

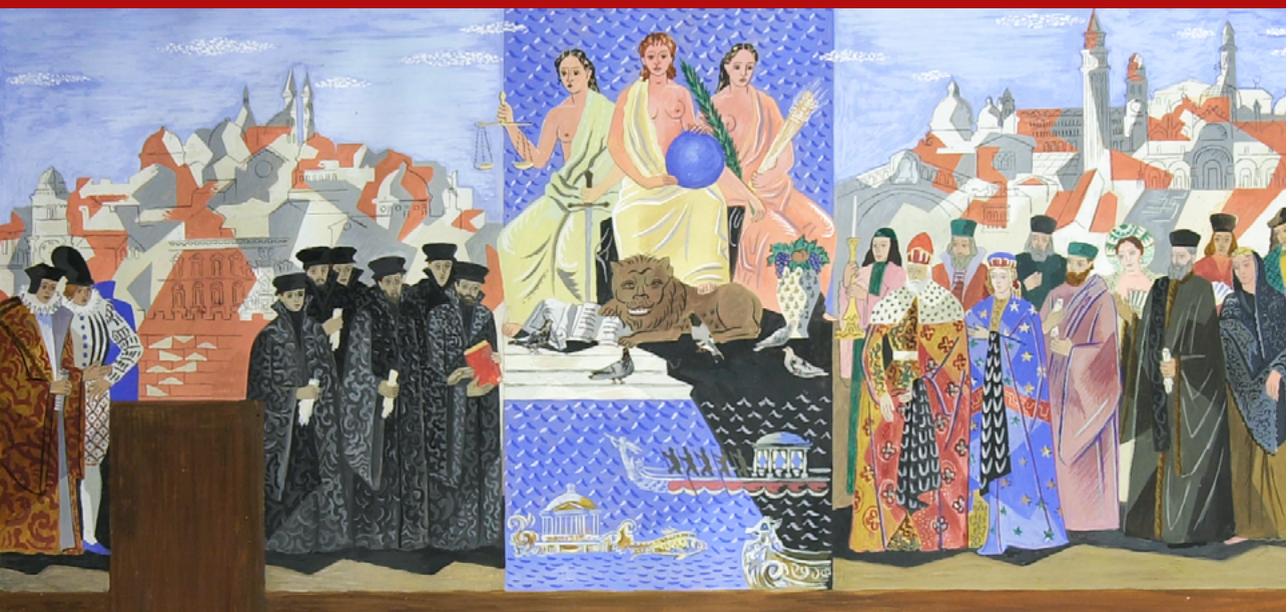
File riservato ad esclusivo fine di studio

JusQUID

SEZIONE SCIENTIFICA

Positività giuridica. Studi ed attualizzazioni di un concetto complesso

a cura di Claudio Sarra e M.^a Isabel Garrido Gómez



PADOVA
UP

P A D O V A U N I V E R S I T Y P R E S S

File riservato ad esclusivo fine di studio

JusQuid sezione scientifica

Nella *sezione scientifica* di *JusQuid* sono pubblicate opere sottoposte a revisione valutativa con il procedimento del « doppio cieco » (*double blind peer review process*), nel rispetto dell'anonimato dell'autore e dei due revisori. I revisori sono professori di provata esperienza scientifica, italiani o stranieri, o ricercatori di istituti di ricerca notoriamente affidabili. Il revisore che accetti l'incarico di valutazione formula il suo giudizio tramite applicazione di punteggio da 1 a 10 (sufficienza: 6 punti) in relazione ad ognuno dei seguenti profili: struttura (coerenza e chiarezza dell'impianto logico, metodologia); riferimenti normativi, dottrinali e giurisprudenziali; correttezza espositiva; argomentazione critica e propositiva; bibliografia; rilevanza scientifica nel panorama nazionale (e internazionale, se ricorre l'esigenza relativa a questo profilo). Precisa se l'opera sia pubblicabile senza modifiche o previo apporto di modifiche, o se sia da rivedere, oppure da rigettare, e comunque dà opportune indicazioni. Nel caso di giudizio discordante fra i due revisori, la decisione finale sarà assunta dal direttore responsabile e dal comitato scientifico, salvo casi particolari in cui il direttore medesimo provvederà a nominare un terzo revisore cui rimettere la valutazione dell'elaborato. Le valutazioni sono trasmesse, se è opportuno, e rispettando l'anonimato del revisore, all'autore dell'opera. L'elenco dei revisori e le schede di valutazione sono conservati presso la sede di *JusQuid*, a cura del direttore. Il termine per lo svolgimento dell'incarico di valutazione accettato è di venti giorni, salvo espressa proroga, decorsi i quali, previa sollecitazione e in assenza di osservazioni negative entro dieci giorni, il direttore e il comitato scientifico, qualora ritengano l'opera meritevole, considerano approvata la proposta. Sono escluse dalla valutazione opere di componenti del comitato scientifico e del direttore responsabile. A discrezione del direttore responsabile e del comitato scientifico sono escluse dalla valutazione opere di indubbia meritevolezza o comunque di contenuto da ritenersi già adeguatamente valutato in sede accademica con esito positivo, per esempio scritti pubblicati su invito o di autori di prestigio, atti di particolari convegni, opere collettive di provenienza accademica.

JusQuid

Direttori responsabili

Silvio Riondato e Riccardo Borsari

Comitato editoriale

Riccardo Borsari, Elena Cadamuro, Chiara Candiotta, Paolo Capoti, Elisabetta Palermo Fabris, Lorenzo Pasculli, Debora Provolo, Marco Rebecca, Silvio Riondato

JusQuid sezione scientifica

Comitato scientifico

Paolo Benciolini, Riccardo Borsari, Lorenza Carlassare, Marcello M. Fracanzani, Manuela Mantovani, Francesco Moschetti, Elisabetta Palermo Fabris, Paolo Patrono, Silvio Riondato, Rino Rumiati, Daniele Rodriguez, John A. E. Vervaele, Paolo Zatti

- E. Pavanello, *La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico*, 2012.
- S. Riondato (a cura di), *Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia? Attualità del "Problema penale". Nel trentesimo dall'Ultima Lezione di Giuseppe Bettiol*, 2012.
- L. Pasculli, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminali internazionali*, 2012.
- S. Riondato, R. Alagna (a cura di), *Diritto penale della Repubblica di Turchia*. Criminal Law of the Republic of Turkey, 2012.
- R. Borsari, *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa. Dai casi in materia di pubblici appalti*, 2012.
- C. Sarra, D. Velo Dalbrenta (a cura di), *Res iudicata. Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*, 2013.
- R. Alagna, S. Riondato (a cura di), *Studi sulla riforma penale post-socialista*. Studies on the Criminal Law Reform in the Post-Soviet Countries, 2013.
- R. Borsari (a cura di), *Profili critici del diritto penale tributario*, 2013.
- R. Borsari, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banche di prova dell'esperienza giudiziale*, 2013.
- S. Riondato, *Cornici di «famiglia» nel diritto penale italiano*, 2014.
- I.G. Antonini, *La duplice natura della società pubblica: tra garanzia della concorrenza e alternativa all'appalto*, 2014.
- D. Provolo, S. Riondato, F. Yenisey (eds.), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, 2014.
- A. Aprile, A. Fabris, D. Rodriguez, *Danno da perdita di chance nella responsabilità medica*, 2014.
- R. Borsari (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, 2015.
- R. Borsari, L. Sammicheli, C. Sarra (a cura di), *Homo oeconomicus. Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, 2015.

File riservato ad esclusivo fine di studio

- R. Borsari (a cura di), *La corruzione a due anni dalla Riforma Severino*, 2015.
- F. Mazza, *La premeditazione del delitto tra dogmatica giuridica e neuroscienze*, 2016.
- R. Borsari (a cura di), *Processo alla scienza*, 2016.
- R. Borsari (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, 2016.
- D. Provolo, *L'identità genetica nella tutela penale della privacy e contro la discriminazione*, 2018.
- R. Borsari (a cura di), *Itinerari di diritto penale dell'economia*, 2018.
- Claudio Sarra, M.a Isabel Garrido Gómez (a cura di), *Positività giuridica. Studi ed attualizzazioni di un concetto complesso*, 2018.

JusQuid sezione teorico-pratica

- S. Cardin, *L'illecito punitivo-amministrativo: principi sostanziali, procedurali e processuali*, 2012.
- A. Giuliani, *I reati in materia di "caporalato", intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, 2015.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Positività giuridica.

**Studi ed attualizzazioni di un concetto
complesso**

A cura di

Claudio Sarra e M.^a Isabel Garrido Gómez

**PADOVA
UP**

File riservato ad esclusivo fine di studio

Prima edizione anno 2018, Padova University Press

Titolo originale *Positività giuridica. Studi ed attualizzazioni di un concetto complesso*

© 2018 Padova University Press
Università degli Studi di Padova
via 8 Febbraio 2, Padova
www.padovauniversitypress.it

Progetto grafico
Padova University Press

Immagine di copertina
“Collegio dei dottori giuristi padovani che rende parere al Doge”. Dall’affresco di Gino Severini nella Sala della Facoltà di Giurisprudenza – Palazzo del Bo, Padova

ISBN 978-88-6938-142-3

Stampato per conto della casa editrice dell’Università di Padova – Padova University Press.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Indice

<i>Introduzione</i>	11
STEFANO FUSELLI	
Tra legge e sentenza. Sul ruolo delle emozioni nella decisione giudiziale	19
PAOLO SOMMAGGIO	
Positività giuridica e usi (alternativi) del diritto. Per la democrazia nel processo	51
CLAUDIO SARTEA	
Requiem per la positività giuridica: il controllo di convenzionalità della Corte Interamericana dei Diritti umani.	73
CLAUDIO SARRA	
“Iper-positività”: la riduzione del giuridicamente lecito al tecnicamente possibile nella società dell’informazione.	95
CORRADO ROVERSI	
Diritto posto, diritto creato: una analisi del positivismo giuridico dal punto di vista della teoria del diritto come artefatto	127
J. ALBERTO DEL REAL ALCALÁ	
El Estado Constitucional actual: algunos cambios relevantes en el sistema jurídico	153
MANUEL CALVO GARCÍA	
Encrujadas teóricas y prácticas de los nuevos contextos de la regulación	169
M. ISABEL GARRIDO GÓMEZ	
El paradigma de la positividad jurídica en las normas de <i>soft law</i>	197
LEONOR SUÁREZ LLANOS	
La coherencia jurídica pospositivista del posmodernismo jurídico	227
ÁNGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE	
Validez y eficacia intermitente de las normas. Una patología entre los “ilegalismos” y las normas perversas	251
ÁNGELES SOLANES CORELLA	
La positividad jurídica del principio de non-refoulement	273
<i>Nota sugli autori</i>	291

STEFANO FUSELLI

Tra legge e sentenza. Sul ruolo delle emozioni nella decisione giudiziale

ABSTRACT. During the last two decades, the number of studies and researches on the role of emotion in judicial decision making has been steadily increasing. Using the discoveries of the cognitive sciences about the function of emotion in performing good reasoning and deliberative processes, scholars from different fields have raised a challenging issue. It is about whether it should not only be accepted but even required that emotions should play a role in the judge's decisions. In addition, the kind of emotions and how they could be managed has been tackled. After focusing on the conceptual premises of this debate, the essay aims to analyze Terry Maroney's claim about the role of anger as well as shed light on the underlying assumptions about law and judicial decision and to outline an alternative model pivoted on the litigation.

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. La ragione emotiva. 3. Una (diversa) mappatura. 4. Intorno a un distillato di «quintessenza». 5. Una base ontologica per l'emotività. 6. Un modello kantiano. 7. Una conclusione.

1. Introduzione

Il passaggio dalla disposizione generale astratta alla norma singola e concreta è un momento cruciale del porsi del diritto, del suo darsi in quanto *positum*. Questo passaggio non avviene senza l'intervento di un organo (sia esso costituito da un singolo individuo o sia collegiale) deputato a 'decidere', cioè a porre in essere quella regola che prescrive – qui ed ora – gli atti da compiersi o le condotte da tenere.

Come è stato giustamente rilevato, però, nella temperie culturale corrente, il giudice appare rivestito del compito, quasi ‘mistico’, di rendere ‘vivente’ il diritto, un compito che egli può assolvere non solo perché si postula che padroneggi le tecniche ermeneutiche adeguate a conferire significato alle disposizioni, ma che egli sia anche “interprete saggio delle (molte, diverse e conflittuali) esigenze sociali, crogiuolo della molteplicità di opinioni, in grado di distillarne il valore giuridico univoco, ‘bilancia’ degli interessi costituzionali, recettore della moralità intima dell’ordinamento costituzionale che attraverso di lui si fa(rebbe) univoca guida della legislazione e [...] degli stessi conflitti intersoggettivi”¹.

D’altro canto, che il complesso delle dinamiche che portano alla formulazione di quella norma in cui si condensa la decisione sia una sorta di ‘scatola nera’, è consapevolezza che ha accompagnato la riflessione novecentesca la quale, non a caso, si è concentrata “non sul modo in cui il giudice giunge a decidere il caso in questione”, quanto piuttosto “sul modo in cui tale decisione viene giustificata”, lasciando il primo aspetto alla competenza “della psicologia giuridica e delle scienze cognitive”².

E tuttavia, proprio in questo avvio del nuovo secolo, questa rigida delimitazione di campo pare essere stata messa in qualche modo in discussione, cosicché – proprio a partire dai contributi forniti dalle scienze cognitive – gli aspetti ‘soggettivi’ della decisione hanno riacquisito una nuova attenzione da parte di giuristi di diversa estrazione.

Poco più di un decennio fa, la rivista *Law and Human Behavior* ha dedicato un numero apposito al tema del rapporto tra diritto ed emozioni³. I vari contributi esaminavano diversi modi in cui le emozioni possono avere una qualche rilevanza nelle questioni giuridiche⁴. Il quadro che ne risultava era alquanto articolato e, per certi versi, ancora bisognoso di approfondimenti. Non a caso, uno degli studi era dedicato proprio a fornire una sorta di mappa concettuale di quello che allora appariva ancora come un “emerging field”⁵.

Il fatto che a questo tema nel 2015 sia stato dedicato anche il congresso mondiale della società internazionale di filosofia del diritto⁶ è una eloquente

¹ Moro P., Sarra C., *Introduzione*, in *Positività e giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, a cura di Paolo Moro e Claudio Sarra, FrancoAngeli, Milano 2012, pp. 10–11.

² Canale D., *Il ragionamento giuridico*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di Pino G., Schiavello A., Villa V., Giappichelli, Torino 2013, p. 324.

