

Problemi fondamentali dell'empatia ed esperienza costituzionale americana

di Alessandra Callegari

Ph.D. in Giustizia costituzionale e Diritti fondamentali
Tutor di Filosofia del diritto e Metodologia e logica giuridica
Università di Ferrara, sede di Rovigo

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La natura dell'empatia – 2.1 L'empatia emotiva e la compassione – 2.2 L'empatia cognitiva – 3. Il rapporto tra empatia ed emozioni nel costituzionalismo americano – 3.1 L'*anti-Empathic Turn* – 3.2 Il movimento *law and emotion* – 4. Conclusioni

1. Introduzione

Il dibattito teorico-giuridico sviluppatosi negli Stati Uniti da ormai una decina d'anni, relativo al ruolo dell'empatia nel giudizio giurisdizionale ha implementato, da un lato, la discussione su un concetto di cui si stanno occupando numerose discipline, dall'altro, ha rinnovato l'interesse verso temi quali l'intersoggettività e il rapporto con l'altro.

L'analisi di tale nozione si inserisce a sua volta all'interno della più ampia discussione relativa agli spazi della discrezionalità interpretativa e probatoria nell'esercizio del potere giurisdizionale, ed è ulteriormente complicata da una comprensione non

condivisa ed elusiva di tale termine. Per tali motivi, è necessario considerare con maggiore precisione terminologica tale nozione essenzialmente contestabile¹.

In questo lavoro tenterò di passare in rassegna i principali problemi teorici posti dalla figura dell'empatia, a partire da quello, pregiudiziale, della sua definizione.

Pertanto, dopo una breve disamina, per quanto possibile interdisciplinare, circa il rapporto tra empatia ed emozioni (§. 2), e dopo aver individuato le possibili sfumature che tale termine può acquisire in una discussione interdisciplinare, il discorso si focalizzerà sui caratteri del fenomeno empatico nell'ambito del costituzionalismo americano (§. 3).

Tale analisi rimanda al tentativo di individuare una compatibilità tra l'empatia e i principi di *rule of law*, e pertanto di sostenere che l'adozione, da parte del giudice, di una prospettiva *perspective taking*, rappresenta una condizione per limitare i *biases* cognitivi cui lo stesso, in quanto essere umano, è inevitabilmente soggetto, e permette di garantire l'imparzialità e la correttezza della decisione giudiziaria. Non proseguirò qui, su quest'ultima linea di riflessione.

L'oggetto di questo saggio sarà invece la specificazione del tipo di empatia che il giudice può utilizzare nel processo, e la sua distinzione rispetto ad altri termini con cui essa può venire confusa. A tal fine, mi soffermerò sui caratteri dell'empatia cognitiva o intellettuale, lasciando sullo sfondo il problema più generale della tenuta concettuale della stessa in ambito di teoria del giudizio².

Credo comunque che l'analisi qui svolta, se accurata, possa fornire elementi utili anche per il problema più generale, qui non affrontato, del ragionamento dei giudici.

In relazione alla prospettiva qui adottata, ossia principalmente quella di teoria del diritto, le riflessioni svolte in questa sede non avranno come punto di riferimento esclusivo una specifica esperienza giuridica. Più precisamente, pur prendendo spunto inevitabilmente dall'esperienza costituzionale americana, le osservazioni che svolgerò potranno essere estese ad esperienze giuridiche caratterizzate dal principio della legali-

¹ La locuzione *essentially contested concepts* è stata introdotta in W.B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56, 1955-1956, pp. 167-198.

² Il lavoro che si presenta costituisce una proiezione sintetica di una sezione di un più ampio progetto di studio e di ricerca in cui si proporrà una ricostruzione epistemologica alternativa del ragionamento dei giudici, basata sulla valorizzazione della dimensione fattuale di ogni giudizio, in cui l'empatia cognitiva assume il compito di limitare i *biases* cognitivi che possono condizionare il lavoro dell'interprete. Per un'analisi completa della discussione, si rimanda a A. Callegari, *Il giudice tra empatia, biases ed emozioni*, Aracne, Roma, 2017.

tà nella giurisdizione, entro le quali tutti i poteri sono soggetti alla legge e l'applicazione del diritto è separato e indipendente dalla sua produzione.

2. La natura dell'empatia

Schematicamente, nel dibattito teorico interdisciplinare relativo alla definizione dell'empatia si può individuare una famiglia di orientamenti che afferma una distinzione forte (qualitativa, ontologica, logica, etc.) tra empatia e processi affettivi, una famiglia di orientamenti che ne individua invece una distinzione debole (quantitativa, di grado) e infine alcuni approcci che identificano l'empatia con un fenomeno affettivo.

Le teorie della distinzione forte si basano sull'idea che esistano determinate caratteristiche, costantemente esibite dall'empatia, come costrutto cognitivo, necessarie e sufficienti a distinguerla dai fenomeni affettivi. In particolare, tale distinzione fa riferimento a differenze di tipo ontologico, per cui empatia ed emozioni sono due esperienze distinte che vanno indagate ciascuna secondo i propri principi³.

Tali teorie rimandano al concetto di *cold empathy*⁴, intendendo con quest'ultima la capacità cognitiva di comprendere la prospettiva dell'altro, gli stati mentali altrui, che non richiede una risposta emotiva⁵.

Ad esempio, in ambito psicologico, Lauren Wispé ha lavorato molto per tenerle rigorosamente separate, distinguendo tra la natura cognitiva dell'empatia rispetto alla connotazione affettiva della simpatia. Wispé definisce l'empatia come conoscenza dell'altro e delle esperienze, positive o negative, che sta vivendo, mentre la simpatia consiste nel-

³ Sulla differenza ontologica tra empatia ed emozioni, si veda: G.A. Gladstein, *Understanding Empathy: Integrating, Counseling, Developmental, and Social Psychology Perspectives*, in *Journal of Counseling Psychology*, 30, 1983, pp. 467-482.

⁴ Il termine "cold empathy" è stato coniato da Taslitz. Cfr. A.E. Taslitz, *Why Did Tinkerbell Get Off So Easy?: The Roles of Imagination and Social Norms In Excusing Human Weakness*, in *Texas Tech Law Review*, 42, 2009, p. 438.

⁵ Tra gli esponenti di questo orientamento: R. Hogan, *Development of an Empathy Scale*, in *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 33, 1969, pp. 307-316; E.A. Weinstein, *The Development of Interpersonal Competence*, in D.A. Goslin (Ed.), *Handbook of Socialization Theory and Research*, Rand McNally, Chicago, 1969; G.T. Barrett-Lennard, *Dimensions of Therapist Response as Causal Factor in Therapeutic Change*, in *Psychological Monographs*, 76, 1962, pp. 1-33; Id., *The Empathy Cycle: Refinement of a Nuclear Concept*, in *Journal of Counseling Psychology*, 28, 1981, pp. 91-100; H. Borke, *Interpersonal Perception of Young Children: Egocentrism or Empathy?*, in *Developmental Psychology*, 5, 1971, pp. 263-269; H. Kohut, *Narcisismo e analisi del sé* [1971], Bollati Boringhieri, Torino, 1976; C. Rogers, *Rogers, Kohut and Erickson: A Personal Perspective on Some Similarities and Differences*, in *Person-Centered Review*, 1(2), 1986, pp. 125-140.

la relazione emotiva alla situazione dell'altro che tende a suscitare una risposta in termini di azione⁶.

Anche il filosofo Stephen Darwall distingue tra l'empatia come capacità di comprendere gli stati mentali altrui, in modo neutro, senza sentirsi necessariamente coinvolto o positivo nei confronti dell'altro (anzi, posso capire l'altro e divenire, sulla base di tale comprensione, addirittura sadico nei suoi confronti)⁷, e la simpatia come interesse al benessere dell'altro, come un prendersi cura del suo stato, muovendo dalla prospettiva della terza persona⁸.

In ambito sociologico, Candace Clark, riprendendo gli studi di Mead, Stark e Lerner, afferma che l'empatia, distinguendosi dalla simpatia, intesa come emozione, rappresenta un processo esperienziale con cui "leggiamo" la mente degli altri attraverso un *role taking* cognitivo⁹.

