

Umberto Morera

Giudicare i rapporti economici Profili cognitivi

IL GIUDICE E L'ESIGENZA DI UN DIRITTO DELL'ECONOMIA "CALCOLABILE"

Scopo del presente scritto è di indagare la mente del giudice, i suoi *deficit* cognitivi, le sue scorciatoie mentali; soprattutto quando viene chiamato a valutare e giudicare un rapporto economico di natura negoziale.

Ma perché l'esigenza di indagare la mente del giudice?

Non vorrei iniziare da troppo lontano, ma incomincerei col dire che l'economia capitalistica è tradizionalmente fondata sull'esigenza di *prevedere*, che poi si traduce nel bisogno di *calcolabilità*.

Del resto, gli investitori, gli imprenditori, i risparmiatori, i consumatori, i concorrenti, calcolano continuamente: i rischi che corrono, i bisogni del mercato, i costi che potrebbero dover sostenere, i profitti ricavabili, e così via.

Talvolta, alcuni dei suddetti soggetti sono addirittura "obbligati" dalla legge a farlo: si pensi soltanto alle previsioni di bilancio, ovvero agli accantonamenti relativi a un giudizio in corso.

E allora, inevitabilmente, tra le molte cose, viene spesso calcolata anche l'applicazione della legge da parte del giudice che potrebbe essere chiamato a dirimere un contrasto inerente una specifica pattuizione, che potrebbe giudicare un'azione o una scelta economica.

In effetti, i protagonisti dell'economia capitalistica vorrebbero in principio poter sempre calcolare quanto più possibile come verrà applicata la legge che disciplina i loro rapporti.

Ce lo diceva Max Weber cento anni fa; ce lo ha poi ampiamente confermato il dato dell'esperienza.

In effetti, in una certa qual prospettiva, soltanto un diritto *calcolabile* è un diritto *certo*, su cui poter fare affidamento per il compimento di un'efficace e profittevole azione economica.

I FATTORI CHE POSSONO DIMINUIRE IL LIVELLO DI PREVEDIBILITÀ E CALCOLABILITÀ GIURIDICA

Ciò detto, è evidente che sussistono diversi fattori (per così dire) che possono diminuire il livello di prevedibilità e calcolabilità giuridica.

Il primo tra questi (direi forse il principale) si ha quando una controversia non viene decisa secondo il parametro legale, non viene cioè sussunta nella fattispecie delineata dal legislatore, ma viene decisa secondo altri e diversi criteri; in particolare, viene decisa sulla base di “*valori*” (di qualunque tipo essi siano), svincolati da una fattispecie e da un preciso schema normativo.

E quando poi il valore che costituisce parametro e strumento di giudizio viene a essere costituito da un criterio meta-positivo, più che da un principio generale giuridico, allora la calcolabilità del diritto finisce per crollare ai minimi livelli.

In effetti, molto difficilmente potremmo calcolare cosa deciderà un giudice qualora costui sia convinto portatore del *valore* meta-giuridico (politico, ideologico, religioso, etico) che verrà posto alla base della sua decisione.

Il valore, a ben vedere, comporta sempre un pre-giudizio; che invero dovrebbe considerarsi bandito dal nostro ordinamento.

Ordinamento nel quale invero è la legge a dover sempre precedere il pronunciamento del giudice (art. 101 cost.).

Ma questo discorso – che evoca il ben più complesso tema dell'attuale crisi della fattispecie giuridica (dovuta alla progressiva deco-dificazione, al tono sempre meno prescrittivo e sempre più programmatico delle norme, all'inesorabile affermarsi delle clausole generali e dei modelli decisorii per così dire assiologici) – rischia di portarci davvero troppo lontano e il tempo a disposizione è poco.

Un secondo fattore che oggi, di fatto, riduce la calcolabilità giuridica è poi rappresentato dall'imprevedibilità di quello che Giorgio De Nova ha giustamente definito l'“atteggiamento mentale” del

giudice di fronte al precedente, sia esso inteso quale *dictum* già espresso in relazione a una specifica questione controversa, ovvero quale adesione di un Tribunale a una determinata tesi giuridica.

Laddove, in effetti, sembra attualmente mancare un atteggiamento uniforme dei magistrati di fronte alle decisioni già pubblicate.