³ Bornstein B. H., Wiener R. L. (a cura di), *Emotion in Legal Judgment and Decision Making*, in *Law and Human Behavior*, 2006, 30, pp. 115–248.

⁴ Bornstein B. H., Wiener R. L., *Introduction to the Special Issue on Emotion in Legal Judgement and Decision Making*, in *Law and Human Behavior*, 2006, 30, pp. 115–18.

⁵ Maroney T. A., *Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field*, in *Law and Human Behavior*, 2006, 30, pp. 119–142.

⁶ Sellers M. N. S. (a cura di), *Law, Reason, and Emotion*, Cambridge University Press, Cambridge 2017.

attestazione di come, nel corso degli anni, *Law and Emotion (L&E)* sia divenuto un indirizzo di studi che si è ulteriormente articolato⁷, evoluto e consolidato⁸, diventando oggetto di studio in diversi Paesi⁹, a partire da una molteplicità di prospettive. Ad essere coinvolti nel dibattito, infatti, non sono solo giuristi, ma anche filosofi o sociologi¹⁰ oltre che, ovviamente, psicologi o studiosi delle scienze cognitive¹¹.

Tra i molti indirizzi che vengono proposti e sviluppati, quello che – almeno di primo acchito – pare dotato di una particolare forza dirompente rispetto ai canoni tradizionali è appunto costituito dal ruolo che le emozioni hanno nella decisione giudiziale. La possibile carica ‘eversiva’ di questo tema va però spiegata.

Impegnarsi oggi a sostenere la tesi che le emozioni *possano* avere un ruolo nella decisione giudiziale, o la tesi che *di fatto* esse lo abbiano, sarebbe quanto meno giudicato una inutile fatica, solo a pensare al ruolo che Aristotele assegna ai *pathe* nella *Retorica*, o alla denuncia dei rischi della “malsana digestione”¹² del giudice fatta da Beccaria, o alle caustiche pagine di qualche esponente del realismo giuridico contro la illusorietà che la decisione sia il prodotto di una deduzione asettica.

Ben diversa, invece, pare essere, almeno di primo acchito, la tesi secondo la quale la decisione giudiziale non solo *può* essere o di fatto è intrisa di emozioni, ma lo *deve* anche essere, nel senso che solo una decisione che accolga in sé il contributo delle emozioni può essere una buona decisione. Tale tesi, rivendicando un ruolo non meramente fattuale o patologico ma addirittura normativo delle emozioni nella decisione giudiziale, pare andare contro, prima ancora che

⁷ Bandes S., Blumenthal J. A., *Emotion and the Law*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 2012, 8, 1, pp. 161–81; Grossi R., *Understanding Law and Emotion*, in *Emotion Review*, 2015, 7, 1, pp. 55–60.

⁸ Maroney T. A., *A Field Evolves: Introduction to the Special Section on Law and Emotion*, in *Emotion review*, 2016, 8, pp. 3–7.

⁹ Maroney, *A Field Evolves*, cit.; Landweer H., Koppelberg D. (a cura di), *Recht und Emotion I. Verkannte Zusammenhänge*, Vol. 26, Neue Phänomenologie, Karl Alber, Freiburg-München 2016, Id., *Recht und Emotion II. Sphären der Verletzlichkeit*, Vol. 28, Neue Phänomenologie, Karl Alber, Freiburg und München 2017; Fuselli S., *Le emozioni nell’esperienza giuridica: l’impatto delle neuroscienze*, in *Il diritto nelle neuroscienze. Noi non «siamo» i nostri cervelli*, a cura di Palazzani L., Zannotti R., Giappichelli, Torino 2013, pp. 53–77; Di Giovine O., *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli, Torino 2009; Papaux A., *Un droit sans émotions. Iram non novit jus: esquisse des rapports entre sciences et droit*, in *Revue européenne des sciences sociales. European Journal of Social Sciences*, 2009, XLVII, 144, pp. 105–119.

¹⁰ Bergman Blix S., Wettergren Å., *A Sociological Perspective on Emotions in the Judiciary*, in *Emotion review*, 2016, 8, 1, pp. 32–37; Nussbaum M. C., *Upheavals of Thought. The Intelligence of Emotions*, Cambridge University Press, Cambridge 2001.

¹¹ Wiener R. L., Bornstein B. H., Voss A., *Emotion and the Law: A Framework for Inquiry*, in *Law and Human Behavior*, 2006, 30, pp. 231–148.

¹² Beccaria C., *Dei delitti e delle pene*, Mondadori, Milano 1999, cpv. IV.

a specifiche disposizioni di legge, a quella idea di senso comune secondo la quale – per essere imparziale – il giudice ha da decidere secondo ragione e *quindi* non ha da farsi influenzare dai suoi sentimenti. Questa prospettiva suppone ovviamente che un conto sia la ragione, che consente di esaminare e di decidere ‘a mente fredda’, un conto sia invece l’emotività che, con la sua carica d’impulsività, porta a prendere delle decisioni quanto meno affrettate o sbilanciate.

Affermare che le emozioni contribuiscono invece al prodursi di una *buona* decisione e che, proprio per questo, esse *devono* entrare nella decisione giudiziale significa, quindi, in primo luogo prendere di petto e contestare la visione di una ragione contrapposta alle emozioni e rivendicare un ruolo costitutivo dell’emotività per la razionalità della decisione. Al contempo, però, affermare che l’ideale regolativo non è quello di un giudizio ‘spassionato’¹³ o rivendicare che nel suo giudizio il giudice deve fare spazio alle emozioni¹⁴, indicando come compito quello di stabilire quali emozioni si addicono a un buon giudice e a una buona decisione¹⁵, parrebbe implicare, almeno, di dover ripensare i contenuti dell’idea di ‘rule of law’ o del principio di legalità.

Questo contributo vuole prendere in esame proprio queste tesi. Per farlo, dopo una ricognizione circa il ‘ripensamento’ dello statuto e del ruolo delle emozioni nella decisione, ci si concentrerà sul modello di decisione, di giudice e di ‘diritto’ che viene prospettato da quanti sostengono la funzione normativa delle emozioni. L’intento è quello di delineare la possibilità di un ripensamento della questione su basi concettuali diverse da quelle dominanti nel dibattito, tale che induca anche a spostare l’attenzione dalla decisione alla sua ragion d’essere: la soluzione di una controversia.

2. La ragione emotiva

Ritenute per molto tempo di pertinenza propria, se non esclusiva, delle discipline psicologiche, non di rado screditate o guardate con sospetto, soprattutto nel confronto con le facoltà cognitive superiori, percepite spesso come antitetiche all’idea di razionalità, da vari decenni si guarda alle emozioni e ai sentimenti in una prospettiva diversa, facendone un tema di ricerca su cui convergono studiosi di diversi ambiti disciplinari, appartenenti tanto al versante

¹³ Maroney T. A., *The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion*, in *California Law Review*, 2011, 99, pp. 629–182.

¹⁴ Wristich A. J., Rachlinski J. J., Guthrie C., *Heart Versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings?*, in *Texas Law Review*, 2014, 98, 855, pp. 317–330.

¹⁵ Maroney T. A., *Angry judges*, in *Vanderbilt Law Review*, 2012, 65, 5, pp. 1207–1286, Maroney T. A., *Judicial Emotion as Vice or Virtue: Perspectives both Ancient and New*, in *Aristotle on Emotions in Law and Politics*, a cura di Huppel-Cluysenaer L., Coehlo N. M.M.S., Law and Philosophy Library, Springer Switzerland 2018, pp. 11–26.

delle ‘scienze naturali’ quanto a quello delle ‘scienze umane’. Si possono fornire, a tale riguardo, due esempi paradigmatici.

Un impulso rilevante al ripensamento del ruolo delle emozioni è stato senza dubbio fornito dagli studi compiuti dal neurologo Antonio Damasio. Anche attraverso una feconda attività di divulgazione¹⁶, egli ha formulato, sostenuto e riccamente illustrato la tesi secondo cui emozioni e sentimenti fanno “parte del circuito della ragione”¹⁷, sono “parte integrante del modo di operare della ragione”¹⁸, nel senso che “certi aspetti del processo dell’emozione e del sentimento sono indispensabili per la razionalità”¹⁹.

Secondo lo studioso portoghese, dal punto di vista fisiologico l’emozione è un dispositivo di cui il processo evolutivo ha dotato gli organismi così da renderli capaci di reagire in modo istantaneo alle sollecitazioni ambientali, attivando i meccanismi di ripulsa (come nel caso della paura) o di accoglimento (come nella gioia) di una data situazione²⁰. Anche se le emozioni operano in modo automatico, spesso inconscio, esse tuttavia sono diverse tanto dai semplici riflessi, quanto dagli impulsi come la fame e la sete²¹, perché sono correlate ad una attività mentale, al prodursi, mediante uno specifico sistema cerebrale, di una immagine mentale. Questo fa sì che si possa provare una data emozione – ad esempio la paura per un esame – anche quando l’esame è già stato superato da tempo: basta che qualcosa (l’imbatteci fortuito nel nostro professore di allora) ci faccia improvvisamente ricordare quell’esperienza.

¹⁶ Damasio A.R., *Descartes’ Error. Emotion, Reason and the Human Brain*, Penguin Putnam, New York 2005; Damasio A.R., *The Feeling of What Happens. Body and Emotion in the Making of Consciousness*, Harcourt, Orlando 1999; Damasio A.R., *Looking for Spinoza. Joy, Sorrow and the Feeling Brain*, Harcourt, Orlando 2003; Damasio A.R., *Self Comes to Mind: Constructing the Conscious Brain*, Pantheon, New York, 2010.

¹⁷ Damasio, *Descartes’ Error*, cit., xi; Damasio A. R., *L’errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, (tr. it. F. Macaluso, I. C. Blum), Adelphi, Milano 1995, p. 5. Per un’analisi delle sue tesi a partire da una prospettiva filosofico-giuridica, cfr. Fuselli S., *Diritto neuroscienze filosofia. Un itinerario*, FrancoAngeli, Milano 2014, pp. 81-126; Fuselli S., *Logoi enuloi. Aristotle’s Contribution to the Contemporary Debate on Emotions and Decision-Making*, in *Aristotle on Emotions in Law and Politics*, a cura di Huppés-Cluysenaer, Coehlo, cit., pp. 91-111.

¹⁸ Damasio, *Descartes’ Error*, cit., p. xvi; Damasio, *L’errore di Cartesio*, cit., p. 18.

¹⁹ Damasio, *Descartes’ Error*, cit., p. xvii; Damasio, *L’errore di Cartesio*, cit., p. 19.

²⁰ “Un’emozione è un insieme di cambiamenti dello stato del corpo connessi a particolari immagini mentali che hanno attivato uno specifico sistema cerebrale”, Damasio, *Descartes’ Error*, cit., p. 145; Damasio, *L’errore di Cartesio*, cit., pp. 209-210. “Le emozioni sono complicate collezioni di risposte chimiche e neurali, che formano una configurazione; tutte le emozioni hanno un qualche ruolo regolatore da svolgere (...); le emozioni *riguardano* la vita di un organismo – il suo corpo, per essere precisi – e il loro ruolo è assistere l’organismo nella conservazione della vita”, Damasio, *The Feeling of What Happens*, cit., p. 51; Damasio A. R., *Emozione e coscienza*, (trad. it. S. Frediani), Adelphi, Milano 2000, p. 70. Da questo punto di vista “Le emozioni offrono al cervello e alla mente un mezzo naturale per valutare l’ambiente all’interno e all’esterno dell’organismo e per reagire in modo adattivo”, Damasio, *Looking for Spinoza*, cit., p. 54; Damasio A. R., *Alla ricerca di Spinoza. Emozioni, sentimenti e cervello*, (tr. it. I. C. Blum), Adelphi, Milano 2003, p. 72.

²¹ Damasio, *The Feeling of What Happens*, cit., p. 71, Id., *Emozione e coscienza*, cit., p. 93.

La centralità del circuito emozione-sentimenti²² nei processi decisionali di viene tuttavia evidente con ciò che Damasio chiama il “marcatore somatico”. Accade spesso che, di fronte ad una situazione incerta, prima ancora di ragionare distesamente su costi e benefici delle diverse opzioni, venga alla mente, come un lampo, l’esito negativo connesso ad una determinata opzione di risposta e che ciò provochi una sensazione spiacevole alla bocca dello stomaco: è uno stato somatico che contrassegna una determinata immagine un marcatore somatico, appunto. Il suo compito è quello di forzare l’attenzione sull’esito negativo a cui può condurre una data opzione, cosicché esso agisce come una sorta di segnale d’allarme irriflesso. In questo modo rende più efficiente e preciso, nonché più veloce, il processo di decisione.

A scanso di facili equivoci, Damasio ci tiene a rimarcare con insistenza che si tratta di dispositivi che “non deliberano per noi”²³, ma piuttosto assistono il processo deliberativo selezionando – in modo automatico e inconscio, facendo ‘tesoro’ delle passate esperienze – certe previsioni, scartandone alcune e dando rilievo ad altre.

Infatti, quando ci troviamo a dover prendere una decisione, vi è un continuo attivarsi di immagini mentali corrispondenti alle diverse opzioni d’azione: si tratta di un pullulare continuo, un incessante generarsi di combinazioni e di possibilità. Per deliberare è però necessario anzitutto sollecitare i meccanismi dell’attenzione di base, che consentono di far permanere un’immagine a scapito di altre; in secondo luogo, bisogna disporre di un meccanismo di memoria operativa di base, che trattiene le immagini isolate per un tempo relativamente lungo (centinaia di millisecondi); infine, è necessario avere dei valori di base (come: piacevole/spiacevole) in grado di guidare selettivamente l’attenzione e la memoria. Secondo Damasio è proprio questo che fa il marcatore somatico, positivo o negativo: marcando ciò che è rappresentato nell’immagine, funge anche da propulsore dell’attenzione e della memoria operativa, che vengono rinvigorite da ogni segnale che indichi che è in corso una valutazione²⁴.

Nel complesso, dunque, il corredo emotivo consente a suo avviso di “agire in modo accorto, senza dover pensare in modo accorto” e ha un ruolo importante

²² Vale la pena di ricordare che per Damasio il *sentimento* è invece l’esperienza di tali cambiamenti dello stato del corpo in quanto sono colti in relazione alle immagini mentali che hanno dato avvio al processo. Esso dunque ha per oggetto l’emozione in quanto *effetto* di – o comunque associata a – un evento emotigeno e consente una flessibilità nelle risposte, generalizzando sulla base della ‘storia’ delle interazioni fra quell’organismo e l’ambiente. “Alla semplice definizione di emozione come mutamento transitorio, con cause specifiche, dello stato dell’organismo corrisponde un semplice definizione del sentimento di un’emozione: è la rappresentazione di tale mutamento transitorio in termini di configurazioni neurali e di conseguenti immagini”, Damasio, *The Feeling of What Happens*, cit., p. 282, Id., *Emozione e coscienza*, cit., p. 339.