A differenza delle teorie della distinzione, quelle che rinvergono una connessione tra empatia ed emozioni si basano sull'osservazione che, a ben vedere, l'empatia sembra possedere in qualche misura, sia componenti affettive, sia elementi cognitivi¹⁰. Secondo tale posizione, i termini di empatia cognitiva ed empatia affettiva non sono affatto precisi e mancano di efficacia descrittiva, al punto di creare un ulteriore elemento di confusione, perché rischiano di rappresentare una falsa dicotomia.

Infine, secondo un ulteriore approccio il termine empatia indica il processo di condivisione vicaria delle emozioni, che non richiede l'utilizzo di meccanismi mentali più

⁶ L. Wispé, *The Distinction Between Sympathy and Empathy: To Call Forth a Concept, A Word Is Needed*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 50(2), 1986, pp. 314-321.

⁷ In tal senso, cfr. S.A. Bandes, *Empathy, Narrative and Victim Impact Statement*, in *University of Chicago Law Review*, 1996, pp. 380-381.

⁸ S. Darwall, *Empathy, Sympathy, Care*, in *Philosophical Studies*, 89(2-3), 1998, pp. 261-282.

⁹ Secondo Clark il processo simpatetico con cui è possibile sperimentare il rapporto con l'altro è composto di tre tipi di empatia: *empathy* o *role taking*, empatia fisica ed empatia emotiva o simpatia. L'empatia è una preconditione sia per la simpatia, sia per l'empatia fisica. C. Clark, *Misery and Company: Sympathy in Everyday Life*, The University Of Chicago Press, Chicago and London, 1997, pp. 34-38.

¹⁰ Sostengono tale approccio i seguenti autori: M.L. Hoffman, *Empathy, its Development and Prosocial Implications*, in C.B. Keasey (Ed.), *Nebraska Symposium on Motivation*, 25, 1978, pp. 169-218; G.H. Bower, *Affect and Cognition. Philosophical Transactions of the Royal Society of London, Series B*, 302, 1985, pp. 387-403.

elevati, quali ragionamenti logici o catene di inferenze¹¹. Tale approccio adotta pertanto il concetto di *hot empathy*¹².

Vi sono buone ragioni per ritenere che tutti i tentativi finora esperiti di tracciare una distinzione netta, qualitativa, tra empatia ed emozioni, siano falliti. E tuttavia non mi sembra opportuno eliminare la categoria dell'empatia dal discorso giuridico.

Piuttosto, la nozione di empatia cognitiva, che evita di venire "travolta" dall'emozione osservata, permettendo di distinguere tra il sé e l'altro, e la distinzione tra empatia ed emozioni hanno un'indubbia utilità euristica e descrittiva, ed è opportuno mantenerle, a condizione che tanto la nozione, quanto la distinzione, siano liberate da alcuni equivoci.

Dunque, nel tentativo di minimizzare la confusione terminologica tra empatia ed emozioni, proseguirò scegliendo di adottare una versione forte della teoria della distinzione tra empatia e fenomeni affettivi, al fine di ridurre quella instabilità di significato che tale termine naturalmente possiede¹³.

In particolare, per ragioni di studio e di maggiore chiarezza, descriverò separatamente i processi affettivi e cognitivi che caratterizzano l'empatia, che da un lato contribuiscono a ridurre l'alone semantico attorno a tale concetto ma che contemporaneamente ne confermano la multidimensionalità che lo contraddistingue. Pertanto, dopo una breve analisi relativa ai caratteri peculiari dell'empatia emotiva che può divenire compassione (§. 2.1), e dell'empatia intellettuale (§. 2.2), proseguirò scegliendo di adottare una distinzione forte tra empatia ed emozioni, in quanto fenomeni indipendenti, e analizzerò l'applicazione dell'empatia cognitiva nell'ambito del costituzionalismo americano (§. 3).

¹¹ Tra gli esponenti di questo orientamento: A. Mehrabian e N. Epstein, *A Measure of Emotional Empathy*, in "Journal of Personality", 40, 1972, pp. 525-543; S. Langer, *Mind: An Essay of Human Feeling*, volumi 1 e 3, John Hopkins University Press, Baltimore, 1967; E. Stotland, *Exploratory Investigations of Empathy*, in L. Berkovitz (Ed.), *Advances in Experimental Social Psychology*, vol. 4, Academic Press, New York, 1969; D. Hume, *Trattato sulla natura umana* [1739-1740], Laterza, Roma-Bari, 1978.

¹² Taslitz ha coniato, accanto al concetto di *cold empathy*, altresì quello di *hot empathy*. A.E. Taslitz, *Why Did Tinkerbelle Get Off So Easy?: The Roles of Imagination and Social Norms In Excusing Human Weakness*, cit., p. 438.

¹³ Daniel Batson ha recentemente distinto otto usi del termine empatia. Cfr. C.D. Batson, *These Things called Empathy: Eight Related but Distinct Phenomena*, in J. Decety, W. Ickes (Eds.), *The Social Neuroscience of Empathy*, MIT Press, Cambridge, 2009, pp. 3-16.

2.1 L'empatia emotiva e la compassione

L'empatia emotiva, o contagio emotivo, consiste nella capacità di *sentire e partecipare* alle emozioni dell'altro, come se queste siano contagiose¹⁴.

L'empatia emotiva, qualificata come una forma primitiva di empatia, si caratterizza per la condivisione vicaria delle emozioni dell'altro, che può verificarsi con l'*identificazione o immedesimazione*, che determina la perdita della distanza tra sé e l'altro. Altro elemento dell'empatia emotiva e che funge da suo precursore, è rappresentato dalla cd. empatia fisica, cioè un atto intuitivo immediato e involontario che nasce per imitazione o simulazione mentale, in quanto chi osserva imita le espressioni non verbali dello stato affettivo dell'altro e di conseguenza sperimenta il suo stato emotivo¹⁵.

È possibile individuare i tratti caratteristici dell'empatia emotiva già all'interno della riflessione estetica del XIX secolo, proposta da Robert Vischer¹⁶, che parla di "consentire", che consiste nel proiettare spontaneamente i sentimenti sulle cose che vengono percepite, con una dissoluzione dell'io¹⁷, o sulle persone, nell'ambito della comunicazione intersoggettiva, come sostenuto e sviluppato dal filosofo Theodor Lipps¹⁸.

¹⁴ Hume parla di passioni così *contagious* da passare con la massima facilità da una persona all'altra. Il filosofo scozzese identifica simpatia e contagio affettivo, e osserva che le menti di tutti gli uomini sono molto simili nei loro sentimenti e nelle loro operazioni, di modo che appena uno viene mosso da un'affezione, anche tutti gli altri prendono a provarla. Si precisa che Hume parla di empatia nel senso di "infezione spontanea e immediata" o passione contagiosa, che non ha nulla a che fare con la presa in atto di ragionamenti logici o catene di inferenze. Si pensi al caso dello sbadiglio contagioso, in base al quale la simpatia influisce per Hume sia sul nostro gusto estetico, sia sui nostri sentimenti morali. Cfr. D. Hume, *Trattato sulla natura umana*, cit., *passim*.

¹⁵ Burke afferma che l'empatia si manifesta con un impulso e quindi con una immediatezza che "anticipa" la ragione stessa, e rappresenta la più importante tra le passioni sociali (le altre sono costituite dall'imitazione e dall'ambizione) con la quale è possibile mettersi nei panni degli altri. E. Burke, *A Philosophical Enquiry into the Origin of our Ideas of the Sublime and Beautiful* [1958], Routledge, London, 2009, p. 163.

¹⁶ Robert Vischer elaborò la teoria estetica dell'*Einfihlung*, come "proiezione" di un senso da parte del soggetto in un oggetto. In particolare, l'empatia rappresenta il modo in cui un osservatore percepisce l'opera d'arte che sta contemplando: prova empatia o "si fonde" con essa. Cfr. R. Vischer, *Sul sentimento ottico della forma* [1872], in A. Pinotti (ed.), *Estetica ed empatia. Antologia*, Guerini e Associati, Milano, 1997, pp. 95-140. La definizione di empatia così formulata deriva da ciò che il padre di Robert, Friedrich Theodor Vischer, aveva già definito come "sentir dentro". M. Nicoletti, *Introduzione* in E. Stein, *L'empatia* [1917], Franco Angeli, Milano, 1986, p. 30.

