autrici e gli autori dei libri che ROSSI è obbligato a comprarle, è figlia di quella produzione filosofica, letteraria, storica, critica che l'imputato, nei suoi appuntamenti sessuali, le ha simbolicamente sottratto facendola sentire come una merce priva di valore e di identità. Oggi Laura si colloca sopra quei libri, perché già le appartengono in quanto figlia di quella storia e di quel pensiero, e ROSSI è costretto a fare i conti con la sua statura, quella che nessuno, neanche lui, può comprare»⁶⁴⁵.

«È evidente, in questa logica, che la consegna a Laura dei testi e dei film, indicati nel dispositivo, non ha alcuna valenza rieducativa o impositiva di un modello, ma, costituisce, come già scritto, esclusivamente una modalità risarcitoria in forma specifica che appare essere l'unica adeguata al caso di specie. Si offre alla vittima vulnerabile di un reato tanto grave, non certo un inammissibile indottrinamento, ma solo uno strumento finalizzato ad un processo di acquisizione di consapevolezza, che pone al vertice la sua dignità umana. Laura potrà o meno cogliere ed accogliere questa offerta, sentendosi a pieno titolo parte di quella ricchezza culturale che le sue madri intellettuali le hanno regalato, così aprendo la propria vita ad un'esperienza di libertà consapevole che solo la conoscenza le può permettere»⁶⁴⁶.

⁶⁴³ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 54.

⁶⁴⁴ IBID.

⁶⁴⁵ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 54 s.

⁶⁴⁶ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 55, s.

«Infine, vanno liquidati, equitativamente, € 1000 a titolo di lucro cessante, inteso come perdita di chance che, secondo una valutazione prognostica, presumibilmente si verificherà proprio per le conseguenze che la vicenda in esame ha determinato sul percorso scolastico di Laura, sulla sua bassa autostima, sui progetti lavorativi futuri»⁶⁴⁷.

PQM

[...]

CONDANNA

«L'imputato al risarcimento del danno subito dalla costituita parte civile che liquida equitativamente in € 1000 per il danno patrimoniale e nell'acquisto a suo favore dei seguenti libri e film sulla storia ed il pensiero delle donne, di letteratura femminile e sugli studi di genere:

- *Il Diario di Anna Frank*;
- *Una donna* di Sibilla Aleramo;
- I romanzi di Alba De Cespedes (*Dalla Parte di lei*, *Quaderno Proibito*, ecc.);
- Virginia Woolf, *La signora Dalloway*, *Gita al faro* e *Una stanza tutta per sé*;
- Natalia Ginzburg, *Lessico Familiare*;
- Melania Mazzucco, *Limbo*;
- Marguerite Yourcenar, *le Memorie di Adriano*;
- Emily Dickinson, *Tutte le poesie*;
- Oriana Fallaci, *Un Uomo*;
- Igiaba Shego, *La mia casa è dove sono*;
- *Storia delle Donne in Occidente* in tre volumi di Duby e Perrot;
- Luce Irigaray, *Essere Due*;
- Hannah Arendt, *Vita Activa*;
- Anna Rossi Doria: *Dare forma al silenzio. Scritti di storia politica delle donne*;
- Silvia Ballestra *Contro le donne nei secoli dei secoli* / Silvia Ballestra – Milano: Il saggiautore, 2006;
- Adriana Cavarero, *Nonostante Platone. Figure femminili nella filosofia antica*;
- *Formazione di genere: racconti, immagini, relazioni di persone e famiglie*, a cura di Isabella Loiodice Milano, Angeli, 2014
- Connell, Robert W. *Questioni di genere* / Robert W. Connell. – Bologna: Il mulino, 2006;
- De Caroli, Maria Elvira, *Categorizzazione sociale e costruzione del pregiudizio: riflessioni e ricerche sulla formazione degli atteggiamenti di genere ed etnia* / Maria Elvira De Caroli; *scritti di O. Licciardello*, S. Di Nuovo, E. Sagone. – Milano: Angeli, 2005;

⁶⁴⁷ IBID.

- *Identità di genere e immagine femminile: teorie e pratiche* / a cura di Maria Vinella.
– Bari: Progedit, 2000;
 - *Identità di genere nella lingua, nella cultura, nella società* / a cura di Franca Orletti.
– Roma: Armando, 2001;
 - *La costruzione sociale del genere: sessualità tra natura e cultura* / Concetta Lodedo.
– Lecce: Pensa Multimedia, 2001;
 - *La scomparsa delle donne: maschile, femminile e altre cose del genere* / Marina Terragni. – Milano: Mondadori, 2007;
 - *Differenze e disuguaglianze: prospettive per gli studi di genere in Italia* / a cura di Franca Bimbi. – Bologna: Il mulino, 2003;
 - *L'università delle donne: saperi a confronto* / Bianca Rosa Gelli, Rita D'Amico, Terri Mannarini. – Milano: Angeli, 2002;
 - *Percorsi di genere: letteratura filosofia studi postcoloniali*, a cura di Fortunato M. Cacciatore, Giuliana Mocchi, Sandra Plastina, Milano, Udine, Mimesis, 2012;
 - *La costruzione del genere: norme e regole*, studi a cura di Barbara Pezzini, Bergamo, Bergamo University Press, Sestante, 2012;
 - *Identità e differenze: introduzione agli studi delle donne e di genere*, a cura di Maria Serena Sapegno, Milano, Mondadori università; Roma, Sapienza università di Roma, 2011;
 - Francesca Sartori, *Differenze e disuguaglianze di genere*, Bologna, Il Mulino, 2009;
 - Concetta Lodedo, *La costruzione sociale del genere: sessualità tra natura e cultura*, Lecce Pensa Multimedia, 2001;
- I DVD dei film *Suffragette* e *Ipazia*, oltre quelli che verranno indicati nella parte motiva della sentenza»⁶⁴⁸

Parole come quelle riportate non sembrano certo provenire da un'aula di tribunale, ma piuttosto da un'aula scolastica, proprio come quelle che Laura Bianchi e Chiara Verdi sono state costrette ad abbandonare.

Lungi dal giudice sostituirsi ad un insegnante e, tantomeno, ad un genitore, egli, benché il più delle volte lo ignori, è chiamato a farsi portavoce non solo dei principî custoditi nei testi di legge, ma anche di altrettanti valori variamente distribuiti nello scibile umano.

Forse non è l'attitudine di qualsiasi giudice, ma sicuramente è il talento del *giudice poeta*, che costruisce il proprio sapere senza riserve, nella consapevolezza

⁶⁴⁸ G.u.p. di Roma, 5 ottobre 2016, n. 266, cit., p. 56 ss.

di doversi, anzitutto, educare alla lettura della complessità e solo in un secondo momento addestrarsi al giudizio.

7. Conclusioni. La giustizia poetica come risposta alla *crisi di umanità del diritto*

A conclusione di ogni ricerca si è soliti fare un bilancio tra ciò che si conosceva prima d'intraprendere lo studio e ciò che si è arrivati a conoscere una volta terminato. Tra i due livelli di conoscenza, quello iniziale e quello finale, vi è un percorso obbligato che presuppone l'allontanamento dalle proprie certezze in cambio di nuovi punti di riferimento. Solo così è possibile progredire verso orizzonti inesplorati, verso la conquista di nuove risposte e soprattutto la definizione di nuovi interrogativi.

Anche questo breve viaggio ha condotto ben oltre le aspettative: ha dissipato dubbi e rafforzato convinzioni, ma soprattutto ha riconfermato che nessuna indagine sui comportamenti umani, incluso il crimine, può essere condotta ponendo il baricentro dell'analisi lontano dall'uomo stesso.

Ciò appare chiaramente nel secondo capitolo dedicato all'impiego dell'intelligenza artificiale nel processo penale, da cui trapela una profonda *crisi di umanità* nell'approccio giuridico al reato e ancor più al suo autore, quasi che «umano» fosse sinonimo di «debole», o, meglio, di «inefficace».

Tuttavia, come spesso accade, si cerca di porre rimedio all'inefficacia applicando antidoti all'inefficienza, ragion per cui, di fronte al più comune degli errori, quello di valutazione, la prima reazione è la totale sfiducia nelle capacità umane di giudizio e, per contro, il pieno affidamento alla capacità di giudizio delle *macchine*. In altre parole, più fiducia nelle creazioni che nei creatori.