E ciò, soprattutto, in un evidente momento di transizione del “valore” del precedente, che – perlomeno alla luce delle ultime riforme processuali (cfr. artt. 348-*bis*, 360-*bis* e 374 c.p.c.) – sembra sempre più assumere valenza vincolante e sempre meno valenza soltanto persuasiva.

Ma, accanto a quelli appena individuati, vi è anche un terzo fattore, affatto secondario, che non contribuisce certo a rafforzare la calcolabilità delle decisioni giuridiche: mi riferisco alla circostanza (invero spesso trascurata) che vede necessariamente un essere umano a ricoprire il ruolo di giudice; un essere umano che, anche quando giudica, porta inevitabilmente con sé tutto il suo bagaglio di “umane” esperienze, incertezze, debolezze, ignoranze, pigrie, paure, ansie, dimenticanze, avversioni, suggestionabilità e, soprattutto, irrazionalità.

L'ineludibile presenza di un “giudicante umano” costituisce fattore che all'evidenza non migliora la prevedibilità dell'applicazione del diritto. Tutt'altro.

Ecco perché è importante studiare la psicologia dell'*homo iudicans* e i profili cognitivi, spesso complessi, che sono alla base del suo decidere.

IL CORREDO EMOTIVO DELL'INDIVIDUO E LA SUA MUTAZIONE IN RELAZIONE ALLE ATTIVITÀ RIPETUTE NEL TEMPO

Limiterò necessariamente le mie considerazioni all'essenziale, evidenziando i profili fondamentali della mente del giudice.

Partirei da una considerazione di carattere generale.

Le moderne neuroscienze hanno ormai provato che ognuno di noi possiede un corredo emozionale preciso e definito; che poi andrà a incidere significativamente sulle decisioni assunte.

Le emozioni, anche questo ormai è provato (nonostante fino a poco tempo fa si pensasse il contrario ...), influiscono molto

significativamente sulle decisioni, anche su quelle (apparentemente) più ponderate e razionali.

I neuro-scienziati hanno individuato, in ciascuno di noi, sei dimensioni emotive di base; aventi poi ciascuna una precisa correlazione neuronale in sede cerebrale: (a) la *resilienza* (capacità di reagire alle avversità); (b) la *prospettiva* (capacità di mantenere nel tempo le emozioni positive); (c) l'*attenzione* (capacità di focalizzarci su qualcosa); (d) l'*intuito sociale* (capacità di cogliere segnali da ciò che ci circonda); (e) la *consapevolezza* (capacità di percepire le nostre emozioni); (f) la *sensibilità al contesto* (capacità di modulare le nostre reazioni in sintonia con il contesto in cui siamo).

Il complesso di queste distinte dimensioni costituisce la c.d. *personalità emotiva* dell'individuo; personalità che, come detto, si esprimerà e si rivelerà anche (se non soprattutto) nel momento delle decisioni assunte.

Naturalmente, anche gli individui chiamati a svolgere le funzioni di giudice presenteranno connotazioni neuronali dell'emozione diverse tra loro, che poi si rifletteranno nelle decisioni assunte.

Ma la circostanza più interessante è forse costituita dal fatto che la struttura neuronale del nostro cervello non è affatto immutabile nel tempo.

Ognuno di noi non nasce e muore con la stessa identica rete neuronale immutata nel tempo.

Studi recenti hanno individuato la c.d. *neuroplasticità*, cioè la capacità del cervello di modificare la propria base neuronale a seconda di ciò che costantemente facciamo e pensiamo.

Uno studio del 1995 ha dimostrato, ad esempio, che la configurazione della base neuronale destinata al controllo dei movimenti della mano sinistra di alcuni violinisti si era modificata nel tempo, aumentando significativamente di dimensione.

Risulta insomma ormai provato che l'attività, anche intellettuale, che noi compiamo nel tempo, è in grado di modificare i nostri circuiti cerebrali, incidendo sulle nostre caratteristiche personali, sul nostro corredo emozionale, e quindi anche sulle nostre decisioni (che si modificheranno pertanto nel tempo).