²³ Damasio, *Descartes’ Error*, cit., p. 174, Damasio, *L’errore di Cartesio*, cit., p. 246.

²⁴ Damasio, *Descartes’ Error*, cit., pp. 184–187, Damasio, *L’errore di Cartesio*, cit., pp. 273–276.

nell'intuizione. Inoltre, "può dare maggior peso e risalto ad una premessa" e contribuisce "al processo grazie al quale teniamo a mente i numerosi dati necessari per arrivare ad una decisione"²⁵. Il circuito emozionale, dunque, opera in parallelo a quello dell'analisi logica e lo integra. Ne sono la riprova casi clinici di pazienti con importanti lesioni neurologiche nelle aree interessate al prodursi delle emozioni, ma perfettamente in grado di svolgere ragionamenti anche complessi. Questi attestano che "[q]uando l'emozione è completamente esclusa dal processo del ragionamento [...] la ragione si scopre essere ancora più difettosa di quando l'emozione si intromette nelle nostre decisioni"²⁶. Secondo Damasio, dunque, le emozioni sono intrinsecamente razionali, non tanto nel senso di logico-razioncinative, ma nel senso di ragionevoli²⁷, cioè funzionali a predisporre azioni benefiche per l'organismo.

Sul versante delle 'scienze umane', uno dei contributi senza dubbio più influenti a riguardo – almeno per il tema che è ad oggetto nel presente studio – è stato fornito da Martha Nussbaum con un volume in cui raccoglie e mette a frutto i risultati di una lunga attività di ricerca²⁸. Con l'ampiezza di prospettiva che le è solita, la studiosa coniuga le istanze di una pluralità di ambiti disciplinari, che vanno dalla storia della filosofia alle scienze cognitive, dalle neuroscienze alle scienze sociali, dalla letteratura alla giurisprudenza.

Come noto, la tesi che Nussbaum sostiene, con l'ausilio di un'ampia messe di materiali, è che le emozioni abbiano una precisa funzione cognitiva e che, come tali, siano parte integrante e insostituibile del modo in cui ci rapportiamo al mondo. Infatti, rispetto ai meri appetiti, che sono sempre fissati su di un oggetto (la sete ci indirizza sempre a una bevanda), le emozioni sono flessibili quanto al loro oggetto e soprattutto sono pervase di valore: si può provare affetto per una persona ma anche per un animale o per un luogo perché, appunto, essi sono stati investiti di un certo valore. Proprio per questo, mentre l'assenza dell'oggetto non fa cessare l'appetito (in assenza di cibo non smettiamo di avere fame), le emozioni possono variare a seconda del variare delle nostre credenze circa il valore del loro oggetto (ci possiamo convincere che le ragioni per le quali in un primo tempo ci siamo arrabbiati non siano più tali)²⁹.

Poggiandosi sulle teorie degli antichi stoici, Nussbaum rivendica così per le emozioni un contenuto proposizionale di tipo valutativo: esse sarebbero, cioè, "valutazioni o giudizi di valore"³⁰ con i quali esprimiamo e manifestiamo le no-

²⁵ Damasio, *Descartes' Error*, cit., pp. xi–xii; Damasio, *L'errore di Cartesio*, cit., p. 6.

²⁶ Damasio, *Descartes' Error*, cit., p. xi; Damasio, *L'errore di Cartesio*, cit., p. 7.

²⁷ Damasio, *Looking for Spinoza*, p. 150; Damasio, *Alla ricerca di Spinoza*, cit., p.183.

²⁸ Nussbaum, *Upheavals of Thought*, cit.; Nussbaum M. C., *L'intelligenza delle emozioni*, (tr. it. R. Scognamiglio), Il Mulino, Bologna 2004.

²⁹ Nussbaum, *L'intelligenza delle emozioni*, cit., pp. 166–167.

³⁰ Nussbaum, *L'intelligenza delle emozioni*, cit., p. 20.

stre preferenze rispetto a ciò con cui entriamo in relazione. Da questo punto di vista, sarebbero tutt'altro che irrazionali. Anzi, proprio alle emozioni sarebbero rimessi gli aspetti più importanti della nostra capacità di relazionarci anche con i nostri simili e di comprenderne aspettative, intenzioni, comportamenti. Come tali, esse non solo sono "elementi essenziali dell'intelligenza umana"³¹, ma giocano un ruolo importante nelle società umane, nei vari aspetti dell'etica o della vita pubblica.

Ad esempio, le sue minuziose analisi sulla compassione, sulla possibilità di configurare una 'compassione razionale', di cui delinea gli elementi cognitivi o i rapporti con l'empatia, le consentono, da un lato, di esplorarne il ruolo nella struttura politica di uno stato liberaldemocratico³² o nella aspirazione a costruire e promuovere – anche attraverso l'educazione morale e civica³³ – una società giusta, dall'altro, di argomentare che "[d]ai giudici e dai giurati [...] dobbiamo esigere sia empatia che un'appropriata compassione, quali elementi costitutivi della loro padronanza dei fatti umani che hanno di fronte"³⁴. E questo non perché la compassione sia infallibile o non si lasci fuorviare³⁵, ma perché solo dei giudici (e dei giurati) dotati "di un'appropriata emotività" – che li rende consapevoli del fatto che "tutti gli esseri umani sono fallibili, e che la differenza tra il criminale e il giurato, o tra il criminale e il giudice, è spesso generata da circostanze personali e sociali" – possono essere "esempio di razionalità"³⁶.

3. Una (diversa) mappatura

Gli studi prodotti negli ultimi decenni sul tema del ruolo delle emozioni nella decisione giudiziale mettono a fuoco almeno tre profili attorno ai quali si addensano anche le diverse posizioni teoriche che animano il dibattito attuale. Essi attengono, rispettivamente, a quella che possiamo chiamare la fisiologia, la patologia e la deontologia del giudizio.

Come si è visto, dal punto di vista *fisiologico*, l'emozione è un elemento costitutivo dei processi psicofisici attraverso i quali si perviene a prendere una decisione o a formulare un giudizio. Su queste basi, richiamandosi per lo più a una teoria cognitiva delle emozioni³⁷, si sostiene che queste sono indispensabili

³¹ Nussbaum, *L'intelligenza delle emozioni*, cit., p. 19.

³² Nussbaum, *L'intelligenza delle emozioni*, cit., p. 479.

³³ Nussbaum, *L'intelligenza delle emozioni*, cit., p. 507.

³⁴ Nussbaum, *L'intelligenza delle emozioni*, cit., p. 530.

³⁵ Nussbaum, *L'intelligenza delle emozioni*, cit., p. 525.

³⁶ Nussbaum, *L'intelligenza delle emozioni*, cit., p. 531.

³⁷ Caratteristica di una teoria cognitiva delle emozioni è di intenderle come intenzionali, cioè come rivolte ad un oggetto (Ben-Ze'ev A., *The Thing Called Emotion*, in *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion*, a cura di Goldie P., Oxford University Press, Oxford 2010, pp. 41–61); per un mappatura complessiva si veda de Sousa R., *Emotion*, a cura di Edward N. Zalta. *The Stanford*

fonti di motivazione dell'azione e che, essendo meccanismi adattivi altamente evoluti per la sopravvivenza e non meri riflessi agli stimoli, le emozioni contribuiscono al funzionamento della ragione. Dal momento poi che esse giocano un ruolo decisivo nel giudizio morale, diventa particolarmente rilevante il fatto che siano plasmabili attraverso l'educazione³⁸. Da questo punto di vista, tra gli studiosi della corrente *L&E* si lamenta una generale scarsa attenzione, fra quanti si occupano del diritto, per le nuove acquisizioni scientifiche grazie alle quali risulta essere riduttiva e riduzionistica la visione di una razionalità scevra di emozioni, denunziandone la astrattezza oltre che la vetustà³⁹.

D'altro canto, se da un lato si lamenta una certa arretratezza degli studi giuridici su questo versante, va rilevata la non-specificità della componente emotiva per l'esperienza giuridica in generale e per la decisione giudiziale in particolare. In altri termini, trattandosi di un fenomeno fisiologico che si assume essere presente in ogni processo decisionale, non vi è ragione né per pensare che esso sia assente nelle decisioni giudiziali, né che esso sia specifico o peculiare del contesto giudiziale e/o giuridico. Ciò che viene messo in discussione, allora, è l'idea di una soggettività disincarnata⁴⁰ e, quindi, per riflesso, anche quella che si indica come una visione astratta – se non addirittura ideologica – del giudizio come mero prodotto di una attività avalutativa⁴¹.

Encyclopedia of Philosophy, 2017, <https://plato.sanford.edu/archives/win2017/entries/emotion/> (con. 26.06.2018).

³⁸ Maroney, *The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion*, cit., pp. 643–68.

³⁹ Abrams K., Keren H., *Who's Afraid of Law and the Emotions?*, in *Minnesota Law Review*, 2010, 94, pp. 1997–2074; Maroney, *The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion*, cit.; Grossi R., *Understanding Law and Emotion*, in *Emotion Review*, 2015, 7, 1, pp. 55–60. Val la pena di ricordare che in Europa continentale il tema era stato esplorato già agli inizi dello scorso secolo: ad esempio, in Polonia da Petrazycycki (cfr. Brożek B., *Le emozioni giuridiche*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2014, III (numero speciale), pp. 107–30.), mentre in Italia Rignano aveva sostenuto la tesi della base affettiva del ragionamento, anche in ambito forense, cfr. Rignano E., *Psicologia del ragionamento*, Zanichelli, Bologna 1920, pp. 219–228.

⁴⁰ Papaux A., *Un droit sans émotions. Iram non novit jus: esquisse des rapports entre sciences et droit*, in *Revue européenne des sciences sociales. European Journal of Social Sciences*, 2009, XLVII, 144, pp. 105–119.

⁴¹ Abrams, Keren, *Who's Afraid of Law and the Emotions?*, cit. Pur muovendosi in un diverso orizzonte concettuale, mi pare che contro questa visione si sia espresso recentemente anche Celano B., *Ragionamento giuridico, particolarismo. In difesa di un approccio psicologico in Rivista di filosofia del diritto*, 2017, VI, 2, pp. 315–344. Riguardo alla sua tesi, che è volta a rimettere al centro la soggettività – naturalizzata – del decidente mi pare tuttavia che l'affermazione seguente: “Che cosa valga come ragionamento in senso logico dipende – almeno nel caso di inferenze non deduttive – da fatti mentali, psicologici, ossia: dalla natura dei processi biochimici che si svolgono nel cervello” (331) configuri la possibilità che esista una forma di validità del ragionamento – quella deduttiva – che non sia riducibile a processi biochimici; perché il soggetto sia di volta capace e non capace di produrre inferenze che non siano il mero risultato di processi biochimici resta però non chiarito. Così come discutibile, almeno alla luce delle diverse posizioni rilevabili nel vasto campo della filosofia della mente, è l'assunto che i fatti mentali e psicologici siano riducibili ai processi biochimici che si svolgono nel cervello. Per una diversa linea di pensiero, si veda ad es. Chiareghin F., *L'eco della caverna. Ricerche di filosofia della logica e della mente*, Il Poligrafo,

Complementare al ruolo fisiologico delle emozioni è quello che possiamo chiamare il loro profilo *patologico*. In linea di massima, esso si rivela laddove le emozioni intervengono a distorcere la capacità di giudizio.

È ovvio che per quelle posizioni secondo le quali razionale è solo la decisione che non contiene alcuna traccia di emotività, laddove si aspiri ad un giudizio che sia razionale il ruolo delle emozioni nella decisione giudiziale non può non essere che patologico. Meno ovvio, invece, è il fatto che le stesse ragioni per cui possono essere considerate un momento necessario del processo decisionale sono anche quelle che le rendono pericolose⁴².

Si tratta di un aspetto che è ben noto e che interessa sotto vari profili l'esperienza giuridica e, in particolare, l'attività giudiziale. Il fatto che il giudice, come chiunque altro, sia soggetto a *biases*⁴³, a pregiudizi di tipo anche emotivo, la consapevolezza dei rischi derivanti dai moti degli affetti, è anzi il cuore di quelle istanze – additate come formalistiche o razionalistiche dagli esponenti di *L&E* – che hanno portato a sviluppare teorie normative del ragionamento giudiziale volte ad escludere il più possibile l'influsso dell'emotività nella decisione.

Come giustamente si è rilevato, le emozioni sono delle forze motrici che minacciano di fare precipitare il diritto nell'arbitrario proprio laddove esso è chiamato a porsi concretamente come regola capace di trascendere e comporre – secondo ragioni condivisibili e logicamente difendibili – le istanze particolari di chi è impegnato nella controversia. Da ciò – si sostiene – il diritto si difende attraverso gli strumenti procedurali che vanno, ad esempio dalla disciplina delle prove alla composizione collegiale dei tribunali, dall'obbligo di motivazione alla ricasazione. Le stesse accuse troppo spesso rivolte al sillogismo giudiziale non terrebbero conto, da questo punto di vista, del fatto che esso costituisce uno strumento per produrre la pace sociale mediante una parola definitiva, che è tale perché concludente⁴⁴.

Per altro, non va trascurato di rilevare che gli stessi esponenti di *L&E* non intendono affatto mettere in discussione il fatto che il giudicare non sia né possa essere ridotto a un atto arbitrario, a una manifestazione di volontà inevitabilmente parziale, e che debba anzi poggiare su ragioni vagliabili e controllabili. Se da un lato sostengono che le emozioni forniscono ragioni, dall'altro non hanno alcuna difficoltà ad ammettere che esse possono però fornire le ragioni 'sbagliate'.

La loro capacità di agire da selettori e semplificatori di diverse possibilità, consentendo di focalizzare in tempi rapidi l'attenzione su di un aspetto dei molti possibili, se da un lato ne fa un elemento imprescindibile dei processi decisio-

Padova 2004.

⁴² Maroney, *Angry judges*, cit.

⁴³ Forza A., Menegon G., Rumiati R., *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Il Mulino, Bologna 2017; Callegari A., *Il giudice fra emozioni, biases ed empatia*, Aracne, Roma 2017.

