

UMBERTO MORERA

MENTE DEL GIUDICE E DISTORSIONI COGNITIVE

Il ruolo di giudice è svolto da un essere umano; e l'essere umano, anche quando giudica, porta inevitabilmente con sé tutto il suo bagaglio di “umane” esperienze, incertezze, debolezze, ignoranze, pigrizie, paure, ansie, dimenticanze, avversioni, suggestionabilità e, soprattutto, irrazionalità.

È allora evidente che l'ineludibile presenza di un “giudicante umano” finisce per costituire fattore critico nel delicato momento dell'applicazione del diritto. Importante, di conseguenza, conoscere i meccanismi mentali dell'*homo iudicans* e i complessi profili cognitivi che sono alla base del suo decidere.

1. *L'accumulo di informazioni e la convinzione di conoscere*

Una delle componenti più “ingombranti” della mente del giudice è rappresentata dalle informazioni che lo stesso ha accumulato nel tempo, prima cioè di occuparsi del caso specifico in cui quelle informazioni potrebbero rivelarsi utili.

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

Tali informazioni finiscono per costituire la personale percezione che il magistrato ha della “*comune esperienza*”. Sono il suo bagaglio cognitivo. Ciò che è “convinto” di conoscere.

E così, per limitarmi a un solo esempio, 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).

Tale condizionamento cognitivo è particolarmente grave se si sviluppa nella mente di un magistrato poiché non possiamo dimenticare che il nostro ordinamento (art. 115.2, 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 si è appena visto che il giudicante potrebbe presentare gravi distorsioni cognitive proprio in relazione alle (raggiunte e percepite) “*nozioni di comune esperienza*”.

2. *Lo schema mentale iniziale e la difficoltà di cambiare opinione*

Come noto, i primi dati acquisiti dagli individui finiscono spesso per comportare condizionamenti mentali piuttosto ingombranti; anche perché, nelle persone, le prime informazioni sono quelle più difficili da rettificare (“*effetto priorità*”, in psicologia).

In un esperimento del 1968 venivano mostrati due video. In entrambi un ragazzo esegue le stesse 30 prove, tutte di egual difficoltà. Ma mentre nel primo video il ragazzo esegue correttamente le *prime* 15 prove; nel secondo esegue 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.

A ben vedere, le persone (e i giudici non fanno certo eccezione) tendono continuamente a ricercare soprattutto conferme della loro prima impressione (*bias* “della conferma”), non certo elementi che consentano di rettificarla. Lo schema mentale di partenza ci ... perseguita, condizionando le nostre percezioni e le nostre decisioni future, pur in presenza di nuove conoscenze che dovrebbero invece indurci a cambiare idea!

In un esperimento degli anni '90 furono presi due gruppi di persone. Ad entrambi 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. Ora, mentre le persone del primo gruppo “sentenziarono”, in favore di *A*, quelle del secondo sentenziarono in favore di *B*.

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

Ed è per questo che, almeno in principio, sarebbe forse più opportuno 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.

3. *Il ragionamento per intuizione e la difficoltà di restare in uno stallo decisionale*³

L'“*effetto priorità*” appena esaminato introduce un altro profilo piuttosto critico della mente del giudicante: 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.

È in effetti 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 delle comparazioni, delle ipotesi, dei raffronti, delle analisi).

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

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

Le “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 completa?”. Ma questa è una domanda che l'individuo fatica sempre a porsi, sedotto appunto dalla storia che ha “costruito” nella sua mente, spesso già all'esito della prima intuizione.

4. *L'equivoco rapporto tra decisione e motivazione*

Quanto appena rilevato conduce a un tema centrale: quello del rapporto, spesso equivoco, tra *decisione* e *motivazione*.

Molto spesso i ragionamenti in diritto che si trovano nella motivazione della sentenza non costituiscono i “gradini” del 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, 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 costante espressione del rigore metodologico del giudice, bensì spesso frutto dell'esperienza, di mere intuizioni e di fattori psicologici complessi, spesso inconsci, poi solo travestiti da ragionamenti giuridici.

5. La trappola cognitiva dello stereotipo

Un'altra scorciatoia cognitiva presente nella mente del giudice, è quella rappresentata dalla tendenza a categorizzare, a stereotipare le situazioni, i rapporti, le persone.

Tale 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*", 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, 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.

L'esperienza, pur rappresentando un'ottima guida per farci scorgere le analogie, non deve però 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 che il giudice ha spesso già trattato figure analoghe in *suoi* precedenti giudizi, fissandole in sentenze, e creandosi così delle vere e proprie "illusioni di esperienza".

6. La trappola cognitiva del "senno del poi"

Un'altra importante distorsione cognitiva tipica della mente del giudice è quella che potremmo definire del "senno del poi".

Tutti gli individui 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 ...).

Ed intimamente correlato a detta distorsione è poi il c.d. *bias* "del risultato", cioè la tendenza che 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, tipicamente, alla prevedibilità di un *default* di un emittente un titolo negoziato da un intermediario e alla conseguente, eventuale, responsabilità dello stesso 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 magistrato avrà il difficile compito (cognitivo) di riuscire a porsi mentalmente nel momento in cui si è verificato il fatto dedotto, senza pertanto farsi suggestionare dagli elementi di conoscenza acquisiti *ex post*.

7. *Quale futuro ci attende?*

Quelli appena analizzati non esauriscono certo i profili critici propri della mente dell'*homo iudicans*, sussistendo invero molti altri profili che merita anche soltanto elencare. Si pensi, ad esempio (i) alla c.d. euristica del consenso nell'ambito di un collegio giudicante; (ii) alle possibili distorsioni della misura della condanna dovute all'"ancoraggio" della decisione all'ammontare della domanda giudiziale; (iii) all'influenza prodotta dalle notizie provenienti dai *media*, dalla rete, o dalle esperienze personali del magistrato, sulla neutralità e autonomia decisionale; (iv) alle possibili difficoltà cognitive nell'ambito dell'assunzione delle prove testimoniali; (v) all'incidenza della brevità o lunghezza degli atti difensivi sulle percezioni dei fatti; (vi) 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.

In questo complesso contesto, quale futuro ci attende?

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 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 resti confinata entro tali precisi limiti.