¹⁷ Il termine empatia era stato precedentemente utilizzato anche nella letteratura romantica. Tuttavia, mentre per i romantici l'empatia consisteva nell'immedesimazione totale nella natura, nella teoria vischeriana è la fantasia umana che "sente" la natura e la plasma. Cfr. E. Giusti e M. Locatelli, *L'empatia integrata. Analisi umanistica del comportamento motivazionale nella clinica e nella formazione* [2000], Edizioni Soveria, Roma, 2007, pp. 12-13.

¹⁸ Con l'empatia, secondo Lipps, l'oggetto passa ad un'esistenza non più assoluta ma giocata in termini di relazione. T. Lipps, *Zur einfihlung*, Engelmann, Leipzig, 1913, p. 118.

Quest'ultimo, introducendo il concetto di imitazione interna (*Nachahmung*), riesce ad estendere la relazione empatica soggetto-oggetto al rapporto soggetto-soggetto: l'uomo è portato ad imitare le azioni e gli atteggiamenti altrui, e nel far questo, non solo riproduce gli aspetti manifesti ma anche le emozioni che li accompagnano: ed è in questo modo che riusciamo ad immedesimarci nello stato d'animo dell'altro, fino a metterci nei suoi panni e a comprendere il suo stato mentale.

Uno studio sistematico e critico della nozione di empatia nel senso di contagio emotivo à la Lipps è iniziato nei primi anni del XX secolo, ad opera di Sigmund Freud¹⁹ e, dopo di lui, da parte delle diverse scuole psicoanalitiche, ma anche degli psicologi delle emozioni, dello sviluppo e degli psicoterapeuti²⁰.

In ambito storiografico, l'empatia come *identificazione* o *immedesimazione* rimanda sul concetto di *Verstehen*, così come inteso da Georg Simmel nei suoi *Problemi della filosofia della Storia*²¹. In merito il filosofo tedesco è del parere che per comprendere gli stati psichici che hanno motivato gli eventi storici, è necessario immedesimarci nei personaggi, al fine di renderci conto, mettendoci nei loro panni, delle loro motivazioni. Pertanto, i fatti storici sono ricondotti agli atti di coscienza che in quei fatti si sono espressi. Tali atti possono essere da noi compresi solo se sono riprodotti in noi per immedesimazione²².

In senso analogo, per Dilthey comprendere significa riuscire, attraverso la memoria, a "ri-esperire" sentimenti già provati in passato, che possono essere accostati a quelli del soggetto²³. È necessaria pertanto, nelle riflessioni di Dilthey, una vicinanza emotiva con la persona con cui si empatizza, vicinanza che fornisce la possibilità di condividere

¹⁹ Freud indaga l'analogia sussistente tra i processi di identificazione (in cui si ha fusione con la prospettiva e i sentimenti di un'altra persona, tanto da dividerne totalmente il punto di vista) che possono instaurarsi tra il figlio e il padre, o la figlia e la madre, e quelli che si vengono ad istituire tra gli individui che compongono una massa o un elemento affettivo da tutti condiviso: il legame con il capo. Questa è per Freud immedesimazione, o empatia, che riprende dalla definizione fornita da Lipps. Cfr. S. Freud, *Psicologia delle masse e analisi dell'io* [1921], in id., *Opere*, vol. 9, Bollati Boringhieri, Torino, 2000, pp. 257-330.

²⁰ Davis, in particolare, ha tentato di misurare la responsività interpersonale empatica con la predisposizione di questionari. Cfr. M.H. Davis, *Measuring Individual Differences in Empathy: Evidence for a Multidimensional Approach*, in "Journal of Personality and Sociological Psychology", 44, 1983, pp. 113-136; Id., *Empathy: A Social Psychological Approach*, Westview Press, Boulder C.O., 1996.

²¹ G. Simmel, *I problemi di filosofia della storia* [1892], Marietti, Genova, 2001.

²² G. Pinotti, *Empatia, storia di un'idea da Platone al postumano*, Laterza, Bari, 2014, p. 64.

²³ Prima di Dilthey, anche Schleiermacher intende il comprendere come processo di ricostruzione psicologica da parte dell'interprete dei pensieri e delle intenzioni dell'autore di un'opera, scritta o orale. F. Viola e G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione* [1999], Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 120.

immaginativamente il vissuto altrui²⁴. In particolare, egli osserva che il sentimento di *Einfühlung* rafforza la nostra capacità di immedesimarci storicamente. Lo storico opera pertanto in modo analogo ad un poeta, che attraverso l'immaginazione vive esistenze che vanno al di là della sua vita reale.

All'approccio diltheyano si contrappongono i sostenitori del metodo sperimentale, sia nelle scienze naturali, sia nelle scienze umane e sociali. Benjamin, uno dei tanti critici della "deriva psicologista" di Dilthey, afferma che l'adesione a principi metodologici diversi rispetto a quelli delle scienze naturali permette di osservare il mondo da una prospettiva che non è esterna ad ogni punto di vista, e si chiede in particolare, con chi lo storico si immedesima, se con i vincitori della storia o se con i vinti. Egli definisce l'*Einfühlung* un procedimento storico-letterario con una tendenza patologica alla suggestione, grazie alla quale lo storico tenta di infilarsi "per sostituzione" nei panni dell'artista²⁵.

Sarà poi il giurista Emilio Betti a riprendere le riflessioni sviluppate tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo da Schleiermacher e da Dilthey, e a definire l'empatia un "atteggiamento di carattere emotivo", metateorico, che l'interprete deve assumere per conseguire un giusto esito interpretativo²⁶. Il giurista italiano propone il suo metodo interpretativo per pervenire ad un'interpretazione oggettiva, senza tuttavia nessuna pretesa di assolutezza à la Hegel, ben conscio del fatto che ogni impresa umana, tra cui quella conoscitiva, si caratterizza per il suo carattere fallibile. In merito, egli sostiene che i canoni ermeneutici non sono per se stessi sufficienti ad ottenere una buona interpretazione, ed è necessario un concreto disporsi dello spirito dell'interprete all'intendere, che si esplica in un triplice atteggiamento, determinato dall'interesse ad intendere, dall'attenzione, dall'abnegazione di sé e dall'apertura mentale²⁷. In partico-

²⁴ In senso analogo, Schleiermacher precisa che l'opera interpretativa si fonda su una necessaria comunanza (linguistica, storica, psicologica) tra autore e interprete, senza la quale essa è destinata allo scacco. F.D.E. Schleiermacher, *Ermeneutica* [1959], Rusconi, Milano, 1996, pp. 302-305. In ambito anglosassone, il metodo empatico in storiografia, così come prospettato da Simmel, Schleiermacher e Dilthey, è ripreso da Collingwood e Dray. cfr. R.G. Collingwood, *Il concetto della storia* [1946], Fabbri Editore, Milano, 1986; W. Dray, *Leggi e spiegazione in storia* [1957], Il Saggiatore, Milano, 1974.

²⁵ W. Benjamin, *Sul concetto di storia* [1939-1940], in Id., *Opere complete*, vol. 7 Einaudi, Torino, 2006, pp. 483-493.

²⁶ Riprendendo la teoria schleiermachiana, Betti guarda all'opera da interpretare come momento di vita della personalità del suo autore per ricostruire a ritroso l'itinerario che ha portato alla creazione, affinché l'interprete possa trasferirsi nell'intimo di quella personalità. E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, I, Giuffrè, Milano, 1955, p. 269 ss.

²⁷ Ivi, p. 270 ss.; Id., *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *Rivista Italiana di Scienze Giuridiche*, 55, 1948, p. 55.

lare, l'interprete-riproduttore ha una posizione analoga all'attore drammatico: per quest'ultimo l'empatia non entra a far parte della ricognizione ermeneutica, ma di quell'ulteriore processo di *imitatio* rappresentativa, costitutiva della richiesta ispirazione per essere tradotta in forme accessibili alla nuova cerchia di destinatari²⁸.

Come ho già indicato all'inizio del paragrafo, l'empatia emotiva ha come precursore psicologico l'empatia fisica. In merito, essa determina nel soggetto una reazione fisica, di carattere psicologico, che si verifica ad esempio quando si è testimoni di una sofferenza altrui, come può essere la percezione di un brivido, l'aumento del battito cardiaco, o le lacrime nell'osservatore²⁹.