Anche gli strumenti tecnologici più avanzati, indubbiamente operosi e, per certi versi, infallibili, pur condividendo le abilità dell'uomo che li ha progettati e costruiti, non ne condividono la natura. Questo «vuoto di sostanza» non può che condurre ad una risposta incompatibile con la domanda: nel caso del diritto penale, una reazione *artificiale* ad un fatto *umano*, il reato.

Certamente ciò non deve essere tradotto in un categorico rifiuto dell'uso della tecnologia negli ambiti della decisione e della prevenzione penale, purché nel risultato rimanga traccia dell'umanità del metodo o, quantomeno, dell'umanità dei principî sottesi all'utilizzo di tali mezzi.

Il filo conduttore di questa riflessione conclusiva è, per l'appunto, l'umanità e, più precisamente, come detto poc'anzi, la *crisi* dell'approccio umano al reato e ai soggetti protagonisti della vicenda criminosa, il reo e la vittima.

Un valore disatteso o, come suggerisce Vittorio Manes, un «canone disabitato»⁶⁴⁹.

Queste le sorti del principio di umanità, «autentica architrave del sistema penale»⁶⁵⁰, che dovrebbe ispirare non solo la risposta al reato, la pena, la quale, stando alla prima parte dell'art. 27, co. 3, Cost., non può «consistere in trattamenti contrari al senso di umanità», ma anche il procedimento che conduce all'accertamento della responsabilità e all'applicazione in concreto della sanzione.

Tale principio, infatti, non trova applicazione unicamente nel riconoscimento e nella garanzia di un «diritto ad una pena umana»⁶⁵¹, ma si esplica anche sul piano processuale, come emerge a chiare lettere dalla lettura in combinato disposto della prima parte dell'art. 27, co. 3 e dell'art. 111, co. 1, Cost.

In altri termini, osserva Manes, «il divieto di pene *inumane* dovrebbe implicare anche il divieto di un processo *inumano*, che impedisca quell'esperienza di cosificazione che non è distante da un trattamento inumano e degradante».

Il diritto ad un processo giusto comporta, pertanto, il diritto ad un processo *umano* e non *umanoide*, il diritto ad essere giudicati non da una macchina, ma da un «giudice in carne ed ossa» che si pronunci sulla base di «un metodo che rispecchi e rispetti il coefficiente umanistico che contrassegna l'individuo come persona»⁶⁵².

È necessario, dunque, per spiegare le vele verso il futuro, mantenere ben saldo il timone sulla rotta dei principî che costituiscono i capisaldi

⁶⁴⁹ Si rinvia al contenuto della *lectio magistralis* tenuta da Vittorio Manes il 17 gennaio 2025 presso l'Università di Roma Tre, in apertura alla XII edizione del Master *Diritto penitenziario e Costituzione* dal titolo *Effettività. Le "rinnezzazioni pratiche" della normativa penitenziaria*.

⁶⁵⁰ IBID.

⁶⁵¹ IBID.

⁶⁵² IBID.

dell'ordinamento, con la consapevolezza che i venti della modernità possono certo sospingere verso nuovi e stimolanti lidi, ma anche condurre all'arenamento di un sistema di norme costruito con grandi sforzi da chi ha saputo reagire a momenti particolarmente bui della storia.

La ragione per cui si è scelto di ripercorrere il contenuto del presente lavoro partendo dal secondo capitolo, sta nel fatto che il primo ed il terzo hanno un comune denominatore, il giudice.

Mentre il primo capitolo si occupa dell'organo giudicante, della sua evoluzione nella storia del diritto e dei principi che stanno a fondamento della sua funzione, il terzo indaga la figura del giudice come essere umano posto di fronte al *dramma* del giudizio, in qualità di *spettatore imparziale*, come precisano Adam Smith e Martha Nussbaum.

Un giudice neutrale che, tuttavia, non assume una posizione frontale rispetto alla vicenda oggetto del suo giudizio. Egli la osserva, la studia in tutte le sue sfaccettature, quasi fosse un prisma nelle mani di un gemmologo, non si risparmia nell'individuare nuove prospettive che consentono di coglierne le diverse sfumature, ma, al contrario, si adatta alla sua superficie, sia essa spigolosa o sinuosa.

Sono le straordinarie virtù del *giudice poeta*, sintetizza Nussbaum, di colui che, riprendendo nuovamente i versi di Whitman, giudica la realtà «come il sole che piove intorno a un oggetto inerte»: tutto avvolge, tutto considera.

Giunti al termine della riflessione, è il caso di domandarsi, infine, di quale modello di giustizia si faccia portavoce il *giudice poeta*.

Non certo di un paradigma tendente a semplificare la realtà sottoposta a giudizio, ma piuttosto di uno *attento* al suo *particolare*, che ne ricerchi ed esalti la complessità.

Un modello di giustizia che non può accettare una risposta semplicistica al crimine, una risposta ovvia, che si esaurisca in una corrispondenza biunivoca tra l'insieme dei reati e quello delle pene.

In altre parole, il *giudice poeta* non incarna il paradigma retributivo.

Egli lo supera, lo trascende proprio perché ne comprende l'inidoneità a sopperire alle richieste esplicite e soprattutto implicite della persona offesa dal reato

e della società teatro di quell'offesa. Vi passa oltre, cogliendo l'istanza sociale di riparazione e facendosene rappresentante.

È un giudice *creativo* — ποιέω (*poiéo*), da cui *poetico*, significa infatti «fare», «creare» — che risponde al reato con *parole* nuove, capaci di ristorare anche laddove è impossibile restituire. Si pensi, ad esempio, a quella che si potrebbe definire la *sentenza poetica* del Gup Di Nicola illustrata al termine del terzo capitolo, in cui il giudice individua il bisogno culturale della vittima, che mai potrebbe essere soddisfatto con un mezzo diverso dalla cultura stessa.

L'evidente *crisi di umanità* del diritto e del processo penale si riflette sulla figura del giurista, portatore sano di quel «malessere giuridico», cui necessariamente si accompagna il malcontento sociale, «in gran parte dovuto al misconoscimento della vera natura del diritto», troppo spesso ridotto ad una scienza esatta e quasi mai considerato alla stregua di «un'arte, un'etica, persino una poetica»⁶⁵³.

Per inquadrare il fenomeno giuridico nella sua attualità e per rispondere alle domande di giustizia poste dalla collettività non serve, dunque, ricercare nuove utopie o appellarsi ad intelligenze diverse da quella umana, è sufficiente «farsi carico dell'irriducibile umanità del diritto», alla quale, «come per altre vicende umane», non è possibile sfuggire⁶⁵⁴.

Al fine di preservare l'umanità del diritto è indispensabile promuovere la *contaminazione* di questa materia, già di per sé estremamente permeabile, con saperi diversi.

Favorire nella formazione giuridica l'apertura alle discipline umanistiche, al pari di quanto accade con le discipline scientifiche, significa coltivare al contempo *scientia* e *prudentia*, come già si riteneva fondamentale in epoca romana⁶⁵⁵.

Il giurista, soprattutto nella veste di giudice, è chiamato ad essere sì *iuris peritus*, ma anche *iuris prudens*: egli dev'essere uomo saggio, portatore di valori, autorità, ma soprattutto autorevolezza⁶⁵⁶. È lo stesso Cicerone a porsi il problema

⁶⁵³ M. COUDRAIS, *Riumanizzare il diritto*, Mimesis, Milano, 2023, p. 14.

⁶⁵⁴ M. COUDRAIS, *Riumanizzare il diritto*, cit., p. 15.

⁶⁵⁵ F. TAMBURI, *Il ruolo del giurista nelle testimonianze della letteratura romana*. vol. I *Cicerone*, Ed. Scient. It., Napoli, 2013, p. 42 ss.

⁶⁵⁶ «Ed ecco il mezzo di cui l'oratore si è servito, l'argomento per eccellenza su cui ha fondato la credibilità del proprio punto di vista, indicato come unico riferimento: l'*auctoritas sapientissimorum*

del ruolo dei giuristi «sul palcoscenico delle *artes*» e a sottolineare l'importanza di un costante dialogo tra esperti del diritto e cultori di discipline diverse dalla giurisprudenza.