⁴⁴ Papaux, *Un droit sans émotions*, cit.

nali, ha come contropartita il rischio di facilitare l'adozione di euristiche stereotipate, di connessioni inferenziali semplicistiche e sclerotizzate che portano a trascurare gli aspetti peculiari del caso in questione nonché ad una assolutizzazione di un punto di vista.

Non a caso, da un lato il confronto con opinioni o prospettive diverse dalle proprie è indicato come uno strumento essenziale per correggere i nostri punti ciechi⁴⁵; dall'altro, un ruolo centrale è attribuito all'*empatia*⁴⁶, quale capacità di assumere un punto di vista altrui. Queste avvertenze, comunque le si valuti, paiono concorrere entrambe verso la medesima direzione, cioè quella di sottolineare che gli influssi perniciosi sulla decisione non sono dati dalle emozioni come tali, ma dal loro imporsi come esclusive o totalizzanti, così da assorbire in un'unica prospettiva un complesso in sé articolato e problematico.

Senza dubbio il carattere più innovativo di questo orientamento di studi è dato dal terzo profilo con cui le emozioni entrano nella decisione giudiziale, ossia quello *deontologico* o *normativo*. La tesi, in altri termini, è che le emozioni *non solo* siano una componente strutturale di come *di fatto* il giudice perviene alla formulazione della decisione, ma che vi siano emozioni appropriate al raggiungimento di questo scopo. Cosicché il giudizio – per essere un *buon* giudizio – *deve* essere orientato da certe emozioni.

Si tratta di una prospettiva la cui novità e peculiarità viene rivendicata con forza, soprattutto laddove ci si confronta non solo con le posizioni da cui ci si vuole distanziare, ma anche con quelle che vengono in qualche modo indicate come prodromiche a questo indirizzo. Nel contesto statunitense, dove il movimento *L&E* è sorto, si è sviluppato ed è cresciuto, un importante antecedente viene individuato nel Realismo giuridico americano⁴⁷ e nella scossa che esso ha inferto all'idea dell'oggettività del diritto. D'altro canto, però, si sottolinea anche che il carattere specifico e originale del *new emotional realism* che prende forma alla fine del XX secolo è invece il tentativo programmatico di integrare l'emozione nella decisione giudiziale⁴⁸.

⁴⁵ Bandes S., *Empathetic judging and the rule of law*, in *Cardozo Law Review De Novo*, 2009, 63, pp. 133–148.

⁴⁶ Posner R. A., *Emotion versus Emotionalism in Law*, in *The Passions of Law*, a cura di Susan A. Bandes, New York University Press, New York and London 1999, pp. 309–329; Callegari, *Il giudice fra emozioni, biases ed empatia*, cit.

⁴⁷ Pillsbury S. H., *Harlan, Holmes, and the Passions of Justice*, in *The Passion of Law*, a cura di S. Bandes, New York University Press New York and London 1999, pp. 330–362.

⁴⁸ Maroney, *The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion*, cit., Id. *Judicial Emotion as Vice or Virtue*, cit. Per altro è interessante notare che nel Realismo giuridico americano viene vista anche la fonte della prospettiva di *Law and Economics* – orientata ad un paradigma di tipo prognostico ed efficientista – che si sostiene essere del tutto opposto a quello che informerebbe tradizionalmente il *common law*, incentrato sul valore dell'equità e sulla convinzione che la giustizia richieda un certo giudizio morale (West R., *The Anti-Empathic Turn*, in *Nomos*, 2013, 53, pp. 243–288). Per una discussione delle tesi di West, cfr. Zipursky B. C., *Anti-Empathy and Dispassionateness in Adjudication*, in *Nomos* 2013, 53, pp. 304–314; Kersch K. I., *Systems and Feelings*, in *Nomos*, 2013, 53,

Per altro, vi è anche la consapevolezza che questa esigenza di incorporare le emozioni nella attività giudiziale non può trascurare il fatto che il loro ruolo in questo contesto è differente da quello che esse svolgono in altri contesti, come ad esempio quello terapeutico⁴⁹. La sfida della integrazione nell'ambito giudiziale delle conoscenze guadagnate in altri ambiti è data quindi proprio dalla possibilità di tradurle nelle categorie giuridiche e negli scopi e nella prassi della decisione giudiziale⁵⁰. E questo, si sottolinea, diventa tanto più difficile in quanto non solo non vi è una definizione o una teoria unica delle emozioni⁵¹, ma perché mancherebbe anche una adeguata epistemologia delle emozioni⁵².

Certo, si può facilmente constatare una generale convergenza sul ruolo centrale che viene riconosciuto all'empatia, cioè – in prima approssimazione – alla capacità di mettersi dal punto di vista dell'altro, comprendendo cosa può sentire o pensare⁵³. Come noto, però, si tratta di una nozione assai problematica, il cui significato non solo è mutato nel corso del tempo, ma è tuttora assai discusso. In particolare, ciò che viene contestato dai più attivi esponenti della corrente di studi *L&E* è la sua natura propriamente emotiva⁵⁴.

Come puntualizza Susan Bandes, infatti, l'empatia è più una capacità che non un'emozione e precisamente: è la capacità di assumere il punto di vista altrui⁵⁵. L'empatia implica la consapevolezza che gli altri sono diversi da noi e, al contempo, ci consente di comprendere cosa stanno pensando o provando. Nel

pp. 289–303; Meyler B., *Equity over Empaty*, in *Nomos*, 2013, 53, pp. 315–330.

⁴⁹ Bandes S., *Introduction*, in *The Passions of Law*, a cura di Susan Bandes, New York University Press, York and London 1999, pp. 1–15.

⁵⁰ Abrams, Keren, *Who's Afraid of Law and the Emotions?*, cit.

⁵¹ Bandes, *Introduction*, cit.

⁵² Maroney, *The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion*, cit.

⁵³ Posner, *Emotion versus Emotionalism in Law*, cit.; Deigh J., *Empathy, Justice, and Jurisprudence*, in *The Southern Journal of Philosophy*, 2011, 49, pp. 73–90; Chin D., *Sentencing: a Role for Empathy*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2012, 160, 6, pp. 1561–1584; West, *The Anti-Empathic Turn*, cit.; Meyler, *Equity over Empaty*, cit.; Zipursky, *Anti-Empathy and Dispassionateness in Adjudication*, cit.; Callegari, *Il giudice fra emozioni, biases ed empatia*, cit.

⁵⁴ C'è da dire, peraltro, che questo orientamento che esclude l'empatia dal novero delle emozioni risente in modo profondo del dibattito che si è sviluppato negli USA, durante la presidenza Obama, circa il ruolo del giudice in generale e, più in particolare, circa il ruolo dei giudici della Corte Suprema. Se, infatti, da un lato i sostenitori di un approccio più tradizionalista o conservatore vedevano nel concetto di empatia e di criterio empatico un modo per rispolverare un attivismo giudiziario tutto sbilanciato nei confronti dei soggetti più deboli o di una lettura di tipo liberal-progressista della costituzione, dall'altra parte, invece, veniva enfatizzato il ruolo dell'empatia quale componente necessaria per evitare la burocratizzazione del diritto (Brennan) e per realizzare la giustizia del caso concreto. Rivendicare la non emotività dell'empatia diventava perciò, in tale contesto, un modo per non esporsi all'accusa di voler minare l'imparzialità del giudice. Per una ricostruzione del dibattito Callegari, *Il giudice fra emozioni, biases ed empatia*, cit., pp. 61–96.

⁵⁵ Bandes, *Empathetic judging and the rule of law*, cit. Mi pare che anche Callegari sulla scorta di Bandes e Nussbaum privilegi l'aspetto più propriamente cognitivo o – se si vuole – immaginativo dell'empatia rispetto alla sua possibile declinazione emotiva.

contesto della decisione giudiziale è una capacità essenziale per comprendere cosa è in questione. Idealmente, il giudice dovrebbe essere in grado di mettersi nei panni di tutti coloro che sono coinvolti dalla sua decisione⁵⁶. Soprattutto, però, il giudice deve costantemente cercare di comprendere o prevedere le motivazioni della condotta umana e l'empatia, così intesa, è quella dote che lo rende possibile⁵⁷.

4. Intorno a un distillato di «quintessenza»

Tuttavia, dato che il carattere emotivo dell'empatia è controverso, forse è ben più indicativo di che cosa si intenda quando si parla di funzione normativa delle emozioni lo studio di Terry Maroney sul ruolo dell'ira (*anger*) nella decisione giudiziale⁵⁸. Che l'ira sia un'emozione è fuori discussione; d'altro canto, essa sembra particolarmente atta a fungere da collettore di quell'insieme di ragioni per cui alle emozioni viene attribuito un effetto distorsivo della capacità di giudizio⁵⁹. Tanto più provocatoria, quindi, risulta essere la tesi sostenuta dalla studiosa statunitense, secondo la quale “*anger could be called the quintessen-*

⁵⁶ Secondo Posner, *Emotion versus Emotionalism in Law*, cit.; Posner E. A., *Law and the emotions*, a cura di University of Chicago Law School, *Occasional papers from the Law School*, the University of Chicago, Chicago 2001, Ill.: University of Chicago Law School. <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/unchoocp42&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/unchoocp>. (cons. 26.06.2018), l'empatia consente anche – e soprattutto – di tenere presenti le ragioni degli assenti, cioè le conseguenze che ricadono su soggetti ulteriori rispetto alle parti e per questo essa non è in opposizione con l'indirizzo di *Law&Economics*. Secondo Deigh, *Empathy, Justice, and Jurisprudence*, cit., p. 79, “Hence, to interpret a law soundly, one must be sensitive to the perspectives of the different people whose interests the law affects or is liable to affect if applied to their situation. Sound interpretation of law, in other words, requires empathy. And when law is interpreted without empathy for those whose interests it affects, when it is instead applied on the basis of a ‘strict’ reading, then the outcome is as likely as not to be grossly unjust”.

⁵⁷ Sicuramente più connotata emotivamente è la nozione di empatia a cui fa riferimento Di Giovine O., *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli, Torino 2009, pp. 161–182, la quale auspica, nelle questioni bioetiche, l'approdo a un diritto penale empatico, capace di valorizzare l'apporto delle emozioni – in tutta la loro immediatezza e ‘corporeità’ – nella conoscenza del fatto e nelle decisioni che devono di volta in volta essere prese e che non possono essere risolte mediante una predeterminazione normativa. L'empatia consentirebbe la costituzione di un *idem sentire* capace di superare le differenze culturali e la pluralità di quadri valoriali che caratterizzano la società contemporanea e rendono sempre più insostenibile – nell'ambito delle scelte bioetiche – la predeterminazione del bene da tutelare. Laddove l'empatia potesse costituirsi a base del giudizio e fornire anche un fondamento alle politiche legislative, sarebbe possibile, a suo avviso, una maggiore aderenza del diritto (penale) alla realtà sociale. Per una discussione del quadro concettuale che fa da sfondo a questa posizione cfr. Fuselli, *Le emozioni nell'esperienza giuridica: l'impatto delle neuroscienze*, cit.; Fuselli, *Diritto neuroscienze filosofia. Un itinerario*, cit., pp. 81–101.

⁵⁸ Maroney, *Angry judges*, cit.

⁵⁹ Maroney, *Angry judges*, cit., p. 1209.

tially judicial emotion”⁶⁰. Mi proverò, qui di seguito, a riassumere prima (4.1.), e a esaminare poi (4.2.), quelli che mi paiono essere i passaggi cruciali di questa posizione: al di là, infatti, del suo chiaro radicamento nel sistema di *common law* e nel modo in cui i giudici statunitensi esercitano la loro funzione, essa fornisce una serie di interessanti spunti di riflessione.

La cornice teorica entro cui si inquadra la sua proposta è quella in cui confluono, come si è visto, le numerose occasioni di ripensamento del ruolo cruciale delle emozioni, soprattutto in relazione alla loro capacità di riflettere quelle ragioni che si incarnano nelle nostre valutazioni degli eventi del mondo e del modo in cui questi si relazionano ai nostri obiettivi e ai nostri valori. D’altro canto, con l’ausilio di una nutrita casistica, viene offerta una attestazione empirica dell’effettiva presenza di questa specifica emozione nei comportamenti dei giudici, nonché dei diversi bersagli – gli avvocati, i loro assistiti, i testimoni o anche altri giudici – a cui si indirizza. Per comprendere quale sia la funzione normativa che l’ira dovrebbe svolgere nella decisione giudiziale, è necessario tuttavia esaminare quelli che, ad avviso di Maroney, costituiscono i tratti specifici di quest’emozione.

Da un lato, l’ira si accompagna al senso di sicurezza, di padronanza della situazione da parte dell’agente, e lo carica di un’energia impulsiva (tanto corporea quanto mentale) che lo predispone a prendere decisioni veloci o a reagire rapidamente a una situazione che viene avvertita come lesiva, così da modificarla⁶¹. Dall’altro, ciò che la rende interessante è il ‘motivo’ a cui si accompagna, cioè al ‘perché’ in genere nell’uomo si scatena l’ira. Esso consiste essenzialmente nel fatto che quella situazione a cui si predispone a reagire viene percepita come un torto ingiustificato commesso da un agente razionale⁶². Proprio questo, infatti, agli occhi di Maroney rende l’ira non solo un’emozione che di fatto è all’opera anche nella quotidianità dei tribunali e dei comportamenti dei giudici, ma un’emozione che dovrebbe guidarne le decisioni. Ovviamente, a determinate condizioni che la rendano giustificata, e tali sono: il basarsi su una percezione accurata e non distorta della realtà, il concernere aspetti costitutivi del caso e non fattori ad esso completamente estranei, il riflettere un determinato assetto di credenze e valori che sono degni di un giudice in una società democratica, cioè quelle credenze e quei valori che rispondono a sentimenti morali ampiamente condivisi nella comunità⁶³.

⁶⁰ Maroney, *Angry judges*, cit., pp. 1208–1209.

⁶¹ Maroney, *Angry judges*, cit., pp. 1224–1225.

⁶² Maroney, *Angry judges*, cit., p. 1209.

⁶³ Maroney, *Angry judges*, cit., p. 1283.

Da questo punto di vista, la giustificazione dell'ira giudiziale giunge al suo apice laddove si danno degli atti che sono indice di un tale disprezzo per gli altri, che ciascuno può sentirsi ferito e lesa: qui si manifesta nel modo più scevro da ambiguità il fatto che anche in una società democratica, caratterizzata da un'ampia gamma di giudizi morali, persiste un "moral baseline"⁶⁴, rispetto al quale si registra una convergenza istintiva su ciò che costituisce un torto ingiustificato e su ciò che significa agire colpevolmente.