Nell'ambito delle neuroscienze³⁰, la scoperta dei "neuroni specchio" negli anni '80 del secolo scorso da parte del gruppo di ricerca coordinato da Giacomo Rizzolatti³¹ ha posto un fondamento fisiologico al fenomeno empatico. Analizzare il funzionamento di questi neuroni ci aiuta a comprendere i processi che determinano l'empatia fisica e pertanto anche quella emotiva.

Ad esempio, guardare un'altra persona sorridere fa attivare i neuroni specchio che determinano nell'osservatore una contrazione dei muscoli facciali, come se lo stesso stia sorridendo³². Quando i neuroni *mirrors* attivano la mimica muscolare, trasmettono impulsi anche ai centri emozionali del sistema limbico del cervello. In questo modo, la felicità del sorriso dell'altro diventa contagiosa. L'empatia fisica conduce pertanto all'empatia emotiva³³.

Le recenti scoperte sui "neuroni specchio" hanno supportato ed integrato le teorie

²⁸ Id., *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 280.

²⁹ C. Clark, *Misery and Company: Sympathy in Everyday Life*, cit., p. 37.

³⁰ Le neuroscienze studiano la struttura e la funzione del sistema nervoso centrale e periferico.

³¹ In particolare, è stata individuata la presenza, in una determinata area della corteccia cerebrale delle scimmie, di un particolare tipo di neurone, poi chiamato "neurone specchio". Tale scoperta rappresenta la prova di un legame neurale tra l'osservazione di un'azione e la sua imitazione. Anche nell'uomo sono stati identificati interi sistemi di neuroni specchio, in parte identici a quelli dei primati, ma molto più estesi e in parte molto più evoluti. In particolare, negli esseri umani i neuroni specchio si attivano anche quando i soggetti si limitano ad immaginare un'azione e sono coinvolti altresì nella comprensione delle intenzioni e delle emozioni sottese a quella stessa azione. In generale, si veda cfr. G. Rizzolatti e L. Vozza, *Nella mente degli altri. Neuroni specchio e comportamento sociale*, Zanichelli, Bologna, 2008.

³² Numerosi studi hanno confermato che le persone tendono a mimare, inconsapevolmente e in modo molto rapido, le espressioni facciali delle emozioni che vengono loro presentate. Cfr. M.D. Lieberman, *Social Cognitive Neuroscience: A Review of Core Processes*, in "Annual Review of Psychology", 58 (1), 2007, pp. 259-289; W. Sato e S. Yoshikawa, *Spontaneous Facial Mimicry in Response to Dynamic Facial Expressions*, in *Cognition*, 104 (1), 2007, pp. 1-18.

³³ M. Iacoboni, *Mirroring People: The New Science of How we Connect with Others*, Picador, New York, 2008, pp. 119-126.

che avevano cercato di spiegare la pervasività dell'imitazione ed i suoi collegamenti funzionali con l'empatia, tanto che ora il "sistema specchio" è ritenuto da molti il meccanismo alla base di tutti questi fenomeni. I "neuroni specchio", presenti nel cervello ed individuabili attraverso tecniche di *neuroimaging*, rappresentano il mezzo attraverso il quale l'uomo può mettersi nei panni dell'altro e sperimentare pensieri e comportamenti altrui come se fossero propri. In particolare, quando osserviamo un nostro simile compiere una certa azione o provare una certa emozione, si attivano nel nostro cervello le stesse cellule che entrano in funzione quando siamo noi stessi a compiere quel gesto o a provare quella sensazione³⁴. Non a caso i neuroni specchio hanno un ruolo essenziale nella modalità di apprendimento dei bambini, in quanto l'imitazione è una delle principali vie di sviluppo infantile.

Nel caso in cui si osserva un soggetto che prova dolore, sia chi osserva, sia chi prova dolore sviluppano entrambi un'attività specifica nelle medesime aree cerebrali coinvolte nella percezione emozionale del dolore. Tuttavia, solo chi prova dolore ha un'attività specifica nell'area attivata dall'esperienza sensoriale, mentre lo spettatore viene interessato solo da uno stato d'ansia nell'osservare tale persona. Ciò dimostrerebbe che in tale situazione, vi è una separazione tra la percezione del dolore sensoriale e quello emozionale³⁵. Si pensi in merito agli studi condotti dal neurologo Antonio Damasio e dal suo "gruppo di Iowa", in cui si è stabilito che il nostro cervello è in grado di farci sentire, attraverso un processo imitativo o simulativo, come se stessimo provando effettivamente quel determinato stato corporeo o emotivo che in realtà stiamo solo immaginando³⁶.

Gallese, un ricercatore dell'*équipe* di Rizzolatti, parla in merito di "simulazione incarnata" o *embodied simulation*. Secondo lo scienziato, i neuroni specchio forniscono al soggetto un meccanismo diretto, automatico e inconsapevole per mezzo del quale comprendiamo la mente (emozioni e sensazioni) e le azioni altrui, non attraverso un ragionamento concettuale, bensì tramite la simulazione diretta, con la percezione, non con il pensiero, riscontrabile attraverso l'attivazione dei nostri neuroni e dei no-

³⁴ Sul punto, cfr. G. Rizzolatti-L. Fogassi-V. Gallese, *Mirrors in the Mind*, in *Scientific American*, 11, 2006, pp. 54-61. Si veda altresì, in merito, D. Dobbs, *A Revealing Reflection*, in *Scientific American Mind*, 17 (2), 2006, pp. 22-27.

³⁵ T. Singer et al., *Empathy for Pain involves the Affective but not Sensory Components of Pain*, in *Science*, 303, 2004, pp. 1157-1162.

³⁶ A.R. Damasio, *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano* [1994], Adelphi, Milano, 2008.

stri muscoli, che verrebbero coinvolti come se compissimo effettivamente quel gesto³⁷.

È interessante inoltre rilevare che mentre ci sintonizziamo con l'altro, il cervello sperimenta due tipi di empatia: un flusso rapido della via bassa, attraverso le connessioni tra le corteccie sensoriali, il talamo e l'amigdala, che dà origine all'azione immediata, tipico dell'empatia emotiva, e un flusso più lento, tipico dell'empatia cognitiva, della via alta che corre dal talamo fino alla neocorteccia e poi all'amigdala, provocando una reazione più meditata³⁸.

Ciò è confermato da uno studio condotto da Shamay-Tsoory, in base al quale i due aspetti dell'empatia riguarderebbero due sistemi neuroanatomici separati, processati simultaneamente, ma situati in due distinte aree del cervello³⁹. In particolare, le emozioni sono il prodotto dell'interazione tra processi semplici, automatici inconsapevoli, propri del sistema 1 o X o automatico, e processi volontari, consapevoli e controllati, tipici del sistema 2 C o riflessivo. Le valutazioni cognitive sono comunicate sotto forma di idee, mentre le valutazioni affettive sotto forma di sentimenti⁴⁰.

In ambito neurobiologico, Simon Baron-Cohen ha condotto studi sul "circuito dell'empatia", per analizzarne il funzionamento nelle aree cerebrali coinvolte. Per lo psicopatologo, attraverso la tecnica della risonanza magnetica, è possibile individuare le dieci aree del cervello che risultano modificarsi in relazione a situazioni che hanno a che fare con l'empatia.

L'originalità degli studi di Baron-Cohen sta nel sostenere che se un soggetto compie un atto crudele, esso è evidenziato a livello di *neuroimaging* nella mancata e temporanea attivazione del circuito empatico.

³⁷ La simulazione incarnata, che è basata sull'esperienza ed è il meccanismo più antico da un punto di vista evolutivo, rappresenta il fondamento di forme più sofisticate e linguisticamente mediate della nostra capacità di interpretare il comportamento altrui in termini di stati mentali. V. Gallese-P. Migone-M.N. Eagle, *La simulazione incarnata: i neuroni specchio, le basi neurofisiologiche dell'intersoggettività ed alcune implicazioni per la psicoanalisi*, in *Psicologia e scienze umane*, 40, 2006, p. 558.

³⁸ In ambito di neuroscienze cognitive, cfr. J. Ledoux, *Il cervello emotivo. Alle origini delle emozioni* [1996], Baldini Castoldi, Milano, 1998.