L'Arpinate ha un'immagine del giurista particolarmente sfaccettata: egli è «il *vir sapiens* che adempie al proprio *munus respondendi*», è depositario di una «cultura enciclopedica», non solo giuridica, esperto di oratoria e di vita pratica. Cicerone denuncia fin dal suo tempo la «scarsa attitudine formativa della *disciplina iuris*» e indica «la necessità dell'apprendimento della logica argomentativa», al fine di consentire ai *prudentes* di «disputare con altri intellettuali», dedicandosi così «all'*universum ius* e non al ristretto *ius civile*».

Troppo spesso trincerato dietro al *cliché* dell'«uomo di legge» che è sì «uomo di cultura», ma «ostinatamente chiuso nella propria specializzazione»⁶⁵⁷, il giurista deve adoperarsi con ogni mezzo per uscire dalla sua *comfort zone*, dalla «torre d'avorio»⁶⁵⁸ da cui domina austero il mondo sottostante.

A tal fine, appare necessaria più che una formazione, il più delle volte ridotta ad addestramento, una vera e propria educazione a sviluppare l'abilità di mantenersi in costante e stabile equilibrio tra ragione ed emozioni, come è più volte ribadito all'interno del primo capitolo.

L'umanità del diritto entra, però, in crisi non solo nel momento in cui si ignora la natura umana della disciplina giuridica, ma, soprattutto, quando si trascura la natura umana del suo destinatario.

Affinché si compia il disegno di una giustizia che vada oltre la logica della retribuzione, il principio di umanità delle pene, richiamato e difeso da Vittorio Manes poche righe sopra, deve trovare concreta applicazione dalla fase della comminazione a quella dell'esecuzione.

hominum, il parere autorevole dei giureconsulti – ‘fondativo’ della corretta interpretazione della norma, diremmo rifacendoci al senso originario del termine *auctoritas* –, in una definizione elogiativa dei *prudentes* che li eleva al grado superlativo di uomini sapienti, slegandoli addirittura dall'indicazione onomastica della loro specializzazione», (F. TAMBURI, *Il ruolo del giurista*, cit., p. 46).

⁶⁵⁷ F. TAMBURI, *Il ruolo del giurista*, cit., p. 322.

⁶⁵⁸ Cfr. *supra*, capitolo I, par. 2.2.3, p. 43.

È, dunque, il paradigma retributivo stesso a manifestare questa cosiddetta *crisi di umanità* nel momento in cui, applicando pene incompatibili con la dignità umana, dimostra l'inadattabilità della sua risposta al crimine.

Il tema della giustizia poetica insegna che, grazie all'influsso di discipline come la letteratura, è possibile assumere una prospettiva diversa rispetto al fenomeno giuridico e percepire la necessità di far fronte al reato con mezzi diversi, o alternativi, alla retribuzione.

Sentenze come quelle proposte in quest'ultimo capitolo — si pensi ai due casi statunitensi — sono la prova tangibile che il difetto di umanità nel giudicante ha come diretta conseguenza il prodursi di ulteriori forme di ingiustizia.

Al contrario, — si pensi ora alla sentenza del Gup di Nicola — l'adattarsi del giudice alla complessità della vicenda sottoposta al suo giudizio può fornire risposte innovative capaci di cogliere ed accogliere i reali bisogni del contesto in cui il reato prende forma.

Una risposta umana al crimine è ciò a cui i sistemi penali devono tendere, non solo in ottemperanza ai principî delle costituzioni nazionali o a quelli di fonte internazionale, ma soprattutto in ossequio ai principî morali propri di una civiltà che conosce e perciò rifugge l'abominio del disumano, specie laddove questo è posto in essere nel nome della legge.

BIBLIOGRAFIA

ALGERI L. - TORRE M., *Aspetti definitivi e delimitazione della materia*, in G. M. BACCARI - P. FELICIONI, *La decisione penale tra intelligenza emotiva e intelligenza artificiale*, Giuffrè, Milano, 2023.

ALTAVILLA E., *Psicologia giudiziaria*, Utet, Torino, 1948.

ALVAZZI DEL FRATE P., *Autonomia, legittimazione e reclutamento della magistratura: considerazioni storiche sull'ordinamento francese*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, fasc. n. 2, 2021.

AMARELLI G., *Caratteri e limiti della disciplina delle circostanze del reato*, in C. FIORE - S. MOCCIA - A. CAVALIERE (a cura di), *Quale riforma del codice penale?*, Ed. Scient. It., 2009.

AMODIO E., *Prefazione*, in A. FORZA - G. MENEGON - R. RUMIATI, *Il giudice emotivo* Il Mulino, Bologna, 2017.

AMORE N. - ROSSERO E., *Robotica e intelligenza artificiale nell'attività medica: organizzazione, autonomia, responsabilità: una ricerca sociologica e giuridico-penale*, Il Mulino, Bologna, 2023.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., Giuffrè, Milano, 2003.

ARCIERI S., *Bias cognitivi e decisioni: un'indagine sperimentale*, in *Diritto penale e uomo*, pubblicato il 2 aprile 2019.

ARISTOTELE, *Dell'arte poetica*, a cura di C. GALLAVOTTI, Mondadori, Milano, 1974.

BACCARI G.M. - FELICIONI P., *La decisione penale tra intelligenza emotiva e intelligenza artificiale*, Giuffrè, Milano, 2023.

BACCARI G.M. - PECCHIOLI G., *I.A. e giudizio sul fatto: gli strumenti di e-evidence per la cognizione*, in BACCARI G.M. - FELICIONI P., *La decisione penale tra intelligenza emotiva e intelligenza artificiale*, Giuffrè, Milano, 2023.

BAINBRIDGE S.M., *Abolishing LLC Veil Piercing*, 2005.

BARBERIS M., *Giustizia predittiva: ausiliare e sostitutiva. Un approccio evolutivo*, in *Milan Law Review*, Vol. III, fasc. n. 2, 2022.

BARONE G., *Giustizia predittiva e certezza del diritto*, Pacini Giuridica, Ospedaletto, 2024.

BARTOLI R., *Giustizia vendicativa, giustizia riparativa, costituzionalismo*, in *Sistema penale*, pubblicato il 22 marzo 2023.

BASILE F., *L'enorme potere delle circostanze sul reato e l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. n. 4, 2015.

BASILE F., *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Diritto penale e uomo*, 2019.

BATTELLI E., *La decisión robótica: algoritmos, interpretación y justicia predictiva*, in *Revista de Derecho Privado*, Vol. XL, 2021.

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, 1764, a cura di F. VENTURI, Einaudi, Torino, 2018.

BELLAVISTA G., *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Bocca, Milano, 1939.

BERIA DI ARGENTINE C., *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Giuffrè, Milano, 2021.

BERND B., *Predictive Policing*, in *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, Vol. XCIX, fasc. n. 2, 2016.

BERTAGNA G. - CERETTI A. - MAZZUCATO C., *Il libro dell'incontro: vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, Il Saggiatore, Milano, 2015.

BERTOLINO M., *La rappresentazione mediatica della giustizia penale: dalla narrazione del crimine a quella del processo*, in *Discrimen*, pubblicato il 26 febbraio 2024.

BETTIOL G., *Pena retributiva e poteri discrezionali del giudice*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1941.

BISSO R., *De recto jurisprudentiae ministerio*, in *Opuscoli di autori siciliani*, Vol. XVII, Palermo, 1776.

BLAIOTTA R., *Educazione sentimentale del giudice. A proposito di giustizia, amianto, vittime diffuse*, in *Sistema penale*, pubblicato il 15 giugno 2021.

BLAIOTTA R., *Giustizia, errore, intelligenza artificiale*, in *Sistema penale*, pubblicato il 23 ottobre 2023.

BONFIGLIOLI R., *Introduzione a A. SMITH, La teoria dei sentimenti morali, 1759*, a cura di R. BONFIGLIOLI - D. FELICE, Mimesis, Milano, 2024.

BORTOLATO M., *La riforma Cartabia: la disciplina organica della giustizia riparativa. Un primo sguardo al nuovo decreto legislativo*, in *Questione giustizia*, pubblicato il 10 ottobre 2022.