L'ira, tuttavia, è anche funzionale al giudizio: sia perché tiene desta l'attenzione e la focalizza sulla persona offesa, sia perché favorisce le decisioni orientate al ripristino della giustizia, anche quando esse potrebbero essere impopolari, conferendo al giudice una maggiore sicurezza in se stesso⁶⁵. Certo: ciò presenta dei rischi, quali la superficialità e la fretteolosità nel giudizio o la possibilità di debordare dal contesto, divenendo preda di una euristica che procede per stereotipi⁶⁶, ma questi pericoli potrebbero essere scongiurati con un apposito *training* che insegni ai giudici a gestire in modo adeguato l'ira⁶⁷.

Come anticipato, si tratta indubbiamente di una tesi provocatoria che ha il pregio di suscitare molteplici interrogativi, oltre che perplessità.

Ad esempio, Maroney considera la prima condizione che dovrebbe giustificare l'ira del giudice – ossia il poggiare su premesse accurate – il criterio più facile da definire. Laddove un giudice si arrabbia con l'avvocato perché questi sta mentendo, allora ciò che conta per giustificare la sua ira è il fatto che le affermazioni dell'avvocato siano effettivamente false, che questi le ritenga tali e che sia veramente intenzionato ad ingannare il giudice. Tuttavia, poiché si tratta di una serie di valutazioni su cui il giudice può ovviamente essere in errore, la sua ira può essere ingiustificata⁶⁸.

Posta in questo modo, però, la condizione dell'accuratezza delle premesse non pare essere diversa da quella della 'verità' di una serie di asserti 'descrittivi', cioè come una qual forma di corrispondenza tra essi e i 'fatti' a cui si riferiscono⁶⁹: una corrispondenza per stabilire la quale l'ira e, più in generale, le emozioni non possono avere nessun ruolo normativo, dal momento che in tanto esse sono giustificate soltanto in quanto quella corrispondenza sia già stata stabilita, o possa esserlo successivamente, magari da una prospettiva esterna, neutrale (per restare all'esempio di Maroney: in sede di appello) che accerti che il giudice

⁶⁴ Maroney, *Angry judges*, cit., p. 1260.

⁶⁵ Maroney, *Angry judges*, cit., pp. 162–164.

⁶⁶ Maroney, *Angry judges*, cit., pp. 1265–1266.

⁶⁷ Maroney, *Angry judges*, cit., p. 1284.

⁶⁸ Maroney, *Judicial Emotion as Vice or Virtue*, cit., p. 20.

⁶⁹ Assumo qui una nozione del tutto ingenua e comune di 'corrispondenza'.

si è o no sbagliato. In altri termini, il giudice ‘appassionato’ sembra inevitabilmente restare subalterno a quella figura di giudice ‘disinteressato indagatore del vero’ la cui funzione e il cui sfondo epistemologico avevano trovato una potente sintesi proprio nelle teorizzazioni dell’Illuminismo giuridico.

A questo ordine di considerazioni è connesso un ulteriore profilo critico evidenziato da Christof Rapp che, in un recente intervento, richiama alla necessità di distinguere gli eventuali vantaggi che sono tali per il *giudizio* e quelli che lo sono invece per il *giudice*. Se, infatti, il modo in cui l’ira facilita il giudizio è quello di aiutare il giudice a rimanere concentrato sul caso consentendogli di non essere cinico o disincantato, allora questo è, propriamente parlando, un beneficio per il giudice e non per il giudizio in sé⁷⁰. Da questo punto di vista, se è vero che le emozioni attivano i meccanismi dell’attenzione, segnalando l’importanza di un evento, è anche vero che esse indicano solo ciò che è importante *per noi*, cioè per l’individuo che le prova. Ma questo ha come conseguenza il fatto che le emozioni rendono il giudizio inevitabilmente parziale⁷¹.

Del resto, è proprio il pericolo che vengano a priori soffocate le condizioni dell’imparzialità che rende così sospetta la tesi della funzione normativa delle emozioni nel giudizio; ed è proprio per questo che essa non appare conciliabile né con il ruolo che il nostro ordinamento (e non solo) assegna al giudice⁷², né con i principi deontologici che, sempre per restare nel contesto domestico, dovrebbero più in generale ispirare i magistrati e che potrebbero, al più, lasciare spazio al sentimento dell’indulgenza⁷³.

Adottando una lettura ‘caritatevole’, si potrebbe forse ribattere a questo tipo di rilievo il fatto che, nella particolare prospettiva che è qui in esame, il canone dell’imparzialità – una volta che si sia mostrata la astrattezza di un giudizio disincarnato e di un giudice anemotivo – trova una sua forma di riconfigurazione nell’idea che il giudice si fa portatore di valori e credenze che non sono ‘suoi’, ma sono quelli propri della società democratica in nome della quale è chiamato ad amministrare la giustizia e la violazione dei quali legittima la sua ira. In altri termini, l’idea di una funzione normativa delle emozioni parrebbe condurre a

⁷⁰ Rapp, C., *Dispassionate Judges Encountering Hotheaded Aristotelians*, in *Aristotle on Emotions in Law and Politics*, a cura di Huppés-Cluysenaer, Coehlo, cit., pp. 27-49, qui p. 33. Questa distinzione non sembra però tenere conto fino in fondo di un presupposto implicito della tesi di secondo cui l’ira è l’emozione giudiziale per eccellenza, e cioè che non si possano produrre buoni giudizi senza essere buoni giudici e che un buon giudice è uno che reagisce di fronte alle ingiustizie.

⁷¹ Rapp, *Dispassionate Judges Encountering Hotheaded Aristotelians*, cit., p. 34.

⁷² Su di un caso relativamente recente, deciso da Cass. Pen. Sez. III, n.12983/2014, cfr. Civinini M. G., *Tono di voce incalzante e atteggiamento partecipativo e il giudice viene ricusato!!*, in *Questione Giustizia*, 2014, <http://questionegiustizia.it>. (cons. 26.06.2018); Callegari, *Il giudice fra emozioni, biases ed empatia*, cit., pp. 154-158.

⁷³ Cfr. Ferrajoli L., *Deontologia giudiziaria*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2013, 13, pp. 497-511.

configurare l'imparzialità del giudizio come l'espressione di un attivo – e reattivo, nel caso dell'ira – 'prendere parte per' quella base di valori condivisi alla luce dei quali, soltanto, una qualsiasi pretesa può legittimarsi. L'imparzialità del giudice, pertanto, potrebbe essere vista proprio nel suo farsi garante – attraverso la sua reazione emotiva – di quel «moral baseline» che qualsiasi società democratica, anche quella in cui massima è la divergenza dei valori, deve avere per mantenere un minimo di unitarietà⁷⁴.

Tuttavia, anche questa possibilità sembra destinata inevitabilmente a scontrarsi con il carattere soggettivo dell'emozione, che ha la sua radice – biologicamente giustificata – nel fare del punto di vista di chi la prova l'unità di misura e di valutazione dei fatti del mondo. Cosicché, il giudice finirebbe per rappresentare e riversare nel suo giudizio nient'altro che quello che egli 'sente' come insieme di valori condivisi, ergendosi in qualche modo a interprete unico – e insindacabile – di un 'sano sentimento del popolo' di nefasta memoria. Le contromisure che vengono suggerite non paiono attingere un livello diverso da quello di una serie di accorgimenti prudenziali che non incidono sull'imperante e – date queste premesse – intrascendibile soggettivismo giudiziale.

5. Una base ontologica per l'emotività

Se vi sono buone ragioni per respingere la proposta di considerare nell'ira la quintessenza dell'emozione giudiziale, ciò non significa tuttavia che le ragioni che inducono a prender sul serio il ruolo dell'emotività siano da trascurare: semmai ciò invita a pensare se sia mai possibile – e in che termini – che essa abbia una funzione costitutiva per l'imparzialità.

Detto altrimenti: ammesso che l'idea di un giudizio (sia esso inteso come attività, sia inteso come prodotto di tale attività) 'spassionato' sia un'astrazione che non tiene conto della realtà, la domanda è se sia possibile configurare un qualche fenomeno di tipo emotivo che possa essere posto a presidio di un giudizio imparziale, ossia di un giudizio il cui esito decisionale non sia l'imposizione del punto di vista particolare di un determinato soggetto. Si tratta cioè di capire se vi sia una componente emotiva – e quindi indubbiamente soggettiva – che

⁷⁴ In questa direzione, ad esempio, sembrano condurre sia la dissertazione dottorale di Salomon E., *Le juge pénal et l'émotion*, Thèse pour le Doctorat en Droit, en sociologie du droit, droit pénal et procédure pénale, Université Panthéon-Assas – Ecole doctorale de droit privé (Paris 2) 2015, che attribuisce al giudice la funzione di far valere nel giudizio finale quei valori che si riflettono nelle emozioni sociali in cui egli stesso è immerso, sia per converso la tesi di Di Giovine, *Un diritto penale empatico?*, cit., secondo la quale l'empatia è la via per recuperare – nel giudizio su laceranti questioni bioetiche – una comune base di conoscenza pratica fondata su di una sorta di grammatica morale universale.

possa essere indicata come condizione di possibilità⁷⁵ dell'imparzialità del giudice e della sua decisione e che, quindi, abbia la sua giustificazione in null'altro che nella realizzazione di quella 'terzietà' che – sin dalle *Eumenidi* di Eschilo⁷⁶ – pare essere un tratto costitutivo, un carattere 'concettuale', del ruolo del giudice.

Come si è ricordato, la via più frequentemente battuta è quella che porta alla valorizzazione dell'empatia⁷⁷, la cui appartenenza al novero delle emozioni è, tuttavia, come si è visto, controversa. Per altro, oltre alle riserve già menzionate, vale la pena di ricordare anche la critica alla nozione di empatia o, meglio, ad un certo modo di concepirla, che è stata mossa da Heidegger, una critica che concerne non tanto il suo essere riconducibile o meno alle emozioni, ma la sua stessa struttura concettuale.

Questa critica, come noto, prende le mosse dall'analisi che egli fa della costituzione d'essere della soggettività umana come esserci (*Dasein*), ossia come quell'ente che ha quale suo carattere strutturale il suo essere situato (*esser-ci*, *Da-sein*). Comprendere la soggettività in questi termini significa fare cadere nella totale insignificanza ogni visione di una soggettività chiusa in se stessa, irrelata, che 'esce da sé' e si protende verso ciò che sta fuori di essa – il mondo – secondo le forme dell'apprensione teorica o pratica. Per contro, secondo Heidegger, il conoscere o il fare non sono i modi in cui il soggetto va verso una realtà esterna, istituendo una relazione con qualcosa che gli è estraneo, ma sono l'espressione del fatto che sin da principio esso in tanto è quello che è, cioè soggettività, in quanto è nel mondo, in quanto questa modalità relazionale gli appartiene in modo costitutivo⁷⁸. Quelle relazioni che si declinano secondo le forme del conoscere o del fare in tanto sono possibili in quanto essere soggetto significa, sin da principio, essere-già-presso le cose, essere-nel-mondo, appunto.

In maniera analoga, l'incontro con altri soggetti, che a loro volta sono *esser-ci*, non è qualcosa che soltanto 'capiti', o qualcosa che il soggetto introduca come un corpo estraneo, ma è qualcosa la cui possibilità è costitutiva del modo d'essere proprio di ciò che è soggetto. Con le sue parole: "[L]'*esser-ci* è, in quanto

⁷⁵ Si potrebbe obiettare che se si parla di condizione di possibilità non si parla di 'normatività', in quanto un conto è ciò che è necessario, un conto è ciò che è buono o doveroso. Credo tuttavia si possa rispondere che se il giudizio buono è il giudizio imparziale, allora l'emozione che lo rende possibile è l'emozione giustificata. Essa è giustificata – in questo senso 'normativa' – se e in quanto crea le condizioni per l'imparzialità.

⁷⁶ Per una lettura in chiave processuale della tragedia cfr. Cavalla F., *L'origine e il diritto*, Franco-Angeli, Milano 2017, pp. 187–194.

⁷⁷ Si veda anche Galuppo M., *Law and Emotion: How Empathy Forms the Judges' Sense of Justice*, in SSRN Scholarly Paper ID 2627363. Rochester 2015, NY: Social Science Research Network. <https://papers.ssrn.com/abstract=2627363>. (cons. 26.06.2018).

⁷⁸ Heidegger M., *Prolegomena zur Geschichte des Zeitbegriffs*, Klostermann, Frankfurt a.M. 1975, p. 221, Heidegger M., *Prolegomeni alla storia del concetto di tempo*, (tr. it. R. Cristin, A. Marini), Il melangolo, Genova 1999, p. 199.

*essere-nel-mondo, anche essere l'un-con-l'altro – più esattamente: «essere-con»*⁷⁹. L'incontro *con* l'altro, cioè, non è qualcosa che si produca solo quando compare un altro individuo, “non è un risultato sommatorio dell'occorrenza di più persone [...]”, ma è al contrario reso possibile dal fatto che l'esser-ci, in quanto essere-nel-mondo, è di per se stesso “un *esser-con*”⁸⁰. Anzi, è solo a partire dal fatto che l'essere di ciascuno è “*un essere assegnati l'uno all'altro*”⁸¹ che diventano possibili tutte le diverse forme della relazione, sia quelle in cui si è ‘pro’ o ‘contro’ o ‘senza’ qualcuno, sia quelle in cui si è o si passa semplicemente e indifferentemente ‘accanto’ agli altri⁸².

Dati questi presupposti, diventa insostenibile l'assunto che sta alla base dell'idea stessa di *empatia*: “Si presuppone che un soggetto sia dato per se stesso, come incapsulato, cui poi si attribuisce il compito di penetrare per empatia in un altro soggetto”. Di contro a questa maniera artificiosa di raffigurare la comprensione di un altro soggetto, Heidegger rivendica che “io lo comprendo a partire dal mondo nel quale esso è con me”⁸³. Non devo, cioè, ‘entrare nell'altro’, in quanto siamo già compenetrati l'uno dell'altro e questa compenetrazione reciproca è, appunto, quel ‘mondo’, quella struttura relazionale a partire dalla quale ‘ci’ rendiamo comprensibili l'uno all'altro: senza questo essere da sempre assegnati alla reciproca comprensibilità, nessuna comprensione empatica sarebbe mai possibile. Proprio per questo, non ha senso raffigurarsi l'empatia come un ‘entrare’ nell'altro.