Potremmo forse tra non molto affermare che se è vero che i giudici iniziano a decidere partendo da corredi emotivi piuttosto diversi tra loro (è noto il catalogo di Enrico Altavilla, caposcuola della psicologia giuridica italiana, che, nel 1948, individuò cinque profili di giudice: l'*intuitivo*, l'*esitante*, il *decisionista*, il *dipendente*, il

razionale), poi, nel corso del tempo, potrebbero registrarsi interessanti “*conformazioni*” dei loro cervelli e, conseguentemente, della struttura delle loro decisioni.

Quasi a dire che i giudici di cassazione, a fine carriera, potrebbero finire per assomigliarsi “cognitivamente” di più di quanto si assomiglino i giudici di tribunale, all’inizio del loro percorso professionale.

Questo profilo meriterebbe un’indagine specifica, magari poi coordinando la stessa con gli approfonditi studi già esistenti sull’incidenza delle diverse età anagrafiche nei processi decisionali.

Ma passiamo dal generale al particolare e andiamo a inventariare i più significativi meccanismi mentali dell’*homo iudicans*.

LA MENTE DEL GIUDICE. L’ACCUMULO DELLE INFORMAZIONI NEL TEMPO E LE CONVINZIONI DI CONOSCENZA

Una delle componenti più delicate (meglio sarebbe dire “ingombranti”) della mente del giudice è senz’altro rappresentata dalle informazioni che lo stesso accumula via via nel tempo (anche inconsciamente ed extra professionalmente), prima cioè di occuparsi del caso specifico in cui quelle informazioni potrebbero rivelarsi utili.

Mi riferisco a tutte quelle informazioni (in psicologia vengono chiamate “*rappresentazioni cognitive*”) relative a situazioni, luoghi, persone, gruppi sociali, ecc., che il giudice assimila nel corso della sua vita.

Dette informazioni finiscono per costituire, diciamo così, la personale percezione che il magistrato ha della “*comune esperienza*”.

Sono il suo complessivo bagaglio cognitivo. Ciò che è “convinto” di conoscere.

E così, per limitarmi a un solo esempio (ma se ne potrebbero fare molti), se per anni il piccolo stato del Lussemburgo fosse stato “chiacchierato” per aver costituito teatro di scandali finanziari (di cui il magistrato non si è direttamente occupato, ma ha soltanto letto), sarà assai difficile scalzare dal bagaglio cognitivo del giudice l’idea che il Lussemburgo possa costituire una sorta di “luogo finanziariamente sospetto” (quando invece, come noto, è uno degli Stati fondatori della UE) e che, pertanto, un collocamento di titoli

effettuato in Lussemburgo potrebbe magari considerarsi più sospetto o rischioso di uno effettuato in Italia (il che ovviamente non è).

Questo specifico condizionamento cognitivo è particolarmente grave se si sviluppa nella mente di un magistrato, poiché non possiamo assolutamente dimenticare che il nostro ordinamento (all'art. 115, comma 2, c.p.c.) consente al giudice di evitare il ricorso alla prova, qualora ponga “*a fondamento della sua decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza*”; laddove però abbiamo appena visto che il giudicante potrebbe presentare gravi distorsioni cognitive proprio in relazione alle (raggiunte e percepite) “*nozioni di comune esperienza*”.

SEGUE. LO SCHEMA MENTALE INIZIALE E LA DIFFICOLTÀ NEL CAMBIARE OPINIONE

Come noto, i primi dati acquisiti dagli individui finiscono spesso per comportare condizionamenti mentali piuttosto ingombranti e pericolosi; anche perché – va aggiunto – nelle persone le prime informazioni sono quelle più difficili da eliminare o da rettificare (in psicologia, il fenomeno si chiama “*effetto priorità*”).

In un significativo esperimento del 1968 venivano mostrati due video.

In entrambi un ragazzo esegue le stesse 30 prove, tutte di eguale difficoltà.

Ma mentre nel primo video il ragazzo esegue correttamente le *prime* 15 prove; nel secondo esegue invece correttamente le *ultime* 15.

Chi aveva visto il primo video considerava più preparato il ragazzo, rispetto a chi aveva visto il secondo video.

A livello cognitivo, le prime informazioni hanno dunque un ruolo centrale nella definizione dell'impressione, forniscono una sorta di “sfondo interpretativo” e vengono memorizzate con molta più semplicità.

In effetti, tutti noi abbiamo notevoli difficoltà a cancellare l'idea raggiunta per prima, anche se poi acquisiamo successivi dati che dovrebbero agevolmente indurci a cambiare opinione.