³⁹ Secondo Shamay-Tsoory tale distinzione diventa evidente solo quando uno dei due sistemi è interrotto, come avviene nello studio di soggetti lesionati al cervello. Cfr. S.G. Shamay-Tsoory-J. Aharon-Peretz-D. Perry, *Two System for Empathy: A Double Dissociation between Emotional and Cognitive Empathy in Inferior Frontal Gyrus versus Ventromedial Prefrontal Lesions*, in *Brain: Journal of Neurology*, 132(3), 2009, p. 618.

⁴⁰ La distinzione e l'identificazione dei due sistemi di circuiti neuronali con caratteristiche e scopi diversi è stata ulteriormente precisata da M.D. Lieberman, *Social Cognitive Neuroscience: A Review of Core Processes*, cit., *passim*.

Atti come l'omicidio richiedono uno spegnimento dell'empatia e la maggior parte delle persone non sarebbe capace di compiere simili atti in condizioni di normale sviluppo del circuito empatico.

Faccio qui riferimento alla maggior parte delle persone, in quanto coloro che soffrono di autismo o della sindrome di *Asperger*, difettano sin dalla nascita, sia dell'aspetto cognitivo, sia di quello affettivo dell'empatia. Dai soggetti sopra indicati vanno distinti gli psicopatici, i narcisisti e le persone pericolose, che sono in grado di manipolare gli altri in modo crudele, in quanto riconoscono i sentimenti altrui (empatia cognitiva) ma non sono in grado di comprendere la sofferenza delle loro vittime (empatia affettiva).

L'empatia, secondo Baron-Cohen può tuttavia essere insegnata, sia ai soggetti autistici⁴¹, sia sviluppata nei delinquenti, attraverso una funzione rieducativa⁴².

Tutto quanto detto fin qui in merito ai caratteri e agli elementi costitutivi dell'empatia emotiva non permettono, ai suoi sostenitori, di fornire una convincente spiegazione scientifica su come avvenga il passaggio dall'imitazione dell'altro al provare la sua stessa emozione. Ecco allora che specificare la differenza tra deduzione empatica e precisione della comprensione empatica può essere d'aiuto a tale fine.

La deduzione empatica consiste in una forma di deduzione psicologica complessa con cui l'osservazione, la memoria, la conoscenza e il ragionamento si combinano per comprendere le intenzioni e le emozioni altrui, e può essere soggetta a *biases* o errori cognitivi. Una delle possibili conseguenze prodotte dalla mancanza di empatia è quella di trattare gli altri considerandoli come stereotipi invece che come individui unici quali essi sono⁴³.

La precisione empatica, invece è un'abilità propria di chi possiede intelligenza sociale, con cui si comprendono i sentimenti effettivi e i pensieri dell'altro. Gli studi relativi

⁴¹ Insegnare la componente cognitiva dell'empatia ai bambini con autismo è possibile, secondo Baron Cohen, utilizzando la loro specificità "percettiva" ad organizzare il "campo" in modo ipersistematizzante. In questo senso, il team dell'*Autism Research Center* di Cambridge ha messo a punto il software *Transporters*, che consiste in un'animazione basata su un DVD che aiuta i bambini con autismo ad imparare le emozioni guardando i visi su veicoli meccanici. Ciò in quanto i bambini con autismo preferiscono guardare filmati sui veicoli poiché sono attratti da sistemi prevedibili e basati su regole sistematiche.

⁴² Si rimanda, in generale, a: S. Baron Cohen, *La scienza del male. L'empatia e le origini della crudeltà* [2011], Raffaello Cortina Editore, Milano, 2012, pp. 14, 151, 160 ss. Si veda, inoltre, A. Smith, *Cognitive Empathy and Emotional Empathy in Human Behavior and Evolution*, in *Psychological Record*, 59, 2006, pp. 3-21.

⁴³ E. Giusti e M. Locatelli, *L'empatia integrata. Analisi umanistica del comportamento motivazionale nella clinica e nella formazione*, cit., p. 210.

alla precisione empatica, sono propri della percezione interpersonale sviluppatasi dagli anni '40 del secolo scorso, ispirata alla riflessione fenomenologica proposta da Edmund Husserl e Edith Stein⁴⁴, ripresa recentemente, nell'ambito del movimento *Law and Emotions* da autori come Martha Nussbaum e Susan Bandes.

Dall'empatia emotiva va distinta la simpatia o compassione, con la quale capiamo, sentiamo la sofferenza dell'altro e, in più, proviamo il desiderio di essere d'aiuto.

La compassione o simpatia, al pari dell'empatia emotiva, è un'emozione, che richiede, da parte del soggetto agente, oltre al sentire e condividere affettivamente la condizione altrui, altresì il desiderio di agire per aiutare⁴⁵.

2.2 L'empatia cognitiva

L'empatia cognitiva consiste nella capacità umana, priva di valenza emotiva, di *comprendere* i desideri, le emozioni e i sentimenti dell'altro, ma non richiede alcuna azione per aiutarlo a raggiungere i suoi scopi⁴⁶.

Nel 1934 George Herbert Mead si riferisce all'empatia come alla "capacità di capire e comprendere", introducendo una componente cognitiva a tale termine, e riconosce la differenziazione che nell'empatia esiste tra "sé" e "l'altro da sé"⁴⁷.

Nel tempo, il concetto di empatia cognitiva è stata associata a termini come "role taking", "perspective taking" o comprensione sociale.

Nell'ambito della teoria della mente, alias ToM, la capacità empatica è definita con il termine "teoria della teoria", intesa come la capacità di attribuire stati mentali (pensieri, desideri ed intenzioni) a se stesso e agli altri⁴⁸. In tal senso, la *Theory Theory* privi-

⁴⁴ In merito, si rimanda agli studi di: N. Cantor e J. Kihlstrom, *Personality and Social Intelligence*, Prentice-Hall, New York, 1987; D. Goleman, *Intelligenza emotiva* [1995], Rizzoli, Milano, 1996; E.E. Goody, *Social Intelligence and Interaction: Expressions and Implications of the Social Bias in Human Intelligence*, Cambridge University Press, New York, 1995.

⁴⁵ S.A. Bandes, *Empathy and Article III*, in *DePaul Law Review*, 64, 2015, p. 320.

⁴⁶ Id., *Moral Imagination in Judging*, in *Washburn Law Journal*, 51(1), 2011, p. 9.

⁴⁷ F. Dutsch e R.A. Madle, *Empathy: Historic and Current Conceptualizations, and a Cognitive Theoretical Perspective*, in "Human Development", 18, 1975, pp. 267-287.

⁴⁸ W. Ickes, *Empathic Accuracy: Its Links to Clinical, Cognitive, Developmental, Social, and Physiological Psychology*, in J. Decety e W. Ickes (Eds.), *The Social Neuroscience of Empathy*, cit., p. 57. La nascita della psicologia ingenua ha origine dal saggio di D. Premack e G. Woodruff, *Does The Chimpanzee have a Theory of Mind?*, in *Behavioral and Brain Science*, 1, 1978, pp. 515-526. In tale saggio questi autori sostengono che gli scimpanzé attribuiscono agli esseri umani intenzioni e credenze, e e quindi hanno una abilità empatica e immedesimativa nei confronti degli umani. Pertanto, essi riconoscono un rapporto di empatia tra uomo e animale, a differenza di altri autori, come ad esempio Thomas Nagel, che in *Che effetto fa essere un pipistrello* [1974], in ID., *Questioni mortali* [1979], Il Saggiatore, Mila-

legia il momento cognitivo su quello affettivo ed emozionale, concependo l'*empathia* innanzitutto come un *elogos*, un penetrare nella dimensione cognitivo-discorsiva dell'altro⁴⁹.

L'empatia cognitiva è composta da alcuni elementi che per facilitare l'esposizione qui di seguito si riassumono: *a)* consiste in un'abilità umana tesa a comprendere gli stati mentali (la situazione emotiva ed esperienziale) in cui si trova l'altro; *b)* si caratterizza e distingue rispetto ad altre forme di empatia in quanto lo spettatore non è coinvolto emotivamente; *c)* presuppone una distanza tra sé e l'altro, in quanto l'osservatore non perde il senso di sé per fondersi nell'esperienza dell'altro; *d)* affinché possa esplicarsi, richiede l'impegno, da parte dello spettatore, all'immaginazione morale, che consiste nell'immaginare *creativamente* l'esperienza del soggetto⁵⁰; *e)* in quanto abilità, è un atto volontario e deliberativo, frutto di una deduzione analogica, che porta il soggetto, se si trova davanti ad un altro, a ragionare e a costruire catene di inferenze logiche del tipo "se... allora".