Ora, che si sia o meno d'accordo con le tesi heideggeriane, esse hanno tuttavia un pregio. Questo sta nel portare allo scoperto un presupposto antropologico implicito – sia esso consaputo o meno – del dibattito in esame. Tale presupposto è – sia detto con una certa rudezza – quello di una soggettività che si concepisce strutturalmente come solipsistica, isolata e, come tale, capace solo di quei rapporti di cui si pensa o si pretende artefice: rapporti che, proprio per questo, sono ‘artificiali’, cioè prodotti solo a partire dalla sua attività, trascurando del tutto le condizioni di tale attività: condizioni che, in questo senso, non sono né soggettive, né oggettive, cioè: non sono tali da lasciarsi ridurre entro la relazione soggetto-oggetto che è invece il campo proprio in cui quell'attività si dispiega. Di qui allora quella dialettica singolare – di cui la *Fenomenologia dello spirito* di

⁷⁹ Heidegger, *Prolegomena zur Geschichte des Zeitbegriffs*, cit., p. 328, Heidegger *Prolegomeni alla storia del concetto di tempo*, cit., p. 294.

⁸⁰ Heidegger, *Prolegomena zur Geschichte des Zeitbegriffs*, cit., pp. 329–330, Heidegger *Prolegomeni alla storia del concetto di tempo*, cit., p. 296.

⁸¹ Heidegger, *Prolegomena zur Geschichte des Zeitbegriffs*, cit., p. 331, Heidegger *Prolegomeni alla storia del concetto di tempo*, cit., pp. 297–298.

⁸² Heidegger, *Prolegomena zur Geschichte des Zeitbegriffs*, cit., pp. 331–332, Heidegger *Prolegomeni alla storia del concetto di tempo*, cit., p. 298.

⁸³ Heidegger, *Prolegomena zur Geschichte des Zeitbegriffs*, cit., p. 335, Heidegger *Prolegomeni alla storia del concetto di tempo*, cit., p. 301.

Hegel offre ad esempio una sintesi paradigmatica – in cui le diverse forme con cui la ‘coscienza’ cerca di realizzare dei rapporti stabili – teoretici o pratici – con alcunché che le si presenta come ‘opposto’, cioè come *objectum*, *Gegenstand*, si capovolgono in altrettante dimostrazioni della loro insufficienza⁸⁴.

Se da un lato, cioè, l’aspirazione che sta sotto alla corrente *L&E* è quella di prendere le distanze da una certa visione del diritto di tipo ‘illuminista’ o ‘razionalista’, tuttavia pare restare impregiudicato proprio quell’assunto antropologico di tipo individualista che a quella concezione fa da sfondo e che anzi la giustifica⁸⁵. Certo: il richiamo all’emotività e al suo ruolo vorrebbe conseguire, grazie anche all’apporto di altri campi disciplinari, un diverso terreno su cui fondare non solo l’attività e il ruolo del giudice, ma anche – più ampiamente – del diritto: rivendicando la sua funzione di garante di quel ‘baseline’ che rederebbe possibile – anche nel ‘politeismo dei valori’ – l’organizzazione sociale dei rapporti intersoggettivi. E tuttavia, come mi pare mostri proprio l’esempio dell’ira, l’emozione così intesa rischia di essere l’ennesima riproposizione di quello stesso assunto individualistico e solipsistico, con l’aggravante, per di più, di togliere di mezzo anche quel sistema di garanzie e di contrappesi a cui rinviano – pur con tutte le loro deficienze – il modello dello stato di diritto e il principio di legalità.

Allo stesso tempo, proprio l’esigenza di superare l’idea di una soggettività che, strutturalmente separata, non può incontrare altro che ‘oggetti’, sembra conferire una profondità all’indagine sul ruolo dell’emotività nel diritto e, più nello specifico, nella decisione giudiziale qualora si prenda sul serio un’altra indicazione heideggeriana: secondo la quale “in fondo, ogni stato d’animo – è un essere ibrido, in parte oggettivo e in parte soggettivo”⁸⁶.

Come si sa, le molte pagine che Heidegger riserva all’analisi delle emozioni e dei sentimenti sono tappe fondamentali del suo tentativo di comprendere la costituzione d’essere della soggettività in un’ottica profondamente diversa da quella della ontologia tradizionale. Il soggetto, infatti, è caratterizzato da un suo peculiare modo d’essere, l’*esistere*, che ne fa qualcosa di completamente diverso da tutti gli altri ‘enti’, ne fa un *Dasein*. In questa prospettiva, la sua indagine sui fenomeni emotivi sposta l’attenzione dal loro ruolo biologico o psicologico o gnoseologico o sociologico al loro ruolo ‘ontologico’, cioè al ruolo che essi hanno rispetto ad una soggettività intesa come essere-nel-mondo.

Il modo primario in cui si manifesta la strutturale relazionalità del soggetto

⁸⁴ Per una ricostruzione di questa dinamica si veda Chierighin F., *La «Fenomenologia dello spirito di Hegel»*. Introduzione alla lettura, La Nuova Italia Scientifica, Roma 1994.

⁸⁵ Sul tema si veda Zanuso F., *Autonomia, uguaglianza, utilità. Tre paradossi del razionalismo moderno*, in *Custodire il fuoco*, a cura di Zanuso F., FrancoAngeli, Milano 2013, pp. 15–82.

⁸⁶ Heidegger M., *Die Grundbegriffe der Metaphysik. Welt – Endlichkeit – Einsamkeit*, Klostermann, Frankfurt a.M. 1983, p. 132, Heidegger M., *Concetti fondamentali della metafisica. Mondo – Finitezza – Solitudine*, (tr. it. C. Angelino), Il melangolo, Genova 1999, p. 117.

così inteso, infatti, non è, ad avviso di Heidegger, nessuno di quelli tradizionalmente invocati da una certa antropologia (e – potremmo qui aggiungere – anche dalle opposte visioni del diritto e della decisione che di volta in volta privilegiano l'uno o l'altro), ossia: il conoscere o il volere. Tanto il conoscere quanto il volere implicano infatti un certo andare o dirigersi del soggetto verso le cose. Come si è visto, però, questo andare verso le cose in tanto è possibile solo in quanto *in un certo qual modo* si è già presso le cose. Per potersi dirigere-verso bisogna che ciò verso cui ci si dirige abbia in qualche modo già dato notizia di sé, senza però anticipare in nulla l'apporto specifico del conoscere e del volere. È necessario, cioè, che questo essere *già presso* non renda insensato quel complesso di attività conoscitive e pratiche con cui si va verso le cose.

Questo modo di accesso originario è quello che Heidegger indica come il trovarsi in una certa situazione emotiva, in un certo 'stato d'animo', per così dire. Il "come ci si trova", il come ci si sente non è solo una modalità propria del nostro essere nel mondo, ma è, anzi, quella modalità che orienta sin da principio le forme – teoretiche o pratiche – in cui quell'essere nel mondo si declina, ed è, al contempo, il modo in cui ci si dispone ad accogliere ciò che via via prende forma attraverso il conoscere e il volere. Il trovarsi in un certo stato emotivo o in una data situazione emotiva è quell'apriori⁸⁷ che dischiude all'esserci il mondo al quale è da sempre assegnato.

È importante tenere presente che, nella prospettiva di Heidegger, questo 'trovarsi' non è un dato psicologico ma è, in senso proprio, un carattere 'ontologico', in quanto distintivo e rivelativo del modo d'essere proprio di un certo tipo di 'enti': "Una pietra non si trova mai, ma è soltanto sottomano; un animale primitivo unicellulare invece può già trovarsi, dove questo trovarsi può anche essere la più grande e la più oscura ottusità"⁸⁸. Per questa ragione, non solo "[l]o stato d'animo fa parte dell'essere dell'uomo"⁸⁹, per cui non si dà mai un uomo che non si trovi in un determinato stato d'animo, ma proprio lo stato emotivo è il primo indicatore di quel particolare modo d'essere che caratterizza in modo specifico l'uomo. Così, ad esempio, un'emozione come quella della paura, a cui Heidegger dedica intense pagine⁹⁰, rivela la costituzione ontologica fondamentale della soggettività umana, che è quella di un ente che è il proprio aver-da essere ed è, quindi, consegnato a se stesso.

⁸⁷ Heidegger, *Prolegomena zur Geschichte des Zeitbegriffs*, cit., p. 354, Heidegger *Prolegomeni alla storia del concetto di tempo*, cit., p. 317.

⁸⁸ Heidegger, *Prolegomena zur Geschichte des Zeitbegriffs*, cit., p. 352, Heidegger *Prolegomeni alla storia del concetto di tempo*, cit., p. 315.

⁸⁹ Heidegger, *Die Grundbegriffe der Metaphysik. Welt – Endlichkeit – Einsamkeit*, cit., p. 96, Heidegger, *Concetti fondamentali della metafisica. Mondo – Finitzza – Solitudine*, cit., p. 87.

⁹⁰ Heidegger M., *Sein und Zeit*, 19° ed., Niemeyer, Tübingen 2006, pp. 140–142, Heidegger M., *Essere e tempo*, (tr. it. P. Chiodi), Longanesi, Milano 1976, pp. 179–182.

Riconsiderata alla luce di queste indicazioni, l'indagine sul ruolo di emozioni e sentimenti nella decisione giudiziale può forse acquisire un altro rilievo nella esplorazione di un diverso modo di pensare il diritto – diverso, almeno, rispetto all'edifico concettuale costruito sulla pietra angolare della idea moderna di soggettività⁹¹ – o può, più umilmente, consentire di dubitare del fatto che una tazza di caffè⁹² possa essere altrettanto efficace quanto le emozioni nel catalizzare le energie cognitive e conative da cui si sprigiona un atto decisionale⁹³.

6. Un modello kantiano

Come si è visto, tanto chi invoca quanto chi teme un ruolo normativo dell'emotività nella decisione giudiziale lo fa in nome di una esigenza minimale: quella che vengano preservate le condizioni dell'intersoggettività, condizioni che poi, concretamente, sono diversamente interse a seconda che si adotti – uso qui una classificazione proposta da Sellers⁹⁴ – una concezione tecnocratica, romantica, postmoderna o totalitaria del diritto. La stessa idea di un giudice la cui decisione sia espressione di un comune sentire risponde, da ~~quanto spunto~~ di vista, ad una esigenza non così lontana da quella che animava un certo formalismo, cioè: l'idea di un giudizio che definisca la regola di composizione dei contrapposti interessi delle parti in nome di un criterio capace di superare e al contempo inverare le pretese parziali, dando loro un radicamento intersoggettivo.

Come si ricordava più sopra, ammesso che non sia possibile prescindere dalle emozioni, la questione è quella di individuare una componente affettiva della decisione che appaia, sul piano soggettivo, le condizioni per l'imparzialità del giudizio. Perché ciò accada, essa deve agire come freno inibitore del punto di vista soggettivo di chi decide, dei suoi pregiudizi, dei suoi *biases* anche emotivi, pur condividendone la stessa natura emozionale, pur rampollando dalla loro stessa fonte.

Se le emozioni sono, heideggerianamente, quella forma di accesso al mondo che precede ogni fare e ogni giudicare, si tratta di individuare qualcosa che possa configurarsi come il pre-giudizio della imparzialità e che, non dissimilmente

⁹¹ In questa direzione mi pare vada anche la proposta, che accoglie le istanze dell'approccio fenomenologico, formulata in relazione al ruolo dei sentimenti nell'argomentazione giuridica da Hänni J., *Phänomenologie der juristischen Entscheidung. Zur Bedeutung des Gefühls in der praktisch-juristischen Argumentation*, in *Recht und Emotion I. Verkannte Zusammenhänge*, a cura di Landweer H., Koppelberg D., Neue Phänomenologie, Karl Alber, Freiburg-München 2016, pp. 227–248.

⁹² Cfr. Rapp, *Dispassionate Judges Encountering Hotheaded Aristotelians*, cit., p. 33.

⁹³ Sulla funzione delle emozioni quali "schemi della ragion pratica", ossia come unità mediatrice degli "estremi divaricati e contrapposti della *cognitio iners* e del *principium executionis* dell'agire" si veda Chierighin F., *Emozione, comprensione e azione nell'opera d'arte*, in *Verifiche*, 2011, XL, 1–3, pp. 74–75.

⁹⁴ Sellers M. N. S., *Law, Reason, and Emotion*, in *Law, Reason and Emotion*, a cura di Sellers M. N. S., Cambridge University Press, Cambridge 2017, pp. 11–31.

da quanto riesce a fare qualsiasi altra emozione, sia capace di catalizzare tanto le energie intellettive – dell’attenzione, della memoria, del vaglio critico – quanto quelle appetitive – grazie alle quali ci si risolve in una decisione.

Credo che un buon modello di riferimento possa ritrovarsi nel modo in cui Kant configura il *sentimento del rispetto* (*Achtung*) e nel ruolo che gli riconosce⁹⁵. È noto che il sentimento del rispetto ha uno statuto affatto peculiare: esso infatti, pur rientrando nell’orizzonte della sensibilità, in quanto è un sentimento, è tuttavia unico, in quanto è l’unico sentimento che non viene attivato da uno stimolo esterno al soggetto, ma è prodotto soltanto dalla ragione⁹⁶, è, per così dire, autooriginato ed è per questo conoscibile interamente apriori⁹⁷. Proprio questo suo carattere fa sì che esso indirizzi il soggetto che lo prova verso qualcosa che non si lascia risolvere nella particolarità dei suoi interessi o dei suoi impulsi sensibili, ma verso ciò che, sul piano pratico, sul piano dell’agire, è espressione della massima universalità cioè, la legge morale stessa, quella legge in virtù della quale la ragione dà prova, sul piano pratico, della sua incondizionatezza e libertà⁹⁸.

Il sentimento del rispetto è quindi l’unico adeguato all’universalità della legge morale, l’unico capace di renderla efficace in un soggetto finito nel quale agiscono, potentemente, stimoli ed inclinazioni sensibili. Questo è infatti il compito del rispetto: quello di consentire che la legge morale, e con essa una volontà capace di determinarsi senza restare intrappolata nelle panie dell’arbitrio, sia l’unico movente dell’azione: anzi a tale punto il suo ruolo è decisivo che Kant non esita ad affermare che “il rispetto per la legge non è movente alla moralità, ma è la moralità stessa considerata soggettivamente come movente”⁹⁹, è – per usare le parole di Heidegger – “la maniera in cui può in generale farmisi incontro la legge morale come tale”¹⁰⁰.

⁹⁵ Theis R., *Respect de la loi, respect de la personne: Kant*, in *Revue Philosophique de Louvain*, 2005, 103, 3, pp. 331–346, ricorda che il termine ricorre circa trecento volte nel corpus kantiano.