Anzi, a ben vedere le persone (e i giudici in questo non fanno certo eccezione) tendono continuamente a ricercare soprattutto conferme della loro prima impressione (è il c.d. *bias* “della conferma”), non certo elementi che consentano di rettificarla.

Lo schema mentale di partenza, per così dire, ci perseguita, condizionando le nostre percezioni e le nostre decisioni future, pur in presenza di nuove conoscenze che dovrebbero indurci a cambiare idea!

In un formidabile esperimento del 1996 furono presi due gruppi di persone.

A entrambi i gruppi furono fedelmente rappresentati i fatti che avevano provocato un litigio tra A e B; ma mentre al primo gruppo furono rappresentate dapprima le ragioni di A e, soltanto dopo un po' di tempo, le ragioni di B, al secondo gruppo fu invertito quest'ordine.

Orbene, mentre le persone del primo gruppo si pronunciarono, “sentenziarono”, in favore di A, quelle del secondo gruppo sentenziarono in favore di B.

Quest'ultimo studio dimostra assai bene come le persone tendano in principio a privilegiare la soluzione iniziale, quella che acquisiscono per prima, dalla quale faticano non poco a discostarsi poiché si è come “sedimentata” (per non dire “incastrata”) nelle loro menti.

Ed è per questo che credo che in principio sarebbe forse più opportuno (salve beninteso le questioni processuali o le richieste istruttorie che si presentano via via nel corso del processo), che il magistrato affronti l'analisi degli atti difensivi delle parti in un momento quanto più possibile “unitario” (ancor meglio se al termine del giudizio), così evitando il rischio cognitivo di farsi sedurre da una tesi prima di un'altra.

SEGUE. IL RAGIONAMENTO PER INTUIZIONI E LA DIFFICOLTÀ NEL RIMANERE IN SITUAZIONI DI INCERTEZZA DECISIONALE

L’*“effetto priorità”* che abbiamo appena esaminato suggerisce e introduce un altro profilo piuttosto critico della mente umana (critico poi soprattutto se si sviluppa eccessivamente nella mente di chi

è chiamato a giudicare): è quello costituito dalla comune tendenza a ragionare rapidamente, per intuizioni; spesso rinunciando sia a riflettere sulla scarsità dei dati che si hanno a disposizione, sia a trascurare le informazioni acquisite *ex post*, le quali magari potrebbero contribuire a farci modificare il risultato raggiunto attraverso l'intuizione, tornando quindi utilmente sui nostri passi.

È in effetti assai diffuso nelle persone azionare in prevalenza il c.d. *sistema 1*, quello delle intuizioni, dei ragionamenti veloci, meno meditati, poco dispendiosi; evitando di faticare con la successiva attivazione del *sistema 2*, quello che comporta comparazioni, ipotesi, approfondimenti, raffronti, analisi, riflessioni.

Le persone invero detestano mantenere a lungo una situazione di *incertezza decisionale*; ed è anche questa una delle ragioni per cui le soluzioni fondate su intuizioni vengono di norma preferite rispetto a quelle ponderate, le quali richiedono inevitabilmente un periodo di stallo decisionale assai più lungo.

Peraltro, come ci spiega molto bene Daniel Kahneman, siamo tutti inevitabilmente portati a individuare la *storia* migliore possibile e, se questa ha una sua (ancor minima) coerenza, ci è comodo, ci piace, continuare a crederci fino in fondo; anche se quella storia manca di informazioni fondamentali, anche se manca della dovuta accuratezza.

Veniamo sedotti più dalla sua coerenza che dalla sua completezza.

Le storie, le c.d. "narrazioni", sono però molto insidiose e conducono spesso a decisioni errate.

Un bravo giudice, prima di decidere, dovrebbe sempre porsi la domanda: "cosa dovrei ancora conoscere per formarmi un'opinione davvero completa?"

Ma questa è una domanda che l'individuo (così come il giudice) fatica non poco a porsi, sedotto appunto dalla storia che ha "costruito" nella sua mente, spesso già all'esito della primissima intuizione.

SEGUE. L'EQUIVOCO RAPPORTO TRA DECISIONE E MOTIVAZIONE

Quanto appena detto conduce a un tema invero centrale, che è quello del rapporto, molto spesso equivoco, tra *decisione* e *motivazione*.