Per quanto concerne il corretto funzionamento dell'empatia cognitiva, è necessario soffermarsi brevemente sui punti *sub c)* e *sub d)*.

In merito al punto *sub c)* relativo al rapporto tra il Sé e l'Altro nel processo empatico, sono illuminanti gli studi condotti sull'empatia in ambito fenomenologico da Edith Stein. La filosofa tedesca ha in merito affermato che sia possibile accedere alla mente altrui, al tu dell'altro, che è un *alter-ego*, attraverso il ragionamento analogico o per similitudine, afferrabile mediatamente, attraverso la percezione del suo corpo⁵¹. Diversamente, il soggetto si identificherebbe con l'altro. Per Stein, anche nel momento della massima immedesimazione (co-sentire) l'io non scompare in un io fusionale o subor-

no, 1988, pp. 162-175, lo nega fermamente. Vede invece la possibilità di un rapporto empatico tra animali ed esseri umani la zoologa autistica Temple Grandin, Cfr. T. Grandin e T. Johnson, *Gli animali ci rendono umani* [2009], Sperling & Kupfer, Milano, 2010.

⁴⁹ A. Pinotti, *Empatia. Storia di un'idea da Platone al postumano*, cit., p. 19. Sul punto, si rimanda alla concezione di empatia descritta da Kohut, che la definisce come strumento per ottenere informazioni sul mondo degli stati mentali del paziente e sull'azione più appropriata da compiere nei suoi confronti. H. Kohut, *Introspezione, empatia e psicoanalisi: indagine sul rapporto tra modalità di osservazione e teoria* [1959], in Id., *La ricerca di sé*, Boringhieri, Torino, 1982.

⁵⁰ S.A. Bandes, *Taz and Empathy*, in "Howard Law Journal", 58, 2014-2015, p. 397.

⁵¹ Schutz, tra gli allievi di Husserl, insiste nei suoi studi sul fatto che la comprensione del comportamento altrui sia possibile prescindendo da un accesso diretto ai vissuti dell'alter ego, respingendo anch'egli, come Stein e Scheler, coloro che, come Lipps, qualificano l'empatia come processo di immedesimazione. Cfr. A. Schutz, *La fenomenologia del mondo sociale* [1932], Il Mulino Bologna, 1974; M. Scheller, *Essenze e forme della simpatia* [1923], Citta Nuova, Roma, 1980.

dinato, ma mantiene una sua diversità⁵². Secondo Stein, per mezzo dell'empatia si perviene ad una specie di atti esperienziali *sui generis*. Pertanto un soggetto può accedere ai vissuti affettivi altrui empatizzandoli, attraverso un atto intenzionale originario, (il soggetto lo vive direttamente, lo sperimenta effettivamente in sé in un dato momento) il cui contenuto non è originario (avendo ad oggetto un vissuto altrui)⁵³.

Pertanto, è anche possibile attribuire stati mentali sbagliati al comportamento dell'altro, sempre correggibili.

Nel ricercare un fondamento dell'empatia, o entropatia *à la* Husserl, Stein ne propone una concezione intersoggettiva e relazionale in cui il concetto di oggettività, così come affermato dal suo maestro⁵⁴, muta di significato, non essendo più mero soggettivismo, bensì frutto dell'accordo intersoggettivo, della convergenza di più soggetti sullo stesso punto.

L'empatia è per Stein la «base dell'esperienza intersoggettiva», «la condizione di possibile conoscenza dell'esistenza un di altro mondo»⁵⁵. Pertanto, per la riflessione fenomenologica, l'empatia consiste nell'esperienza dell'altro, salvaguardando l'intersoggettività originaria e l'alterità dell'*alter ego*⁵⁶.

Per quanto concerne il carattere dell'immaginazione morale, individuato al punto *sub c*), essa consiste nell'abilità di immaginare ed attuare trasformazioni nella nostra comprensione morale, e permette all'individuo di comprendere che la propria prospettiva non è l'unica esistente⁵⁷.

⁵² La filosofa morale Laura Boella ha ripreso questi studi di Edith Stein, ritenendo che l'empatia sia il fondamento di tutti gli atti (emotivi, cognitivi, valutativi, volitivi ecc.) con cui entriamo in rapporto con un'altra persona. Cfr. L. Boella, *Sentire l'altro. Conoscere e praticare l'empatia*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2006, p. 21; Id., *Neuroetica. La morale prima della morale*, Raffaello Cortina, Milano, 2008, p. 97 ss.

⁵³ E. Stein, *Il problema dell'empatia* [1917], Studium, Roma, 2012, pp. 77-79,

⁵⁴ In merito agli studi condotti da Husserl sull'empatia, cfr. E. Husserl, *Meditazioni cartesiane e i discorsi parigini* [1931], Bompiani, Milano, 1968; Id., *Idee per una fenomenologia pura e una filosofia fenomenologica* [1952], Vol. II, Einaudi, Torino, 2002, pp. 1-376.

⁵⁵ E. Stein, *L'empatia* [1917], Franco Angeli, Milano, 1986, p. 81 ss.

⁵⁶ A. Pinotti, *Empatia, storia di un'idea da Platone al postumano*, cit., p. 27. Lo psicologo statunitense Carl Rogers riprende il concetto di immedesimazione non funzionale di Edith Stein per sviluppare la sua teoria "centrata" sul cliente. Da questi studi permane tuttavia il timore che nel sentire empatico possa risiedere l'insidia della fusione, e quindi sia impossibile la percezione di sé e la differenziazione dall'altro. Cfr. C. Rogers, *Terapia centrata sul cliente* [1989], La Meridiana, Bari, 2007.

⁵⁷ S.A. Bandes, *Moral Imagination in Judging*, in *Washburn Law Journal*, 51, 2011, p. 24; A.E. Taslitz, *Police are People Too: Cognitive Obstacle to, and Opportunities for, Police Getting the Individualized Suspicion Judgment Right*, "Ohio State Journal Criminal Law", 8, 2010, pp. 23-25; M. Johnson, *Moral Imagination: Implications of Cognitive Science for Ethics*, The University of Chicago Press, Chicago, 1993, p. 187.

Si precisa che la motivazione all'immaginazione morale può essere aumentata con l'apprendimento, inteso come insegnamento implicito o esplicito.

Nell'ambito della riflessione filosofica, Adam Smith afferma che l'uomo è dotato di immaginazione morale, in quanto, seppure nessuno possa dire con precisione cosa provino gli altri, è possibile immaginarlo, mettendosi nei loro panni⁵⁸. Il filosofo scozzese riprende il concetto di *sympathy* (che corrisponde al nostro concetto di empatia), sviluppato da Hume⁵⁹, e lo pone alla base della valutazione morale, in quanto condizione di possibilità per la comprensione *analogica* dell'altro.

Rispetto ad Hume, che identifica la simpatia con il contagio, senza tuttavia parlare espressamente di identificazione o fusione empatica, Smith enfatizza maggiormente sul fatto che è la prospettiva dell'altro ad entrare in gioco, attraverso l'immaginazione. Tale motivazione all'immaginazione morale e quindi all'utilizzo dell'empatia è limitato da un *bias* specifico, rappresentato dalla somiglianza, dalla familiarità dello spettatore rispetto al soggetto in ambito di *status* sociale, etnia, genere, esperienze condivise, distanza sociale o geografica⁶⁰.

Preme sottolineare che l'immaginazione morale è altro e si distingue dalla Regola d'oro come criterio con cui individuare le relazioni intersoggettive e quindi l'empatia⁶¹.

In merito, la Regola d'oro si applica al rapporto empatico attraverso la seguente modalità: se io non sono sicuro di come trattarti, mi immagino come mi piacerebbe essere trattato e quindi agisco di conseguenza. Tale Regola d'oro è qualificata da Dworkin quale principio di sfondo⁶².

⁵⁸ A. Smith, *Teoria dei sentimenti morali* [1759], RCS Libri, Milano, 1995. Karsten Stueber insiste, conformemente a Smith, sulla capacità immaginativa del soggetto comprendente. In particolare, secondo la filosofa tedesca, possiamo cercare di metterci nella situazione del soggetto storico utilizzando la struttura analogica del "come se" fossimo lui, per capire le motivazioni che lo hanno portato a prendere determinate decisioni, nella consapevolezza che non siamo quel personaggio. Cfr. K.R. Stueber, *L'empatia* [2006], Il Mulino, Bologna, 2010.