⁹⁶ Kant, I., *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, Akademie-Textausgabe, Bd. IV, Kants Werke, de Gruyter, Berlin 1968, IV: 405, Kant, I., *Fondazione della metafisica dei costumi*, (tr. V. Mathieu), Rusconi, Milano 1994, 75n: “Ma, sebbene il rispetto sia un sentimento, esso tuttavia non è punto un sentimento ricevuto per un’azione esterna, bensì prodotto da sé, per un concetto della ragione. Esso si distingue perciò specificamente da tutti i sentimenti del primo tipo, che si possono riportare o a inclinazione o a timore”.

⁹⁷ Kant, I., *Kritik der praktischen Vernunft*, Akademie-Textausgabe, Bd. V, Kants Werke, de Gruyter, Berlin 1968, V, p. 78, Kant, I., *Critica della ragion pratica*, (tr.it. da V. Mathieu), Bompiani, Milano 2017, p. 165.

⁹⁸ Sullo statuto della legge morale e il ruolo del rispetto cfr. Chierighin F., *Il problema della libertà in Kant*, Verifiche, Trento, 1991, pp. 63–116; Schadow S., *Achtung für das Gesetz. Moral und Motivation bei Kant*, Vol. 171, Kantstudien-Ergänzungshefte, de Gruyter, Berlin/Boston 2013; Falduto A., *The Faculties of the Human Mind and the Case of Moral Feeling in Kant’s Philosophy*, Bd. 177, Kantstudien-Ergänzungshefte, de Gruyter Berlin/Boston 2014, 177, pp. 217–238.

⁹⁹ Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, cit., V, p. 76, Kant, *Critica della ragion pratica*, cit., p. 169.

¹⁰⁰ Heidegger M., *Die Grundprobleme der Phänomenologie*, Klostermann, Frankfurt a.M. 1975, p. 191, Heidegger M., *I problemi fondamentali della fenomenologia*, (tr. it. A. Fabris), Il melangolo, Genova 1999, p. 129.

La disciplina che la libertà della legge morale impone è durissima: essa infatti richiede che vengano tenuti a freno tutti quegli impulsi che vengono a condensarsi nell'amore di sé e nella superbia, e che portano l'individuo a fare di sé e del proprio arbitrio "il motivo determinante oggettivo della volontà in genere"¹⁰¹, fino a elevarlo a principio supremo dell'azione. Il sentimento del rispetto è ciò che consente che questa battuta d'arresto non si traduca in una paralisi dell'azione, ma che il soggetto si determini ad agire in virtù di qualcosa che non si lascia ridurre al piano degli interessi particolari e che è quindi la condizione alla quale è possibile prospettare una regola concreta dell'azione – una massima – che valga intersoggettivamente, fino al limite della sua universalizzabilità.

Mi sembra che, relativamente alle questioni che sono qui in discussione, sia da tenere in massimo conto il fatto che nella *Achtung* si dia a vedere una forma di affetto che, a differenza dei sentimenti empirici che possono cogliere solo valori relativi e condizionati, è capace dell'incondizionato¹⁰² e che proprio per questo rende possibile l'attuazione concreta, in una scelta d'azione, dell'autonomia della ragione. La configurazione del sentimento del rispetto, in altri termini, è quella di un movente che, nel suo essere massimamente soggettivo, è tuttavia indirizzato a ciò che, per la ragione stessa, è talmente oggettivo da presentarsi come un fatto, anzi come l'unico vero "Factum der reinen Vernunft"¹⁰³, l'unico fatto della ragione pura.

La pregnanza della *Achtung*, laddove si tratta di valorizzare la funzione normativa della componente emotiva della decisione giudiziale, risulta rafforzata se si presta attenzione ad un altro degli elementi che concorrono a definire il significato, in particolare quell'elemento che porta Kant a indicare nella *reverentia* il corrispettivo del termine tedesco¹⁰⁴. Come noto, infatti, *reverentia* è a sua volta la traduzione dei termini greci *aidos* ed *eulabeia*. Se entrambi indicano quell'atteggiamento di pudore, circospezione e timore reverenziale che connotano il timore di Dio, in particolare il termine *aidos* è riservato per qualificare tutto ciò che deriva da questo atteggiamento dell'uomo nei confronti della divinità, ossia: "l'osservazione dei vincoli superindividuali, il timore nei confronti di ciò che va oltre il *metron*"; come tale, *aidos* è "rispetto per la giustizia (*dike*) e per le leggi della *polis* e ha come suo contrario la violenza (*hybris*)"¹⁰⁵.

Per quanto possa apparire banale ricordarlo, nel contesto della decisione

¹⁰¹ Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, cit., V, p. 74, Kant, *Critica della ragion pratica*, cit., p. 165.

¹⁰² Per questa funzione 'valutativa' del rispetto cfr. Goy I., *Immanuel Kant über das moralische Gefühl der Achtung*, in *Zeitschrift für philosophische Forschung*, 2007, 61, 3, pp. 337–360.

¹⁰³ Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, cit., V, p. 31, Kant, *Critica della ragion pratica*, cit., p. 89.

¹⁰⁴ Kant, *Metaphysik der Sitten*, cit., VI, p. 402, Kant., *La metafisica dei costumi*, cit., p. 255.

¹⁰⁵ Menegoni F., *Critica del giudizio. Introduzione alla lettura*, La Nuova Italia Scientifica, Roma 1995, p. 99. Sul termine *aidos* si veda, più diffusamente, Cairns D. L., *Aidōs. The Psychology and Ethics of Honour and Shame in Ancient Greek Literature*, Oxford University Press, Oxford 1993.

giudiziale il primo e fondamentale atto di *hybris* starebbe proprio nel trascurare il fatto che se c'è un giudice è perché c'è una controversia e che ciò su cui il giudice deve prendere la decisione è proprio sugli esiti del confronto dialettico fra le parti. Così, con una certa elasticità, l'esigenza che venga garantita l'imparzialità della decisione può essere letta come la trasposizione nell'aria densa e spessa dell'esperienza giuridica di quanto si dà a vedere nell'atmosfera tersa della fondazione della morale, ovvero sia l'esigenza di una decisione che non si lasci condizionare da fattori (interessi, preferenze, scopi, pressioni) precostituiti e in questo senso esterni all'ambito definito e articolato dalle ragioni invocate ed esibite dalle parti all'interno del quadro giuridico di riferimento, una decisione che possa essere presa sulla base di ciò che ha sostenuto e superato la dialettica del contraddittorio¹⁰⁶.

Se vi sia uno stato emotivo adeguato a sostenere lo sforzo richiesto da una decisione imparziale siffatta, credo che i suoi tratti identificativi non possano scostarsi molto da quelli con cui Kant delinea il sentimento del rispetto. In altri termini, l'imparzialità richiede una certa qual forma di autonomia che il modello offerto dal sentimento del rispetto sembra consentire si attui sotto vari profili anche nell'ambito specifico della controversia.

In primo luogo, esso è in grado di operare come movente soggettivo, ma non soggettivistico, dal momento che impone una battuta d'arresto proprio a quelle pulsioni o inclinazioni egoistiche che caratterizzano ogni chiusura autoreferenziale dell'individuo. In tal modo il rispetto manifesta e attua come condizione dell'autonomia il fatto che la soggettività del decidente, il suo "amor proprio" e la sua "superbia" – cioè la pretesa di erigere il proprio punto di vista a fondamento della decisione – vengano inibiti.

Al contempo, poiché esso porta ad effetto la capacità della ragione di essere per se stessa pratica, esso si presenta come un sentimento che dà il massimo impulso alla piena realizzazione delle potenzialità della ragione. Come la *Achtung* in ambito morale indirizza a considerare qual unico motivo la legge morale, ossia quello che per Kant configura l'unico fatto della ragione, così il movente soggettivo della decisione deve essere capace di indirizzare il decidente solo a ciò che dà prova di resistere ai tentativi di confutazione e non lascia adito ad alcun ragionevole dubbio. In questo modo, ciò in base a cui il decisore decide non è l'autoreferenzialità della propria volontà, ma qualcosa che gli si presenta come un 'fatto' razionalmente innegabile, perché 'fattosi' attraverso il confronto dialettico fra le parti.

Su queste basi, pare venire meno anche la distinzione fra ciò che è 'soggettivamente' vantaggioso per il decisore da ciò che è 'oggettivamente' vantaggioso

¹⁰⁶ Sul tema, cfr. Sommaggio P., *Contraddittorio Giudizio Mediazione. La danza del demone mediano*, FrancoAngeli, Milano 2012.

per la decisione. La decisione, piuttosto, si configura come qualcosa che è possibile solo dall'armonizzarsi dei diversi lati, qualcosa che, nella sua complessità, abbisogna dell'accordo di soggettivo e oggettivo e, in questo senso, si costituisce sin da principio come la sintesi di processo e risultato. Il paradigma concettuale del rispetto, infatti, è quello di una componente affettiva che non si sostituisce né alla intellesione né alla volontà, ma appresta le condizioni per l'incontro della componente cognitiva e di quella conativa senza del quale non può avere propriamente luogo alcuna decisione razionale. Esso fornisce il modello di un certo modo d'essere dell'affettività che, lungi dall'ottenebrare le capacità critiche necessarie per ogni buona decisione, rende al contempo possibile il loro incontro con l'energia impulsiva necessaria laddove ci si risolve per porre in essere quella norma particolare e concreta che è costituita dalla decisione giudiziale.

7. Una conclusione

Una rapida ricapitolazione del cammino percorso può essere d'aiuto, a questo punto, per trarre le fila del discorso fin qui svolto.

Come si è visto, è da tempo in atto un generale ripensamento del ruolo che le emozioni hanno nello svolgimento delle normali attività di ciascun individuo. In particolare, sulla spinta anche di cospicue e accreditate ricerche in ambito neuroscientifico, si è fatta via via sempre più strada la convinzione che le emozioni, lungi dall'essere degli agenti di disturbo della decisione razionale, ne siano invece un momento integrante.

Da almeno due decenni fioriscono studi volti ad esplorare le conseguenze che ciò può avere nel contesto giuridico e, soprattutto in ambito di *common law*, vi sono numerosi studi dedicati in modo specifico alla decisione giudiziale: la sua rilettura attraverso questi nuovi strumenti ermeneutici, infatti, viene vista come una via per ripensare non solo il tipo di dinamiche sottese ai processi decisionali, ma addirittura per ridiscutere la ragion d'essere del diritto.

Pur tra le differenze che caratterizzano i vari approcci e le molte prese di posizione, il ruolo delle emozioni appare caratterizzato da un triplice profilo, che può essere sintetizzato come fisiologico, patologico e deontologico o normativo. Come si è visto, è proprio quest'ultimo a rivestire un particolare interesse perché viene presentato – da alcuni – come la via per mettere definitivamente in discussione un certo modello di diritto quale ambito dominato da una razionalità asettica, di tipo vagamente formalistico, incapace di dare risposte soddisfacenti alle concrete istanze della società, di cui il giudice deve invece farsi interprete proprio nel momento in cui pone in essere la norma del caso.

Dati questi presupposti, non stupisce allora che siano in atto tentativi di definire quali siano le emozioni appropriate, cioè quali emozioni debbano au-

spicabilmente essere presenti al fine di conseguire questo risultato. Tuttavia, come si è avuto modo di vedere, un tratto distintivo delle proposte in campo è quello di configurare delle componenti affettive che non possono essere poste a presidio di un giudizio imparziale, ossia di un giudizio il cui esito decisionale non sia l'imposizione del punto di vista particolare di un determinato soggetto che si intesta di essere o il depositario di un comune sentire o il garante di un assetto assiologico indiscutibile.

Anche laddove si fa ricorso alla nozione di empatia, si paga il prezzo di confinare il fenomeno emotivo alla pura dimensione psicologica, trascurandone la sua valenza ontologica o esistenziale, cosicché viene persa di vista quella originaria e strutturale apertura all'incontro intersoggettivo di cui esso è invece una manifestazione. Il fenomeno giuridico, nel suo complesso, non appare caratterizzato da tratti distintivi radicalmente diversi da quelli in cui lo ha modellato l'individualismo moderno, né la decisione giudiziale pare arricchirsi di tratti particolarmente innovativi: anzi, essa semmai viene ad essere il momento, invero inquietante, in cui domina il soggettivismo più sfrenato, il cui unico vincolo resta quello dell'obbligo di motivazione.

Su queste basi, lavorando sul modello kantiano del sentimento del rispetto, si è cercato così di configurare un tipo di fenomeno affettivo che, nel suo essere indubbiamente e indiscutibilmente soggettivo, non sia però soggettivistico, dal momento che la sua primaria funzione è quella di inibire la pretesa di elevare il proprio punto di vista a unico criterio a cui informare la decisione. Come si è visto, esso pare particolarmente adatto ad apparecchiare le condizioni soggettive perché venga valorizzato, ai fini della decisione, il contraddittorio fra le parti. Al centro del giudizio viene così rimesso ciò da cui tale giudizio ha tratto impulso e ciò in virtù di cui esso esiste, ossia una controversia che si svolge nel confronto fra opposte ragioni di fronte a qualcuno che è non solo terzo nei fatti o nel ruolo, ma è terzo anche nel suo *habitus* mentale in quanto non prende le parti di nessuno, né dei contendenti né di un supposto 'sentire comune', ma piuttosto si dispone ad accogliere solo ed esclusivamente ciò che si fa avanti con la forza della sua innegabilità.

Bibliografia

- Abrams K., H. Keren, *Who's Afraid of Law and the Emotions?*, in *Minnesota Law Review*, 2010, 94, pp. 1997–2074.
- Bandes S., *Introduction*, in *The Passions of Law*, a cura di Bandes S., New York University Press, York and London 1999, pp. 1–15.
- Bandes S., *Empathetic judging and the rule of law*, in *Cardozo Law Review De Novo*, 2009, 63, pp. 133–148.