Assai frequentemente, come ben sottolineava già Calamandrei, i ragionamenti in diritto che si trovano nella motivazione della sentenza non costituiscono i gradini del preliminare percorso che è servito al giudice per giungere alla decisione, bensì costituiscono un espediente di “ipocrisia formale”, per travestire con elementi di logica giuridica un convincimento nato da moventi intuitivi o meta-giuridici.

Insomma, molto spesso prima si assumono le decisioni (anche magari solo a livello inconscio) e soltanto dopo le si vestono con motivazioni più o meno adeguate giuridicamente.

Questa prospettiva, del resto, risale come noto agli anni '30 del secolo scorso, al periodo del c.d. “giusrealismo americano”, che per primo ha dissacrato il valore delle sentenze, non considerandole più espressione del rigore logico e metodologico del giudice, bensì frutto dell'esperienza, di mere intuizioni e di fattori psicologici complessi, spesso inconsci, poi solo travestiti da ragionamenti giuridici.

SEGUE. LA TRAPPOLA COGNITIVA DELLO “STEREOTIPO”

Le scorciatoie cognitive presenti nella mente umana sono davvero ancora molte; ma trattando della mente del giudice non posso non menzionarne una, che comporta il rischio di decisioni in qualche modo deficitarie: mi riferisco alla comune tendenza a categorizzare, a stereotipare le situazioni, gli accadimenti, i rapporti, le persone.

Questa scorciatoia cognitiva consente di evitare il faticoso lavoro dell'approfondimento, ricalcando semplicemente i dati della precedente esperienza.

Nel segmento del diritto dell'economia si pensi ad esempio alle figure, per l'appunto assai stereotipate, del “risparmiatore” (anzi del “povero risparmiatore”), del “socio di minoranza”, dello “speculatore in borsa”, del “concorrente sleale”, del “consumatore vessato”, del “monopolista”; figure che, seppur possono senz'altro evocare categorie giuridico-sociali piuttosto definite, agli occhi del giudice dovrebbero uscire dai loro *cliché* stereotipati e generalizzanti, per

ritornare nella dimensione *individuale* che deve sempre caratterizzare ogni singolo giudizio.

L'esperienza precedente non dovrebbe condizionare più di tanto: pena gravi distorsioni della valutazione.

Già Altavilla sottolineava con acume che l'esperienza, pur potendo rappresentare un'ottima guida per farci scorgere le analogie, non deve rendere il giudice così daltonico da non fargli più percepire le note differenziali che sono indispensabili per decidere correttamente il caso concreto.

Ma liberarsi dal meccanismo mentale dello stereotipo per i magistrati potrebbe diventare particolarmente difficile, laddove si consideri poi che il giudice ha già trattato figure analoghe in *suoi* precedenti giudizi, fissandole in sentenze, e creandosi così delle vere e proprie "illusioni di esperienza"; illusioni poiché è invero stato lui stesso ad aver "creato" la situazione precedente.

In questa prospettiva, occorre forse valutare con qualche maggior prudenza la (pur lodevole) prassi di alcune sezioni specializzate dei nostri tribunali di discutere preventivamente le fattispecie contenziose caratterizzate da tratti comuni, al fine di uniformare gli orientamenti della sezione.

In dette prassi, il rischio, per così dire, di "stereotipare" anche le singole liti è dietro l'angolo e la mente del magistrato potrebbe (inconsapevolmente) impigrirsi, finendo per aderire acriticamente all'orientamento della propria sezione, senza quindi compiere quello sforzo cognitivo che è rappresentato dall'attenta ricerca delle peculiarità caratterizzanti il singolo caso sottoposto al suo giudizio.

SEGUE. LA TRAPPOLA COGNITIVA DEL "SENNO DEL POI"

Un'altra importante distorsione cognitiva da considerare quando ci riferiamo alla mente del giudice è quella che potremmo definire del "senno del poi".

Tutti gli individui (e tra loro, inevitabilmente, anche i giudici) hanno la tendenza a considerare un certo evento più probabile qualora tale evento si sia in concreto già verificato.