BOUCHARD M., *Commento al titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 sulla disciplina organica della giustizia riparativa*, *Questione giustizia*, pubblicato il 7 febbraio 2023.

BRADY M.S., *Emotional Insight. The Epistemic Role of Emotional Experience*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

BREGGIA L., *Prevedibilità, predittività e umanità nella soluzione dei conflitti*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, fasc. n. 1, 2019.

BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, Vol. 1 *Nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1965.

CADOPPI A. - VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2023.

CALAPRICE A., *The Ultimate Quotable Einstein*, Princeton University Press, Princeton, 2013.

CANNATA S., *La commisurazione della pena nel sistema federale statunitense*, in *ADIR - L'altro diritto*, 2002.

CANCILA R., *Autorità sovrana e potere feudale nella Sicilia moderna*, in *Quaderni Mediterranea. Ricerche storiche*, fasc. n. 24, Palermo, 2013.

CANESTRARI S. - CORNACCHIA L. - DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Il Mulino, Bologna, 2017.

CANZIO G., *Il processo penale tra verità e dubbio*, intervento al Corso di aggiornamento organizzato dalla Camera Penale di Firenze su «Il giudizio di cassazione nel sistema processuale penale», 27 novembre 2009, in *Diritto Penale Contemporaneo*, pubblicato il 25 novembre 2010.

CANZIO G., *Alle radici dell'errore giudiziario: "Heuristics and Biases"* in L. LUPÁRIA DONATI (a cura di), *L'errore giudiziario*, Giuffrè, Milano, 2021.

CANZIO G., *Prefazione*, in G. M. BACCARI - P. FELICIONI, *La decisione penale tra intelligenza emotiva e intelligenza artificiale*, Giuffrè, Milano, 2023.

CAPPELLINI A., *Machina delinquere non potest? Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale*, in *Discrimen*, pubblicato il 27 marzo 2019.

CAPUTO M., *Le circostanze attenuanti generiche tra declino e camouflage*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. n. 1, 2010.

CARDOZO B.N., *Law and Literature*, Harcourt, Brace and Company, New York, 1931.

CARDOZO B.N., *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, 1960.

CARINGELLA F. - DELLA VALLE F. - DE PALMA M., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XII ed., Dike giuridica, Napoli, 2023.

CARLIZZI G., *Il principio del libero convincimento come guida per il legislatore e per il giudice nel campo del processo penale*, in *Discrimen*, pubblicato il 4 marzo 2019.

CARLIZZI G., *Libero convincimento del giudice e automatismi probatori*, in *Notizie di politeia*, Vol. XXXVI, fasc. n. 140, 2020.

CARLIZZI G., *Errore giudiziario e logica del giudice nel processo penale*, in L. LUPÁRIA DONATI (a cura di), *L'errore giudiziario*, Giuffrè, Milano, 2021.

CARNELUTTI F., *Torniamo al "giudizio"*, in *Rivista di Diritto Processuale*, fasc. n. 3, Cedam, Padova, 1949.

CARNELUTTI F., *Cosa è il giudizio?*, in F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Giappichelli, Torino, 2017.

CARUSO G., *La discrezionalità penale: tra "tipicità classificatoria" e "tipologia ordinale"*, Cedam, Padova, 2009.

CARUSO G., *Reclivida riformata, attenuanti generiche e discrezionalità (a proposito di Corte cost., sent. n. 183 del 7 giugno 2011)*, in *Archivio penale*, fasc. n. 3, 2011.

CASIRAGHI R., *Informazione giudiziaria, processo mediatico e imparzialità del giudice*. Relazione, svolta il 10 settembre 2021, al Convegno dell'Associazione degli Studiosi del Processo Penale "G.D. Pisapia" su "Problemi del processo mediatico".

CATTANEO A. - FORTI G. - PROVERA A., *Il viaggio letterario della giustizia. Storie di scoperte, colonizzazioni, migrazioni, turismi*, Vita e Pensiero, Milano, 2020.

CATTANEO A. - FORTI G. - VISCONTI A., *Oltre i confini della realtà. La fantascienza e gli universi distopici della Giustizia*, Vita e Pensiero, Milano, 2023.

CATTANEO M.A., *Carlo Goldoni e Alessandro Manzoni. Illuminismo e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1987.

CATTANEO M.A., *Pena diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1990.

CATTANEO M.A., *Riflessioni sull'umanesimo giuridico*, ESI, Napoli, 2004.

CIANFARINI A., *Brevi note sull'errore giudiziario in Italia*, Saggistica Primiceri, Padova, 2019.

CESARI C., *L'impatto delle nuove tecnologie sulla giustizia penale - un orizzonte denso di incognite*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. V, fasc. n. 3, 2019.

COCCO G. - AMBROSETTI E.M., *Trattato breve di diritto penale. Parte generale*, III ed., Vol. II - *Punibilità e pene*, Wolters Kluwer, Milano, 2022.

COLAIACOVO G., *Processo mediatico e violazione del segreto istruttorio (le notizie processuali)*, in G. SPANGHER (a cura di), *La vittima del processo: i danni da attività processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2017.

CONTI C., *Processo mediatico e processo penale: per un'analisi critica dei casi più discussi da Cogne a Garlasco*, Giuffrè, Milano, 2016.

COGROSSI C., *La criminalistica italiana del XVIII secolo sulla 'certezza morale' antesignana del libero convincimento del giudice: note*, Fond. Sergio Mochi Onory, Roma, 2000.

COGROSSI C., *Alle origini del libero convincimento del giudice: la morale certezza in Tommaso Briganti trattatista del primo Settecento*, Giuffrè, Milano, 2003.

CORTELAZZO M.A. - PELLEGRINO F., *Guida alla scrittura istituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

COUDRAIS M., *Riumanizzare il diritto*, Mimesis, Milano, 2023.

CRAWFORD K., *The Hidden Biases in Big Data*, in *Harvard business review*, pubblicato il 1° aprile 2013.

CUSTODERO O., *Capacità a delinquere e commisurazione della pena: problemi ed orientamenti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. n. 1, 1998.

D'AMATO A., *La letteratura e la vita del diritto*, Ubezzi & Dones, Milano, 1936.

DE VERO G., *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Giuffrè, Milano, 1983.

DE VERO G., *Corso di diritto penale. Parte generale*, II ed., Giappichelli, Torino, 2024.

DI STEFANO P., *Codice penale commentato*, V ed., Giuffrè, Milano, 2023.

DICKENS C., *Hard Times: For These Times* (1854), trad. it. di B. Tasso, *Tempi difficili*, BUR, 2019.

DOLCINI E., *La commisurazione della pena: la pena detentiva*, Cedam, Padova, 1979.

DOLCINI E., *La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. n. 1, 1981.

DOLCINI E., *Teoria e prassi della commisurazione della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. n. 1, 1982.

DOLCINI E., *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. n. 3, 1990.

DOLCINI E., *L'art. 133 c.p. al vaglio del movimento internazionale di riforma*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. n. 2, 1990.

DONATI G., *L'interpretazione della legge «oltre i confini della realtà»*, in *Tra giustizia e letteratura. Un'avventura del pensiero*, a cura di G. FORTI - G. ROTOLO - A. VISCONTI, Vita e Pensiero, Milano, 2023.

DONINI M., *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cassazione Penale*, fasc. n. 2, 2006.

EAGLIN J.M., *Constructing recidivism risk*, in *Emory Law Journal*, Vol. LXVII, fasc. n. 1, 2017.

EGBERT S. - LEESE M., *Criminal Futures. Predictive Policing and Everyday Police Work*, Routledge, New York, 2021.

ESPOSITO A., *Le emozioni del giudice (penale)*, in *Archivio penale*, fasc. n. 3, 2021.

EUSEBI. L., *La nuova retribuzione*, in G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985.

EUSEBI. L., *La Pena "in crisi": il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcelliana, Brescia, 1989.

EUSEBI. L., *La condotta umana come volizione di eventi*, in Id. (a cura di), *Dinamiche della volizione e libertà*, Vita e Pensiero, Milano, 2008.

EUSEBI. L., *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato: un obiettivo rilevante per l'ordinamento giuridico?*, in *Criminalia*, 2010.

EUSEBI. L., *Giustizia “riparativa” e riforma del sistema penale canonico. Una questione, in radice, teologica*, in *Monitor ecclesiasticus*, Vol. CXXX, fasc. n. 2, 2015.