- Bandes S., Blumenthal J. A., *Emotion and the Law*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 2012, 8, 1, pp. 161–181.
- Beccaria C., *Dei delitti e delle pene*, Mondadori, Milano 1999.
- Ben-Ze'ev A., *The Thing Called Emotion*, in *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion*, a cura di Peter Goldie, Oxford University Press, Oxford 2010, pp. 41–61.
- Bergman Blix S., Wettergren Å., *A Sociological Perspective on Emotions in the Judiciary*, in *Emotion review*, 2016, 8, 1, pp. 32–37.
- Bornstein B. H., Wiener R. L. (a cura di), *Emotion in Legal Judgment and Decision Making*, in *Law and Human Behavior*, 2006, 30, pp. 115–248.
- Bornstein B. H., Wiener R. L., *Introduction to the Special Issue on Emotion in Legal Judgement and Decision Making*, in *Law and Human Behavior*, 2006, 30, pp. 115–118.
- Brožek B., *Le emozioni giuridiche*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2014, III (numero speciale), pp. 107–130.
- Cairns D. L., *Aidōs. The Psychology and Ethics of Honour and Shame in Ancient Greek Literature*, Oxford University Press, Oxford 1993.
- Callegari A., *Il giudice fra emozioni, biases ed empatia*, Aracne, Roma 2017.
- Canale D., *Il ragionamento giuridico*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di Pino G., Schiavello A., Villa V., Giappichelli, Torino 2013, pp. 316–351.
- Cavalla F., *L'origine e il diritto*, FrancoAngeli, Milano 2017.
- Celano B., *Ragionamento giuridico, particolarismo. In difesa di un approccio psicologico* in *Rivista di filosofia del diritto*, 2017, VI, 2, pp. 315–344.
- Chiereghin F., *Il problema della libertà in Kant*, Verifiche, Trento 1991.
- Chiereghin F., *La «Fenomenologia dello spirito di Hegel». Introduzione alla lettura*, La Nuova Italia Scientifica, Roma 1994.
- Chiereghin F., *L'eco della caverna. Ricerche di filosofia della logica e della mente*, Il Poligrafo, Padova 2004.
- Chiereghin F., *Emozione, comprensione e azione nell'opera d'arte*, in *Verifiche*, 2011, XL, 1–3, pp. 63–121.
- Chin D., *Sentencing: a Role for Empathy*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2012, 160, 6, pp. 1561–1584.
- Civinini M. G., *Tono di voce incalzante e atteggiamento partecipativo e il giudice viene ricusato!!*, in *Questione Giustizia*, 2014, <http://questionegiustizia.it>. (cons. 26.06.2018).
- Damasio A. R., *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, (tr. it. F. Macaluso, I. C. Blum), Adelphi, Milano 1995.
- Damasio A. R., *The Feeling of What Happens. Body and Emotion in the Making of Consciousness*, Harcourt, Orlando 1999.

- Damasio A. R., *Emozione e coscienza*, (tr. it. S. Frediani), Adelphi, Milano 2000.
- Damasio A. R., *Alla ricerca di Spinoza. Emozioni, sentimenti e cervello*, (tr. it. I. C. Blum), Adelphi, Milano 2003.
- Damasio A. R., *Looking for Spinoza. Joy, Sorrow and the Feeling Brain*, Harcourt Orlando 2003.
- Damasio A. R., *Descartes' Error. Emotion, Reason and the Human Brain*, Penguin Putnam, New York 2005.
- Damasio A. R., *Self Comes to Mind: Constructing the Conscious Brain*, Pantheon, New York 2010.
- Deigh J., *Empathy, Justice, and Jurisprudence*, in *The Southern Journal of Philosophy*, 2011, 49, pp. 73–90.
- Di Giovine O., *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli, Torino 2009.
- Falduto A., *The Faculties of the Human Mind and the Case of Moral Feeling in Kant's Philosophy*, Bd. 177. Kantstudien-Ergänzungshefte, de Gruyter Berlin/Boston 2014.
- Ferrajoli L., *Deontologia giudiziaria*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2013, 13, pp. 497–511.
- Forza A., Menegon G., Rumiati R., *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Il Mulino, Bologna 2017.
- Fuselli S., *Le emozioni nell'esperienza giuridica: l'impatto delle neuroscienze*, in *Il diritto nelle neuroscienze. Noi non «siamo» i nostri cervelli*, a cura di Palazzani L., Zannotti R., Giappichelli, Torino 2013, pp. 53–77.
- Fuselli S., *Diritto neuroscienze filosofia. Un itinerario*, FrancoAngeli, Milano 2014.
- Fuselli S., *Logoi enuloi. Aristotle's Contribution to the Contemporary Debate on Emotions and Decision-Making*, in *Aristotle on Emotions in Law and Politics*, a cura di Huppel-Cluysenaer L., Coehlo N. M. M. S., Law and Philosophy Library, Springer Switzerland 2018, pp. 91–111.
- Galuppo M., *Law and Emotion: How Empathy Forms the Judges' Sense of Justice*, in SSRN Scholarly Paper ID 2627363. Rochester 2015, NY: Social Science Research Network. <https://papers.ssrn.com/abstract=2627363>. (cons. 26.06.2018).
- Goy I., *Immanuel Kant über das moralische Gefühl der Achtung*, in *Zeitschrift für philosophische Forschung*, 2007, 61, 3, pp. 337–360.
- Grossi R., *Understanding Law and Emotion*, in *Emotion Review*, 2015, 7, 1, pp. 55–60.
- Hänni J., *Phänomenologie der juristischen Entscheidung. Zur Bedeutung des Gefühls in der praktisch-juristischen Argumentation*, in *Recht und Emotion I. Verkannte Zusammenhänge*, a cura di Hilge Landweer e Dirk Koppelberg, Neue Phänomenologie, Karl Alber, Freiburg-München 2016, pp. 227–248.

- Heidegger M., *Die Grundprobleme der Phänomenologie*, Klostermann, Frankfurt a.M. 1975.
- Heidegger M., *Prolegomena zur Geschichte des Zeitbegriffs*, Klostermann, Frankfurt a.M. 1975.
- Heidegger M., *Essere e tempo*, (tr. it. P. Chiodi), Longanesi, Milano 1976.
- Heidegger M., *Die Grundbegriffe der Metaphysik. Welt – Endlichkeit – Einsamkeit*, Klostermann, Frankfurt a.M. 1983.
- Heidegger M., *Concetti fondamentali della metafisica. Mondo – Finitezza – Solitudine*, (Tr. it. C. Angelino), Il melangolo, Genova 1999.
- Heidegger M., *I problemi fondamentali della fenomenologia*, (tr. it. A. Fabris), Il melangolo, Genova 1999.
- Heidegger M., *Prolegomeni alla storia del concetto di tempo*, (tr. it. R. Cristin, A. Marini), Il melangolo, Genova 1999.
- Heidegger M., *Sein und Zeit*, 19° ed., Niemeyer, Tübingen 2006.
- Kant, I., *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, Akademie-Textausgabe, Bd. IV, Kants Werke, de Gruyter, Berlin 1968.
- Kant, I., *Kritik der praktischen Vernunft*, Akademie-Textausgabe, Bd. V, Kants Werke, de Gruyter, Berlin 1968.
- Kant, I., *Metaphysik der Sitten*, Akademie-Textausgabe, Bd. VI, Kants Werke, de Gruyter, Berlin 1968.
- Kant, I., *La metafisica dei costumi*, a cura di Nicolao Merker, (tr. G. Vidari), Laterza, Roma-Bari 1983.
- Kant, I., *Fondazione della metafisica dei costumi*, (tr. V. Mathieu), Rusconi, Milano 1994.
- Kant, I., *Critica della ragion pratica*, (tr. da V. Mathieu), Bompiani, Milano 2017.
- Kersch K. I., *Systems and Feelings*, in *Nomos*, 2013, 53, pp. 289–303.
- Landweer H., Koppelberg D. (a cura di), *Recht und Emotion I. Verkannte Zusammenhänge*, Vol. 26, Neue Phänomenologie, Karl Alber, Freiburg-München 2016
- Landweer H., Koppelberg D. (a cura di), *Recht und Emotion II. Sphären der Verletzlichkeit*, Vol. 28, Neue Phänomenologie, Karl Alber, Freiburg und München 2017.
- Maroney T. A., *Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field*, in *Law and Human Behavior*, 2006, 30, pp. 119–142.
- Maroney T. A., *The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion*, in *California Law Review*, 2011, 99, pp. 629–682.
- Maroney T. A., *Angry judges*, in *Vanderbilt Law Review*, 2012, 65, 5, pp. 1207–1286.
- Maroney T. A., *A Field Evolves: Introduction to the Special Section on Law and Emotion*, in *Emotion review*, 2016, 8, pp. 3–7.

- Maroney T. A., *Judicial Emotion as Vice or Virtue: Perspectives both Ancient and New*, in *Aristotle on Emotions in Law and Politics*, a cura di L. Huppès-Cluysenaer, N. M. M. S. Coehlo, Law and Philosophy Library, Springer Switzerland 2018, pp. 11–26.
- Menegoni F., *Critica del giudizio. Introduzione alla lettura*, La Nuova Italia Scientifica, Roma 1995.
- Meyler B., *Equity over Emptat*, in *Nomos*, 2013, 53, pp. 315–330.
- Moro P., Sarra C., *Introduzione*, in *Positività e giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, a cura di P. Moro, C. Sarra, FrancoAngeli, Milano 2012, pp. 7–14.
- Nussbaum M. C., *Upheavals of Thought. The Intelligence of Emotions*, Cambridge University Press, Cambridge 2001.
- Nussbaum M. C., *L'intelligenza delle emozioni*, (tr. it. R. Scognamiglio), Il Mulino, Bologna 2004.
- Papaux A., *Un droit sans émotions. Iram non novit jus: esquisse des rapports entre sciences et droit*, in *Revue européenne des sciences sociales. European Journal of Social Sciences*, 2009, XLVII, 144, pp. 105–119.
- Pillsbury S. H., *Harlan, Holmes, and the Passions of Justice*, in *The Passion of Law*, a cura di S. Bandes, New York University Press New York and London 1999, pp. 330–362.
- Posner E. A., *Law and the emotions*, a cura di University of Chicago Law School, Occasional papers from the Law School, the University of Chicago, Chicago 2001, Ill.: University of Chicago Law School. <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/unchoocp42&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/unchoocp>. (cons. 26.06.2018).
- Posner R. A., *Emotion versus Emotionalism in Law*, in *The Passions of Law*, a cura di S. A. Bandes, New York University Press, New York and London 1999, pp. 309–329.
- Rapp C., *Dispassionate Judges Encountering Hotheaded Aristotelians*, in *Aristotle on Emotions in Law and Politics*, a cura di L. Huppès-Cluysenaer, N. M. M. S. Coehlo, Law and Philosophy Library, Springer Switzerland 2018, pp. 27–49.
- Rignano E., *Psicologia del ragionamento*, Zanichelli, Bologna 1920.
- Salomon E., *Le juge pénal et l'émotion*, Thèse pour le Doctorat en Droit, en sociologie du droit, droit pénal et procédure pénale, Université Panthéon-Assas – Ecole doctorale de droit privé (Paris 2), 2015.
- Schadow S., *Achtung für das Gesetz. Moral und Motivation bei Kant*, Bd. 171, Kantstudien-Ergänzungshefte, de Gruyter, Berlin/Boston 2013.
- Sellers M. N. S. (a cura di), *Law, Reason, and Emotion*, Cambridge University Press, Cambridge 2017.
- Sellers M. N. S., *Law, Reason, and Emotion*, in *Law, Reason and Emotion*, a cura

- di M. N. S. Sellers, Cambridge University Press, Cambridge 2017, pp. 11–31.
- Sommaggio P., *Contraddittorio Giudizio Mediazione. La danza del demone mediano*, FrancoAngeli, Milano 2012.
- de Sousa R., *Emotion*, a cura di Edward N. Zalta. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017, <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/emotion/> (cons. 26.06.2018).
- Theis R., *Respect de la loi, respect de la personne: Kant*, in *Revue Philosophique de Louvain*, 2005, 103, 3, pp. 331–346.
- West R., *The Anti-Empathic Turn*, in *Nomos*, 2013, 53, pp. 243–288.
- Wiener R. L., Bornstein B. H., Voss A., *Emotion and the Law: A Framework for Inquiry*, in *Law and Human Behavior*, 2006, 30, pp. 231–248.
- Wristich A. J., Rachlinski J. J., Guthrie C., *Heart Versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings?*, in *Texas Law Review*, 2014, 98, 855, pp. 317–330.
- Zanuso F., *Autonomia, uguaglianza, utilità. Tre paradossi del razionalismo moderno*, in *Custodire il fuoco*, a cura di F. Zanuso, FrancoAngeli, Milano 2013, pp. 15–82.
- Zipursky B. C., *Anti-Empathy and Dispassionateness in Adjudication*, in *Nomos* 2013, 53, pp. 304–314.

Claudio Sarra è professore associato nell'Università di Padova dove insegna Filosofia del diritto e Metodologia e Informatica giuridica. Per Padova University Press, assieme a Daniele Velo Dalbrenta, ha curato il volume *Res Iudicata. Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea* e, assieme a Riccardo Borsari e Luca Sanmicheli, *Homo oeconomicus. Neuroscienze, razionalità decisionale e elemento soggettivo nei reati economici*. Inoltre è tra i promotori e fondatori della nuova rivista interdisciplinare *Journal of Ethics and Legal Technologies*.

M.^a Isabel Garrido Gómez es Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alcalá y Directora de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos. Sus principales líneas de investigación son: el Derecho en la sociedad global, los derechos fundamentales dentro de los Estados sociales y democráticos de Derecho, la democracia en la esfera jurídica, los derechos de la familia y la mujer, la igualdad y no discriminación y la función de los jueces. del Master Universitario en Protección Internacional de los Derechos Humanos.

Parlare di "positività giuridica" significa, in senso generalissimo, discutere del modo in cui si dà nell'esperienza qualcosa che possiamo rilevare intersoggettivamente come "diritto", di come avviene che "si ponga" un certo contenuto giuridico piuttosto che un altro, con quali forme venga rivestito e quali processi, auspicabilmente razionali, individuali o collettivi, siano stati messi in atto per ottenerlo.

In questo lavoro, giusfilosofi di importanti università italiane e spagnole si confrontano con i molti percorsi possibili della positività giuridica, offrendo uno spaccato vivace delle problematiche che il pensiero giuridico contemporaneo si trova ad affrontare per riempire di senso anche i propri concetti primi e per continuare a porsi come punto di riferimento di un'evoluzione equa e razionale del diritto e delle società complesse.

Ciò che emerge chiaramente, pur nella diversità di approcci al tema che gli Autori qui raccolti hanno offerto, è un altissimo grado di interdisciplinarietà che evidenzia il bisogno di una trasformazione culturale del giurista contemporaneo, chiamato ad un allargamento dei suoi saperi di base, sia per la miglior comprensione dei fondamenti teorici del suo stesso sapere che per consentire il dialogo con il complesso delle comunità che con lui operano nella costruzione sociale

€ 40,00

ISBN 978-88-6938-142-3



9

788869

381423