Nella rielaborazione dei dati, il nostro pensiero non va a collocarsi prima dell'accadimento, al fine di verificare se esistessero

condizioni che lasciavano presagire il verificarsi dello stesso (come invero sarebbe del tutto logico): va invece a posizionarsi posteriormente, quando l'evento si è già verificato e risulta pertanto molto più facile "spiegarlo" e considerarlo probabile (anche se le probabilità di partenza potevano essere minime ...).

E intimamente correlato a detta distorsione è poi il c.d. *bias* "del risultato", cioè la tendenza che ci conduce a proiettare nel passato le conoscenze acquisite soltanto oggi.

Le persone tendono spesso a rileggere il passato sulla base delle conoscenze acquisite in momenti successivi, senza considerare che dette nuove conoscenze finiscono per modificare la loro visione di quello stesso passato.

In ambito giudiziario, questi *bias* rilevano soprattutto nei giudizi relativi alla responsabilità del contraente e al risarcimento del danno.

Si pensi, molto tipicamente, alla prevedibilità di un *default* di un emittente un titolo negoziato da un intermediario e alla conseguente, eventuale, responsabilità dello stesso intermediario nell'aver fornito al cliente le informazioni relative alla solidità o meno dell'emittente.

Nel giudicare un caso come questo, il giudice dovrà fare lo sforzo di contrastare le distorsioni cognitive appena descritte, al fine di evitare di dichiarare una responsabilità dell'intermediario derivante da una prevedibilità del *default* creduta possibile soltanto perché – successivamente – detto *default* si è in concreto verificato.

Nel giudicare la prevedibilità di un evento (rilevante per l'accertamento della responsabilità di una parte), il giudice avrà il difficile compito cognitivo di riuscire a porsi mentalmente nel momento in cui si è verificato il fatto dedotto, senza pertanto farsi suggestionare dai fatti successivi o dagli elementi di conoscenza acquisiti *ex post*.

SEGUE. GLI ULTERIORI POSSIBILI DEFICIT COGNITIVI

Sussistono ancora diversi aspetti della mente del giudice che sarebbe interessante trattare qui; ma posso adesso solo limitarmi a elencarli.

Si pensi soltanto: *(i)* alla c.d. euristica del consenso nell'ambito di un collegio giudicante; *(ii)* agli errori cognitivi compiuti dal giudice nel trarre deduzioni o nello svolgere calcoli probabilistici; *(iii)* alle possibili distorsioni della misura della condanna dovute all'“ancoraggio” della decisione all'ammontare della domanda giudiziale; *(iv)* all'influenza prodotta dalle notizie provenienti dai *media* e dalla rete, o anche dalle esperienze personali del magistrato, sulla neutralità e autonomia decisionale; *(v)* ai possibili *deficit* cognitivi nell'ambito dell'assunzione delle prove testimoniali; *(vi)* all'incidenza della brevità o della lunghezza degli atti difensivi sulle percezioni dei fatti da parte del giudicante; *(vii)* al rischio di abuso delle consulenze tecniche d'ufficio e del conseguente aumento della trappola cognitiva dell'eccesso di fiducia (*overconfidence*) nella bontà e nella sufficienza dei dati a disposizione al fine di giudicare correttamente.

UNO SGUARDO AL FUTURO

Concludo con uno rapidissimo sguardo al futuro.

Molti degli studi che analizzano i limiti cognitivi dei processi decisionali del giudice, dopo aver accertato che soltanto una parte degli errori possono essere prevenuti, si pongono il problema della possibile, futura sostituzione del giudice con macchine intelligenti.

La prospettiva, in concreto, non è affatto fantascientifica e non appartiene al futuro remoto.

Seppur siano oggi ancora allo stadio sperimentale, si stanno infatti affermando intelligenze artificiali complesse, riproduttive delle reti neurali e dei sistemi c.d. *connessionisti*, che consentono, mediante adeguati algoritmi, di riprodurre singole abilità cognitive.

Deve comunque essere chiaro che non potrà mai costruirsi un giudice artificiale: il giudice resterà inevitabilmente sempre umano; ma potranno ben essere sviluppate macchine capaci di svolgere alcuni specifici e individuati compiti riservati al giudice in alcune materie ben definite, con probabile significativa riduzione dell'odierna percentuale di errore.

Nessuno dovrebbe avere paura di questa prospettiva; purché sia effettivamente soltanto questa. È soltanto il futuro che ci racconterà come andrà a finire.