⁵⁹ Hume, nel suo *Trattato sulla natura umana* qualifica la simpatia come un principio di comunicazione fondamentale per la natura umana: esso rappresenta un processo automatico e naturale. Cfr. D. Hume, *Trattato sulla natura umana*, cit., *passim*. In merito, si veda altresì A. Colpan e P. Goldie (Eds.), *Empathy: Philosophical and Psychological Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. X.

⁶⁰ La somiglianza rappresenta, negli studi degli psicologici sociali, uno degli elementi per misurare l'empatia. R. Elliot-H. Filipovich-H. Harrgan-J. Gaynos-C. Reimschuessel-J.K. Zapadka, *Measuring Response Empathy: The Development of a Multi-component Rating Scale*, in *Journal of Counseling Psychology*, 29, 1982, pp. 379-387; R.S. Nickerson et al., *Empathy and Knowledge Projection*, in J. Decety e W. Ickes (Eds.), *The Social Neuroscience of Empathy*, cit., p. 43.

⁶¹ La Regola d'oro è presente in molte culture oltre alla nostra, e si esplica nel principio di sfondo contenuto nel Vangelo di Matteo: «Fai agli altri quello che vuoi sia fatto a te: perché questa è la legge dei profeti». Matteo, 7,7, 8.

⁶² Dworkin nel suo ultimo libro, *Religione senza Dio*, afferma che ogni volta che si vede qualcuno che soffre, o che corre un pericolo, si ha la responsabilità morale di aiutarlo, se si può. Il semplice fatto del dolo-

Tuttavia, tale principio si fonda su due assunti o credenze implicite, che si danno per presupposte: 1) le altre persone vogliono essere trattate come io vorrei esserlo; 2) assunto di similarità, coerente con la teoria della realtà unica, per cui tutte le persone sono di fondo uguali, in quanto “esseri umani” e quindi dovrebbero volere lo stesso trattamento che io vorrei.

Il principio della Regola d’oro è altresì adottato dalla teoria della simulazione⁶³, inaugurata intorno alla metà degli anni ’80 da Robert Gordon e Alvin Goldman, in base alla quale il processo empatico è fondato sull’imitazione e sull’immaginazione, nonché sulla convinzione che, al di là delle differenze individuali, in quanto esseri umani siamo tutti dotati di una mente che opera in modo simile in circostanze simili⁶⁴. Questa attitudine può essere definita psicologia ingenua se si limita alla capacità di attribuire alcuni atteggiamenti intenzionali, o psicologia del senso comune o popolare (*folk psychology*)⁶⁵, ed è un insieme di abilità interpretative e cognitive con pensieri, credenze, intenzioni, non basata su una specifica competenza disciplinare ma sul senso comune.

In realtà, la Regola d’oro non funziona nei rapporti intersoggettivi in quanto le persone sono di fatto diverse le une dalle altre, sia dal punto di vista fisiologico, sia nella personalità, sia nella cultura⁶⁶. Ancora, le persone si differenziano individual-

re o del pericolo sembra generare, da solo, un dovere morale. Ma questa apparenza, per il filosofo americano, è ingannevole, in quanto il dolore e il pericolo non ingenererebbero un dovere morale se non fosse anche vero, in quanto verità morale di sfondo, che le persone hanno un dovere generale di alleviare o di evitare la sofferenza. Spesso, il principio di sfondo è per Dworkin troppo ovvio per enunciarlo o pensarlo. Tuttavia, il filosofo americano, appartenente all’approccio del cognitivismo etico, insiste nel sostenere che tale principio deve esserci. R. Dworkin, *Religione senza Dio* [2013], Il Mulino, Bologna, 2014, pp. 34-35.

⁶³ La teoria della simulazione consiste nell’altro approccio, oltre alla *Theory Theory*, sviluppatosi in ambito di ToM.

⁶⁴ A.I. Goldman, *Simulating Minds*, Oxford University Press, Oxford, 2006; R.M. Gordon, *Folk Psychology as Simulation*, in *Mind and Language*, 1, 1986, pp. 158-170.

⁶⁵ In merito, si rimanda alla tesi di Quine, che recupera l’empatia nella psicologia del senso comune (*folk psychology*), nell’ambito di una concezione naturalistica dell’attività conoscitiva umana. L’empatia, secondo Quine, come attribuzione di atteggiamenti proposizionali, rappresenta il nostro modo di ricostruire o reinterpretare linguisticamente le credenze e i desideri del parlante o dell’agente attribuendogli quegli enunciati (credenze e desideri) che noi proferiremmo se ci trovassimo al loro posto. Cfr. W.V. Quine, *Pursuit of Truth*, Harvard University Press, Cambridge, 1992, p. 68 ss. Le tesi di Quine sono state sviluppate negli anni Ottanta del secolo scorso da Stich per l’analisi semantica degli enunciati di credenza e sono alla base della ripresa del concetto di simulazione empatica nella filosofia della mente e nella scienza cognitiva. Cfr. S. Stich, *Dalla psicologia del senso comune alla scienza cognitiva* [1983], Il Mulino, Bologna, 1994.

⁶⁶ La Regola d’oro sfrutta gli aspetti positivi dell’atteggiamento empatico, inteso come meccanismo a base biologica presente in tutti gli individui, al fine di dotarli di una norma etica che elimini gli aspetti biologici negativi, insiti anch’essi nella natura biologica umana. Tuttavia, la sua applicazione all’empatia è limitativa, in quanto si fonda sul *bias* della somiglianza, che determina un atteggiamento empatico non neutro, definito *selective empathy*. Sui caratteri della *selective empathy* in ambito giudiziario, cfr. S.A. Bandes, *Empathy and Article III*, cit., p. 321.

mente anche per i loro schemi psicologici e per il modo in cui costruiscono gli eventi che creano la loro esperienza⁶⁷.

Pertanto, la comunicazione basata sulla diversità è possibile con l'empatia che utilizza l'immaginazione morale, e che rimanda all'assunto di diversità e alla teoria di realtà multipla⁶⁸. Empatizzare con l'altro richiede l'immaginazione morale, e non la Regola d'oro, che si fonda sull'assunto di similarità. Pertanto, l'empatia richiede uno spostamento dalla nostra prospettiva al riconoscimento dell'esperienza diversa dell'altra persona. Tal spostamento è accompagnato dall'impegno o volontà di essere partecipi (attraverso l'immaginazione morale) dell'esperienza dell'altra persona, almeno fino al punto di comportarsi in modi appropriati a quell'esperienza⁶⁹.

Ecco quindi che la critica principale mossa all'empatia cognitiva da molti autori, tra cui è possibile ricordare lo psicologo canadese Paul Bloom, e cioè il suo essere priva di valenza morale, e pertanto ipoteticamente utilizzabile per qualsiasi fine, anche sfavorevole all'altro verso cui è diretta⁷⁰, rappresenta, in realtà il suo maggiore pregio: la possibilità di spostare la nostra prospettiva al riconoscimento dell'esperienza diversa dell'altro, e ciò è possibile solo andando oltre la Regola d'oro.

3. Il rapporto tra empatia ed emozioni nel costituzionalismo americano

Come analizzato nei paragrafi precedenti, il concetto di empatia percorre differenti discipline, in riferimento alle quali è possibile tracciare una trama argomentativa ininterrotta.

⁶⁷ G.A. Kelly, *A Theory of Personality: The Psychology of Personal Constructs*, Norton, New York, 1964, p. 46 ss.

⁶⁸ In merito, cfr. M.A. Franks, *Lies, Damned Lies and Judicial Empathy*, in *Washburn Law Journal*, 51, 2011, p. 69.

⁶⁹ In merito allo sviluppo dell'empatia in sei fasi, al fine di comprendere la differenza, ed andare oltre la regola d'oro, sono sviluppate da Bennett in M.J. Bennett, *Superare la Regola d'oro: simpatia ed empatia*, in Id., *Principi di comunicazione interculturale. Paradigmi e pratiche* [2002], Franco Angeli, Milano, 2015, p. 190 ss. Esse si distinguono in: 1) assumere la diversità; 2) conoscersi, 3) sospendere il sé; 4) consentire l'immaginazione guidata; 5) consentire l'esperienza empatica; 6) ristabilire il sé.