EUSEBI. L., *Sviluppi normativi per una giustizia riparativa*, in *Minori giustizia*, fasc. n. 1, 2016.

EUSEBI. L., *Pena e perdono*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. n. 3, 2019.

EUSEBI. L., *La fraternità ferita: colpa, pena, giustizia riparativa*, in R. RAGONESE, *Fraternità ferita e riconciliazione*, Ancora, Milano, 2017.

EUSEBI. L., *Complessità psicologica delle condotte umane e sistema sanzionatorio penale*, in *Diritto penale e uomo*, pubblicato il 22 settembre 2021.

EUSEBI. L., *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, in AA.VV., *Verso una giustizia penale “conciliativa”: atti del Convegno organizzato dall’Assessorato ai giudici di pace della Regione Trentino Alto-Adige / Südtirol, dalla Facoltà di giurisprudenza e dal Dipartimento di scienze giuridiche dell’Università degli studi di Trento (Trento, 25 e 26 maggio 2001)*, a cura di L. PICOTTI - G. SPANGHER, Milano, 2022.

EUSEBI. L., *Il cantiere lento della riforma in materia di sanzioni penali. Temi per una discussione*, in *Archivio penale* fasc. n. 1, 2022.

EUSEBI. L., *Giustizia riparativa, sistema penale, fratellanza universale*, in *Coscienza*, Vol. LXXV, 2023.

EUSEBI. L., *Giustizia riparativa e riforma del sistema sanzionatorio penale*, in *Diritto penale e processo*, Vol. XXIX, fasc. n. 1, 2023.

EUSEBI. L., *Modelli della giustizia e sanzioni penali*, in *Discrimen*, pubblicato il 22 gennaio 2023.

EUSEBI. L., *Pene retributive e giustizia riparativa*, in D. CASTRONUOVO - D. NEGRI, *Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura*, Jovene, Napoli, 2023.

EUSEBI. L., *Giustizia punitiva e giustizia riparativa: quali rapporti?*, in *Discrimen*, pubblicato il 3 ottobre 2023.

EUSEBI. L., *Qualcosa di meglio della pena retributiva. In margine a C.E. Paliero, il mercato della penalità*, in *Sistema penale*, pubblicato il 9 maggio 2023.

EUSEBI. L., *Rieducazione e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio penale dopo il d.lgs. n. 150/2022*, in *Sistema penale*, pubblicato il 10 aprile 2024.

FAINI F., *Big data e Internet of Things: data protection e data governance alla luce del regolamento europeo*, in AA.VV., *Il processo di adeguamento al GDPR. Aggiornato al D.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Giuffrè, Milano, 2018.

FARALLI C. - MITTICA M.P., *Diritto e letteratura: prospettive di ricerca*, Aracne, Roma, 2010.

FIANDACA G., *Uguaglianza e diritto penale*, in AA.VV., *Le ragioni dell'uguaglianza*, Giuffrè, Milano, 2009.

FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., Zanichelli, Torino, 2024.

FILANGIERI G., *Riflessioni politiche su l'ultima legge del sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia*, Napoli, 1774.

FIGLIO C. - FIGLIO S., *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Wolters Kluwer, Milano, 2023.

FISH S., *Doing What Comes Naturally Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary & Legal Studies*, Duke University Press, Durham, 1989.

FISH S., *There Is No Such Thing as Free Speech and It's a Good Thing, Too*, Oxford University Press, Oxford, 1994

FERGUSON A.G., *Polcing Predictive Policing*, in *Washington University Law Review*, Vol. XCIV, fasc. n. 5, 2017.

FIORE C. - MOCCIA S. - CAVALIERE A. (a cura di), *Quale riforma del codice penale?*, Ed. Scient. It., 2009.

FORTI G., *L'immane concretezza*, Cortina, Milano, 2000.

FORTI G., *Il tempo della parola giusta. Scritti di diritto penale, criminologia e letteratura*, Vita e Pensiero, Milano, 2024.

FORTI G. - BERTOLINO M. (a cura di), *La televisione del crimine*, Vita e Pensiero, Milano, 2005.

FORTI G. - MAZZUCATO C. - VISCONTI A. (a cura di), *Giustizia e Letteratura I*, Vita e Pensiero, Milano, 2012.

FORTI G. - PROVERA A., *La grande guerra. Storie e parole di giustizia*, Vita e Pensiero, Milano, 2018.

FORTI G. - PROVERA A., *Mito e narrazioni della giustizia nel mondo greco*, Vita e Pensiero, Milano, 2019.

FORTI G. - PROVERA A. - SPRICIGO B., *Umanità in trincea. Voci di giustizia da una grande guerra senza pace*, Vita e Pensiero, Milano, 2019.

FORTI G. - PETROSINO S., *Logiche follie. Sacrifici umani e illusioni della giustizia*, Vita e Pensiero, Milano, 2022.

FORTI G. - ROTOLO G. - VISCONTI A. (a cura di) *Tra giustizia e letteratura. Un'avventura del pensiero* Vita e Pensiero, Milano, 2023.

FORTI G. - RIONDATO S. - SEMINARA S., *Commentario breve al Codice Penale*, VII ed., Cedam, Padova, 2024.

FORZA A. - MENEGON G. - RUMIATI R., *Il giudice emotivo*, Il Mulino, Bologna, 2017.

FORZA A., *Le scienze comportamentali ed il loro contributo nello studio dei processi decisionali*, in G.M. BACCARI - P. FELICIONI, *La decisione penale tra intelligenza emotiva e intelligenza artificiale*, Giuffrè, Milano, 2023.

FORZATI F., *Il penale dell'immigrazione oltre i diritti e le garanzie della persona. Il D.L. 14 giugno 2019 n. 53 e le nuove frontiere della diseguaglianza sanzionatoria*, in *Archivio Penale*, fasc. n. 3, 2019.

FOSCHINI G., *La sentenza quale fase del postdibattimento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. n. 4, 1967.

FOUCAULT M., *Surveiller et punir: Naissance de la prison* (1975), trad. it. di A. Tarchetti, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 2014.

FRATINI M., *Manuale sistematico di diritto penale*, Neldiritto, Molfetta, 2024.

GATTA G.L., *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in *Sistema penale*, pubblicato il 15 ottobre 2021.

GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Neldiritto, Molfetta, 2024.

GHIRARDELLI P. - VITIELLO F., *Il processo mediatico: quando i mass media si sostituiscono ai tribunali*, Unicopli, Milano, 2018.

GIABARDO C.V., *Il giudice e l'algoritmo (in difesa dell'umanità del giudicare)*, in *giustiziainsieme.it*, pubblicato il 9 luglio 2020.

GIANNELLI C. - GILLIGAN F.A., *Prison Searches and Seizures: "Locking" the Fourth Amendment Out of Correctional Facilities*, in *Virginia Law Review*, Vol. LXII, fasc. n. 6, 1976.

GIDE A., *Ricordi della Corte d'Assise*, Sellerio, Palermo, 1994.

GIDE A., *Il caso Redureau*, Sellerio, Palermo, 1994.

GIDE A., *I sotterranei del Vaticano*, Bompiani, Milano, 2019.

GILARDI R., *John Rawls e la rinascita di una prospettiva contrattualistica in etica*, in *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica*, Vol. LXIX, fasc. n. 1, 1977.

GIOSTRA G., *La giustizia penale nello specchio deformante della cronaca giudiziaria*, in *MediaLaws, Rivista di diritto dei media*, fasc. n. 3, 2018.

GIRARD R., *Le bouc émissaire* (1982), trad. it. *Il capro espiatorio*, a cura di C. Leverdi - F. Bovoli, Adelphi, Milano, 1987.

GREBLO E., *Introduzione a NUSSBAUM M.C., Giustizia poetica. Immaginazione letteraria e vita civile*, Mimesis, Milano 2012.

GROSSMAN V., *Vita e destino*, Adelphi, Milano, 2008.

GROSSO C.E. - PELISSERO M. - PETRINI D. - PISA P., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2023.

GULLO A. - MILITELLO V. - RAFARACI T., *I nuovi volti del sistema penale fra cooperazione pubblico-privato e meccanismi di integrazione fra hard law e soft law*, Giuffrè, Milano, 2021.

GULOTTA G., *Innocenza e colpevolezza sul banco degli imputati: commento alle linee guida psicoforensi per un processo sempre più giusto*, Giuffrè, Milano, 2018.

GUTHRIE C. - RACHLINSKY J.J. - WISTRICLIFF A.J., *Inside the Judicial Mind*, in *Cornell Law Faculty Publications*, Vol. LXXXVI, 2001.

HEALD P.J., *Literature and Legal Problem Solving: Law and Literature As Ethical Discourse*, Carolina Academic Press, Durham (NC), 1998.

HEINITZ E., *La giusta misura della pena*, in *Jus*, Vol. III, 1952.

IAGNEMMA C., *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale. Un rapporto da rivisitare nella teoria del reato e nel sistema sanzionatorio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. n. 3, 2019.

IASEVOLI C., *L'errore giudiziario tra negligenza inescusabile e colpa grave degli inquirenti*, in L. LUPÁRIA DONATI (a cura di), *L'errore giudiziario*, Giuffrè, Milano, 2021.

IMPOSIMATO F., *L'errore giudiziario: aspetti giuridici e casi pratici*, Giuffrè, Milano, 2008.

JASANOFF S., *Science at the bar: law, science, and technology in America* (1995), trad. it. di M. Graziadei, *La scienza davanti ai giudici. La regolazione giuridica della scienza in America*, Giuffrè, Milano, 2001.

KAHNEMAN D. - TVERSKY A., *Judgment under uncertainty: Heuristic and biases*, in *Science*, Vol. CLXXXV, fasc. n. 4157, pubblicato il 27 settembre 1974.

KEHL D. - GUO P. - KESSLER S., *Algorithms in the Criminal Justice System*, in *Berkman Klein Center for Internet & Society, Harvard Law School*, 2017.

KOSTORIS R.E., *Predizione decisoria, diversione processuale e archiviazione*, in *Sistema penale*, pubblicato il 23 luglio 2021.

KOZINSKI A., *What I Ate for Breakfast and Other Mysteries of Judicial Decision Making*, in *Loyola of Los Angeles Law Review.*, Vol. XXVI, fasc. n. 4, pubblicato il 6 gennaio 1993.

LAI F., *Prova scientifica nel processo penale e libero convincimento del giudice. Riflessioni in tema di valutazione della prova scientifica: il delicato ruolo del giudice penale*, in G. DE FRANCESCO - G. MORGANTE (a cura di), *Il diritto penale di Fronte alle Sfide della «Società Del Rischio»: un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di Sistema*, Giappichelli, Torino, 2018.

LANZA L., *Emozioni e libero convincimento nella decisione del giudice penale*, in *Criminalia*, 2011.

LANZI M., *Self-driving cars e responsabilità penale: la gestione del rischio stradale nell'era dell'intelligenza artificiale*, Giappichelli, Torino, 2023.

LAUDAN L., *Truth, error, and criminal law: an essay in legal epistemology*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

LEA H.C., *L'ingiustizia della giustizia. Storia delle torture e delle violenze legali in Europa*, Fratelli Melita, Genova, 1989.

LO GIUDICE A., *Il dramma del giudizio*, Mimesis, Milano, 2023.

LUPÁRIA DONATI L., *Cultura della prova ed errore giudiziario: il processo penale in discussione*, in L. LUPÁRIA DONATI - L. MARAFIOTI - G. PAOLOZZI (a cura di), *Errori giudiziari e background processuale*, Giappichelli, Torino, 2017.

LUPÁRIA DONATI L. (a cura di), *L'errore giudiziario*, Giuffrè, Milano, 2021.

LEVINSON S., *Law as Literature*, in *Texas Law Review*, Vol. LX, 1982.

LEVINSON S. - MAILLOUX S., *Interpreting Law and Literature: A Hermeneutic Reader*, Northwestern University Press, Evanston, 1988.

MALDONATO L., *Risk and need assessment tools e riforma del sistema sanzionatorio: strategie collaborative e nuove prospettive*, in L. PRESSACCO - G. DI PAOLO, *Intelligenza artificiale e processo penale: indagine, prove, giudizio*, Ed. Scient., Napoli, 2022.

MALDONATO L., *Algoritmi predittivi del rischio di recidiva: questioni problematiche e nuove prospettive*, in D. CASTRONUOVO - D. NEGRI, *Forme, riforme e valori per una giustizia penale futura*, Jovene, Napoli, 2023.

MANES V., *Il principio di offensività in materia penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino 2003.

MANES V., *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, Milano, 2020.

MANES V., *Giustizia mediatica: gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Il Mulino, Bologna, 2022.

MANNOZZI G., *Fini della pena e commisurazione finalisticamente orientata: un dibattito inesauribile*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. n. 3, 1990.

MANNOZZI G., *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, Milano, 2003.

MANNOZZI G., *Nuovi scenari per la giustizia riparativa. Riflessioni a partire dalla legge delega 134/2021*, in *Archivio penale*, fasc. n. 1, 2022, p. 93 ss.;

MANNOZZI G., *Nuovi scenari per la giustizia riparativa. Riflessioni a partire dalla legge delega 134/2021*, in *Archivio penale*, fasc. n. 1, 2022.

MANNOZZI G. - LODIGIANI G.A. (a cura di), *Giustizia riparativa: ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, Bologna, 2015.

MANNOZZI G. - LODIGIANI G.A., *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, Torino, 2017.

MANNOZZI G., *Sapienza del diritto e saggezza della giustizia: l'attenzione alle emozioni nella normativa sovranazionale in materia di restorative justice*, in *Criminalia*, pubblicato il 23 aprile 2020.

MANTOVANI F., FLORA G., *Diritto penale. Parte generale*, XII ed., Cedam, Padova, 2023.

MARINUCCI G. - DOLCINI E. - GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XII ed., Giuffrè, Milano, 2023.

MARTELLO M., *Una giustizia alta e altra. La mediazione nella nostra vita e nei tribunali*, Paoline ed., Milano, 2022.

MASSA M., *Le attenuanti generiche*, Jovene, Napoli, 1959.

MASTRO D., *Le cause degli errori giudiziari e i meccanismi di prevenzione e riparazione delle condanne e imputazioni ingiuste*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. VIII, fasc. n. 3, 2022.

MATTEVI E., *Una giustizia più riparativa: mediazione e riparazione in materia penale*, Ed. Scient., Napoli, 2017.

MAZZA G. - TOGNAZZI S., *La valutazione della pericolosità ante e post delictum*, in G. M. BACCARI - P. FELICIONI, *La decisione penale tra intelligenza emotiva e intelligenza artificiale*, Giuffrè, Milano, 2023.

MAZZUCATO C., *Consenso alle norme e prevenzione dei reati: studi sul sistema sanzionatorio penale*, Aracne, Roma, 2005.

MC CARTHY J. - MINSKY M.L. - ROCHESTER N. - SHANON C.E., *A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*, 1955.

MCDANIEL J. - PEASE K., *Predictive policing and artificial intelligence*, Routledge, New York, 2021.

MELCHIONDA A., *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. n. 4, 1990.

MESSINA S., *La discrezionalità nel diritto penale*, Ed. Ateneo, Roma, 1914.

MITTICA M.P., *Diritto e letteratura e law and humanities: elementi per un'estetica giuridica*, Giappichelli, Torino, 2024.

MONACO L. - PALIERO C.E., *Variazioni in tema di "crisi della sanzione": la diaspora del sistema commisurativo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. n. 2, 1994.

MONTAGNA M., *Prognosi personologica, commisurazione della pena e applicazione di misure di sicurezza*, in G. M. BACCARI - P. FELICIONI, *La decisione penale tra intelligenza emotiva e intelligenza artificiale*, Giuffrè, Milano, 2023.

MONTESQUIEU, *Opere complete (1721-1754)*, a cura di D. FELICE, Bompiani, Milano, 2014.

MORISON J. - BELL C., *Tall Stories? Reading Law and Literature*, Dartmouth, Aldershot, 1996.

MUSCATIELLO V.B., *La recidiva*, Giappichelli, Torino, 2008.

NADEAU M., *Introduzione* in A. Gide, *Il caso Redureau*, Sellerio, Palermo, 1994.

NAZZICONE L., *La motivazione della sentenza. Stile e tecniche*, Giuffrè, Milano, 2024.

NOBILI M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano 1974.

NUSSBAUM M.C., *The Fragility of Goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986.

NUSSBAUM M.C., *The Therapy of Desire: Theory and Practice in Hellenistic Ethics*, Princeton University Press, Princeton, 1994.

NUSSBAUM M.C., *Skepticism about Practical Reason in Literature and the Law*, in *Harvard Law Review*, Vol. CVII, fasc. n. 3, 1994.

NUSSBAUM M.C., *Poetic justice. The Literary Imagination and Public Life*, Beacon Press, Boston, 1995.

NUSSBAUM M.C., *Cultivating Humanity: A Classical Defense of Reform in Liberal Education*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1997.

NUSSBAUM M.C., *Sex and Social Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

NUSSBAUM M.C., *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

NUSSBAUM M.C., *Upheavals of Thought: The Intelligence of Emotions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

NUSSBAUM M.C., - SUNSTEIN C., *Animal Rights: Current Debates and New Directions*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

NUSSBAUM M.C., *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2006.

NUSSBAUM M.C., *Not for profit. Why the Democracy Needs the Humanities*, Princeton University Press, Princeton, 2010.

NUSSBAUM M.C., *Creating Capabilities. The Human development Approach*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2011.

NUSSBAUM M.C., *Giustizia poetica. Immaginazione letteraria e vita civile*, Mimesis, Milano 2012.

NUSSBAUM M.C., *Justice for Animals: Our Collective Responsibility*, Simon & Schuster, New York, 2023.

NUVOLONE P., *La capacità a delinquere nel sistema del diritto penale*, Tip. A. del Maino, Piacenza, 1942.

PADOVANI T., *Diritto penale*, XIII ed., Giuffrè, Milano, 2023.

PALAZZO F. - BARTOLI R., *Corso di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Giappichelli, Torino, 2023.

PALAZZO F., *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: de lege lata e de lege ferenda*, in *Politica del diritto*, fasc. n. 2, 2017.

PALAZZO F. - BARTOLI R., (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze University Press, Firenze, 2011.

PALIERO C.E., *Il Mercato della Penalità*, Giappichelli, Torino, 2021.

PANNARALE L., *Il capro espiatorio*, in P. GONELLA - M. RUOTOLO (a cura di), *Giustizia e carceri secondo Papa Francesco*, Jaca Book, Milano, 2016.

PARISI F., *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo, 2022, n. 150, Parte I. Disciplina organica e aspetti di diritto sostanziale*, in *Sistema penale*, pubblicato il 27 febbraio 2023.

PAULESU P.P., *Intelligenza artificiale e giustizia penale. Una lettura attraverso i principi*, in *Archivio penale*, fasc. n. 1, 2022.

PERRONE D., *La prognosi postuma tra distorsioni cognitive e software predittivi: Limiti e possibilità del ricorso alla 'giustizia digitale integrata' in sede di accertamento della colpa*, Giappichelli, Torino, 2021.

PISATI M., *Indagini preliminari e intelligenza artificiale: efficienza e rischi per i diritti fondamentali*, in *Processo penale e Giustizia*, fasc. n. 4, 2020.

PIVA D., *Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Jovene, Napoli, 2020.

PLUCKNETT T.F.T., *Bonham's Case and Judicial Review*, in *Harvard Law Review*, Vol. XL, fasc. n. 1, 1926.

POSNER P., *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1981.

POSNER R.A., *Law & Literature*, III ed., Harvard University Press, Cambridge (MA), 2009.

POTESTÀ G.L. - MAZZUCATO C. - CATTANEO A., *Storie di giustizia riparativa: il Sudafrica dall'apartheid alla riconciliazione*, Il Mulino, Bologna, 2017.

PRESSACCO L. - DI PAOLO G., *Intelligenza artificiale e processo penale: indagine, prove, giudizio*, Ed. Scient., Napoli, 2022.

PULITANÒ D., *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. n. 2, 2017.

PULITANÒ D., *Diritto penale*, X ed., Giappichelli, Torino, 2023.

RACHLINSKI J.J. - WINSTRICHT A.J., *Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 2017.

RAGONESE R., *Fraternità ferita e riconciliazione*, Ancora, Milano, 2017.

- RAWLS J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1971.
- RIVELLO P., *La necessità di evitare l'ingresso della junk science nelle aule giudiziarie: un ripensamento circa alcune ricorrenti affermazioni*, in *Diritto penale contemporaneo.*, fasc. n. 11, pubblicato l'8 novembre 2017.
- ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice penale*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2004.
- RUFFOLO U. (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, Milano, 2020.
- RULLI E., *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi?*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, Vol. XXXIII, fasc. n. 2, 2018.
- RYMER T., *The tragedies of the last age consider'd and examin'd by the practice of the ancients and by the common sense of all ages in a letter to Fleetwood Sheppard, Esq.*, Tonson, Londra, 1678.
- SANTARELLI S., *Sulle "tracce" del 'favor rei' nella discrezionalità penale*, Bononia University Press, Bologna, 2012.
- SEARLE J.R., *Il Mistero della realtà* (2019), trad. it. Raffaello Cortina, Milano, 2019.
- SIMON H.A., *Models of Bounded Rationality* (1997), trad. it. di I. Negri, *Scienza economica e comportamento umano*, Comunità, Torino, 2000.
- SMITH A., *La teoria dei sentimenti morali*, 1759, a cura di R. BONFIGLIOLI - D. FELICE, Mimesis, Milano, 2024.
- SOULEZ LARIVIÈRE D., *Il circo mediatico-giudiziario*, Liberilibri, Macerata, 1995.

SPANGHER G., *La vittima del processo: i danni da attività processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2017.

SPASARI M., *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Rivista italiana di diritto procedura penale*, fasc. n. 1, 1976.

STANIG E., *Il nuovo diritto penale d'autore*, in P. PITTARO (a cura di), *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità?*, EUT, Trieste, 2012.

STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, Giuffrè, 2001.

STELLA F., *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, Bologna, 2006.

TAMBURI F., *Il ruolo del giurista nelle testimonianze della letteratura romana*. vol. I *Cicerone*, Ed. Scient. It., Napoli, 2013.

TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975.

TARUFFO M., *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, fasc. n. 1, 1996.

TARTAGLIONE G., *La discrezionalità del giudice penale e la certezza del diritto*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. speciale, 1990.

TESTA I., *Autorizzare la speranza. Giustizia poetica e futuro radicale*, Interlinea, Novara, 2023.

TERRIZZI L.A., *Medical devices e diritto penale: profili di responsabilità del produttore e dell'utilizzatore*, Giuffrè, Milano, 2023.

TOTARO D.L., *Machine or Robot? Thoughts on the Legal Notion of Autonomy in the Context of Self-Driving Vehicles and Intelligent Machines*, in *European Business Law Review*, 2023.

TRAPANI M., *Prostituzione minorile e risarcimento in forma specifica del danno non patrimoniale. Osservazioni in merito a G.U.P. Roma, sent. 20 settembre 2016 (dep. 5 ottobre 2016), Est. Di Nicola*, in *Diritto penale contemporeo*, fasc. n. 2, 2017, pubblicato il 27 febbraio 2017.

TRIBE L.H., *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, in *Harvard Law Review*, Vol. LXXIV, fasc. n. 6, 1971.

TRIGGIANI N., *“In nome del popolo italiano”? Spunti di riflessione sul linguaggio della sentenza penale*, Taranto, 2016.

TRIGGIANI N., *Informazione e giustizia penale: dalla cronaca giudiziaria al processo mediatico*, Cacucci, Bari, 2022.

TUMMINELLO L., *Il volto del reo: l'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Giuffrè, Milano, 2010.

TURCO E., *L'equa riparazione tra errore giudiziario e ingiusta detenzione*, Giuffrè, Milano, 2007.

TURING A.M., *Computing, machinery and intelligence*, in *Mind*, 1950.

TUZET G., *Effettività, efficacia, efficienza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fasc. n. 1, Il Mulino, Bologna, 2016.

TWINING W., *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Cambridge University Press, Cambridge, II ed., 2014.

UBERTIS G., *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in *Sistema penale*, pubblicato l'11 novembre 2020.

UBERTIS G., *Argomenti di procedura penale*, V ed., Giuffrè, Milano, 2021.

VECA S. - ZOLO D., *Salvatore Veca e Danilo Zolo discutono su «Una Teoria Della Giustizia» di John Rawls*, in *Stato e Mercato*, fasc. n. 10 (1), 1984.

VELLUZZI V., *Il libero convincimento del giudice*, in *Notizie di Politeia*, Vol. XXXVI, fasc. n. 140, 2020.

VENTURI F., *Funzione comunicativa del diritto punitivo e contronarrazione mediatica in materia di antisemitismo*, in *Legislazione penale*, pubblicato il 30 novembre 2023.

VERDE G., *Alcune considerazioni sul libero convincimento del giudice*, in *Notizie di politeia*, Vol. XXXVI, fasc. n. 140, 2020.

VIGANÒ F., *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. n. 2, 2017.

WARD I., *Law and Literature: Possibilities and Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.

WECHSLER H., *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, Vol. LXXIII, fasc. n. 1, 1959.

WEISBERG R.H., *Law-Literature Enterprise*, in *Yale Journal of Law & Humanities*, Vol. I, fasc. n. 1, 1989.

WEST R., *Law, Literature, and the Celebration of Authority*, Georgetown Law Faculty Publications and Other Works, Washington, D.C., 1989.

WHITE J.B., *The Legal Imagination. Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Little, Brown and Co., Boston, 1973.

WHITMAN W., *Leaves of Grass (1855-1892)*, trad. it. di E. Giachino, *Foglie d'erba*, Einaudi, Torino, 1993.

WIGMORE J.H., *A List of Legal Novels*, in *Illinois Law Review*, 1908.

WILLIAMS P.J., *Alchemy of Race and Rights: Diary of a Law Professor*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1992.

RINGRAZIAMENTI

Il mio più vivo e sentito ringraziamento è indirizzato, anzitutto, al professor Luciano Eusebi, per aver scommesso, fin da subito, insieme a me su questo stravagante progetto, che, senza la sua fiducia, non avrebbe mai visto la luce.

Al dottor Alberto Tortoroglio va tutta la mia riconoscenza per aver dedicato tempo ed energie alla revisione dell'elaborato e per avermi costantemente sostenuta e saggiamente consigliata durante questo periodo di studio e ricerche.

Ai miei genitori, Elena e Luciano e a mia sorella Barbara devo tutto.

Avete garantito economicamente ogni singolo passo di questo fin troppo lungo percorso e una vita di grazie non potrà mai ricompensare il vostro sacrificio. Possa il Signore benedire le vostre preziose vite e custodirle.

A te, mio caro papà Enrico, che te ne sei andato giusto una settimana prima dell'inizio di questa avventura, va il mio pensiero e la mia preghiera. Che tu possa festeggiare da Lassù questo mio traguardo ed aiutarmi a raggiungerne di nuovi.

Un particolare ringraziamento va a tutti i collaboratori della nostra azienda per aver indirettamente ma concretamente contribuito a questa impresa con il loro quotidiano duro lavoro. Siete parte della mia famiglia.

È ora necessario passare in rassegna tutti i grandi doni che il Cielo ha voluto distribuire sulla mia strada. Davvero tanti, davvero unici.

Ringrazio di aver avuto accanto in questa lunga ed estenuante marcia i miei più cari amici: Stefania Basilico con Francesco, Luigi e il piccolo Giorgio, Gaia Navarra con Alessandro, Susanna Gallazzi con Lorenzo e Camilla, Alessandro Aiello con Martina, Maria Bianchi Calchi con Christian, Giorgia Rodigari con Simone, Giulio Grisotto con Susanna, Carlo Galli con Claudia, Valentina Colombo con Romeo, Laura Cortellezzi, Andrea Mazzucchelli, Valentina Franzini, Erika Ulliana con Raffaele e la piccola Elena Maria, Francesca Piazza, Simone Murvana, Simone Fiocchi, Barbara Antenucci con Alessandro, Lisa Pavoni con Mattia.

Ringrazio e saluto con immenso affetto Edoardo e Irma, freschi germogli della nostra famiglia, mio cognato Gian Luca, i nonni Lina e Renato per amarmi come una nipote e la mia cara cugina Caterina sempre pronta ad ascoltarmi e a consolarmi con simpatia e sincerità.

Non posso certo dimenticare l'insostituibile Anna Maria Martinelli, che da trent'anni mi vede crescere prendendosi cura di me e della mia famiglia. Un grazie speciale a lei e a suo marito Paolino per essere un valido e costante supporto alle nostre vite.

Ringrazio poi la dottoressa Giuseppina Bernasconi per avermi maternamente accompagnato un passo dopo l'altro con la sua professionalità e per aver sempre creduto nelle mie capacità.

Ricordo con immensa gratitudine l'associazione Sesta Opera San Fedele di Milano, la quale mi permette da anni di adoperarmi nel volontariato penitenziario e la professoressa Claudia Mazzucato per avermi introdotto al mondo della giustizia riparativa, un paradigma che ha rivoluzionato la mia intera esistenza.

* * *

Certo avrei voluto anch'io percorrere questa strada in un tempo ragionevole, tuttavia, come cantava John Lennon, «la vita è ciò che ti accade mentre sei impegnato a fare altri progetti».

Avrei potuto fermarmi, avrei potuto tornare indietro, ma potevo andare avanti e così ho fatto. Pur nella consapevolezza che non sarei mai diventata un'alpinista di professione, ho scalato il *mio* Everest.

Quel sacrificio, come ogni sacrificio, aveva un senso.

Un senso che non riuscivo a scorgere perché ogni notte era bufera, ogni mattina la nebbia avvolgeva i miei passi, ma in fondo sapevo che una meta mi attendeva. Sentivo di non vagare nel vuoto. Sentivo che qualcosa mi spingeva a proseguire, qualcosa che non era ambizione, non era orgoglio, non era interesse. Sentivo e non capivo. Era fede.

Fede nell'ignoto e nell'incerto, fede nel buio, fede nel silenzio.

Ho imparato molto dalle mie cadute.

Ho imparato che la vera amarezza non si prova nel constatare di eccellere in poche cose, ma piuttosto nel rendersi conto di essere mediocri in tutte. Eppure, in quella mediocrità, che ha la sua dignità, ho perseverato, perché gli obiettivi, come le idee, non valgono per ciò che rappresentano ma per ciò che costano.

Ho imparato che non sempre gli sforzi ripagano, ma sempre insegnano.

E non ho viaggiato per il solo scopo di *arrivare*, ho viaggiato per il piacere di viaggiare, gustandomi il paesaggio dal finestrino e scendendo, se possibile, ad ogni fermata.

Era rimasto solo quel regionale, non avevo scelta.

Certo un treno ad alta velocità mi avrebbe permesso di arrivare subito, mi avrebbe permesso di arrivare prima, ma a quella velocità non sarei mai riuscita ad accorgermi degli uccelli che costruiscono i nidi sugli alberi lungo la ferrovia.

Nonostante tutto, devo a questa facoltà l'aver compreso che non siamo proprietari della nostra vita, ma solo usufruttuari. Non ci è dato scegliere né l'*an* né il *quantum*, ci è dato solo di vivere come crediamo sia più *giusto*.

Aprivo questo capitolo più di dieci anni fa sperando di scoprire *cosa avrei fatto* da grande, ora lo chiudo con più dubbi di allora, ma avendo ben chiaro *chi voglio essere*. E a trentadue anni credo non sia poco.

Sarò felice di camminare ovunque mi verrà indicato, consapevole che

«Di tutto restano tre cose:

la certezza che stiamo sempre iniziando,

la certezza che abbiamo bisogno di continuare,

la certezza che saremo interrotti prima di finire.

Pertanto, dobbiamo fare:

dell'interruzione, un nuovo cammino,

della caduta un passo di danza,

della paura una scala,

del sogno un ponte,

del bisogno un incontro»⁶⁵⁹.

⁶⁵⁹ Mi assumo la responsabilità di non verificare la fonte del testo. Alcuni affermano che questi versi appartengano a Fernando Pessoa, altri a Fernando Sabino. Io dico che, nell'incertezza, appartengono a chiunque desideri farli propri.