⁷⁰ Cfr. P. Bloom, *Against Empathy. The Case for rational Compassion*, Vintage Publishing, London, 2017.

Nell'ambito degli Stati Uniti, la discussione giusfilosofica sorta nell'ultimo decennio relativa al concetto giuridico di empatia ha avuto uno sviluppo sempre più imponente⁷¹.

Tale discussione trae origine da una frase pronunciata nel 2007 dall'allora candidato alle elezioni presidenziali Barack Obama, nella quale egli ha definito l'empatia un requisito essenziale per coloro che intendono assumere il ruolo di giudice del tribunale di ultima istanza del sistema giudiziario federale degli Stati Uniti⁷².

In tale occasione, egli ha affermato che, nella scelta, tra i diversi candidati, del giudice idoneo a comporre la Corte Suprema: «[We] need somebody who's got the heart-the empathy-to recognize what it's like to be a young [,] teenage[d] mom. The empathy to understand what it's like to be poor or African-American or gay or disabled or old-and that's the criteria by which I'll be selecting my judges»⁷³.

Ancora nel 2009, poco prima della nomina di Sonia Sotomayor come giudice della Corte Suprema, conseguente al ritiro di David Souter, Obama conferma tale sua convinzione⁷⁴. A seguito di tali affermazioni si è sviluppato un vivace dibattito, dapprima in ambito politico, poi anche in quello giuridico, in merito alla funzione dell'empatia nel diritto, strettamente connesso agli spazi della discrezionalità interpretativa nell'esercizio della giurisdizione.

L'ambizione è ora quella di spostare la discussione sull'empatia dal piano astratto dei concetti che contribuiscono a definirla, e che si danno per assunti, a quello della pratica giudiziaria, per analizzare come tale criterio è stato utilizzato dai giudici della Corte suprema al fine di comprendere e riconoscere giuridicamente le ragioni (proprie delle esperienze e dei vissuti), delle parti processuali che non hanno ancora una tutela appropriata da parte del sistema giuridico.

Tutto ciò in conformità al principio della separazione dei poteri, e dell'esistenza di due diritti tra loro distinti e validi: da un lato, il diritto vigente, prodotto dal legislatore, rappresentato da testi giuridici che richiedono di essere interpretati; dall'altro il *law*

⁷¹ Per un'analisi dettagliata in merito, si rimanda a: T.B. Colby, *In Defense of Judicial Empathy*, in *Minnesota Law Review*, 96, 2012, pp. 1945-1958.

⁷² *Senator Barack Obama, Campaign speech to Planned Parenthood*, luglio 2017, citato in S.A. Bandes, *Empathetic Judging and the Rule of Law*, in *Cardozo Law Review*, 2009, p. 135.

⁷³ A. Coplan e P. Goldie (Eds.), *Empathy: Philosophical and Psychological Perspectives*, cit., p. 3 nota 2.

⁷⁴ *The President's Remarks on Justice Souter*, The White House Blog, in <http://www.whitehouse.gov/blog/09/05/01/The-Presidents-Remarks-on-Justice-Souter/>.

in action o diritto vivente, rappresentato dalle norme, in quanto diritto giurisprudenziale, frutto dell'argomentazione interpretativa del diritto vigente.

Nell'analisi del dibattito teorico relativo all'empatia nell'ambito del costituzionalismo americano, distinguerò schematicamente, per semplicità di esposizione e senza alcuna pretesa di esaustività, tra due tipi di approcci che definiscono in modo differente la *natura* e il *ruolo* dell'empatia nell'interpretazione costituzionale: il primo, definito *anti-empathic turn*⁷⁵, è contrario all'utilizzo dell'empatia⁷⁶ nel giudizio, in quanto favorirebbe l'insorgere di *biases* e pregiudizi nel giudicante; il secondo, rappresentato da un gruppo composto di studiosi, in gran parte facenti parte del movimento *law and emotion*, è a favore dell'*empathetic concern* nell'interpretazione della Costituzione americana.

Successivamente, si analizzeranno alcuni famosi casi giudiziari in cui i giudici sono stati definiti "empatici", per verificare le modalità di funzionamento dell'atteggiamento *perspective taking* nell'epistemologia giudiziaria, al fine di ottenere decisioni giudiziarie in cui sia valorizzata la dimensione equitativa.

Si precisa che l'utilizzo del criterio empatico in ambito costituzionale si fonda sulla consapevolezza che l'empatia non è una panacea per risolvere le differenze determinate dal sistema giudiziario. Piuttosto, essa rappresenta uno strumento che, se propriamente diretto (e ciò è possibile, se utilizzato in conformità ai principi costituzionali, che fungono da guida ed indirizzo)⁷⁷, può permettere ai giudici di ottenere una maggiore comprensione del caso loro sottoposto. Naturalmente, come ogni strumento, la sua efficacia dipende altresì in buona parte dalle abilità di chi lo utilizza⁷⁸.

⁷⁵ Su tale definizione, cfr. R. West, *The Anti-Empathic Turn*, in J.E. Fleming, *Passions and Emotions. Nomos, LIII*, New York University Press, New York and London, 2013, pp. 243-288.

⁷⁶ Si precisa che in realtà l'*anti-empathic turn* confonde l'empatia che il giudice può utilizzare nel giudizio con termini differenti, pregni di carica emotiva, quali il concetto di simpatia, *selective empathy* e compassione.

⁷⁷ Come sottolineato da Kelsen, i principi morali hanno la forma di imperativi categorici nella quale sono formulati i principi e i diritti fondamentali stabiliti nelle Costituzioni. Cfr. H. Kelsen, *Lineamenti di teoria generale dello Stato* [1926], in Id., *Dottrina dello Stato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994, capitolo 3, §. 11, b), p. 63.

⁷⁸ T.A. Sparling, *Resurrecting the Argument for Juicial Empathy: Can a Dead Duck be Successfully Repackaged for Sale to a Skeptical Public?*, in *Temple Political and Civil Rights Law Review*, 20(1), pp. 1-2.

3.1 L'anti-Empathic Turn

Nella discussione gius-politica americana, i sostenitori dell'*anti-empathic turn*, considerano l'empatia una *dirty word*⁷⁹, con la quale creare, in abito giudiziario, spazi aperti alla discrezionalità interpretativa, violare i principi del *rule of law* e la stessa legittimazione del potere giudiziario come soggetto solo alla legge⁸⁰.

Tale approccio rimanda ad una concezione della "giustizia cieca"⁸¹, in base alla quale il giudice è un arbitro e può interpretare il testo costituzionale utilizzando i seguenti modelli: l'*umpire approach* e l'originalismo. Il primo dà una principale importanza al testo e alla struttura della Costituzione, il secondo privilegia le intenzioni dei *framers*.

L'*umpire approach*, sostenuto dal presidente della Corte suprema John G. Roberts, sottolinea l'importanza della Costituzione come documento scritto e fa riferimento al significato delle parole in esso contenute⁸².

A tale posizione interpretativa si appella chi accetta una visione della Costituzione come un baluardo contro il dissesto della legalità determinato dal potere creativo dei giudici, e conseguentemente critica la teoria degli *unenumerated rights*, che si fonda sul contenuto del IX Emendamento, in base alla quale i Padri fondatori ritennero superflua e pericolosa una "rubrica" costituzionale dei diritti. Secondo l'*umpire approach*, che adotta una lettura in senso restrittivo del XIV Emendamento, non si deve accordare protezione giuridica a quelle libertà che la Costituzione e il *Bill of Rights* non sanciscono esplicitamente.

L'*umpire approach* incorre in due importanti critiche, difficilmente superabili.

⁷⁹ K. Franklin, *Empathy and Reasoning in Context: Thinking about Antigay Bullying*, in "Law and Sexuality", 23, 2014, p. 63.

⁸⁰ Sui principi di *rule of law*, o *desiderata*, si veda, per tutti, L.L. Fuller, *La moralità del diritto* [1964], Giuffrè, Milano, 1986, in particolare p. 65 ss.

⁸¹ Secondo Judith Shklar: "La giustizia cieca è comune in un qualsiasi tribunale degli Stati Uniti". Cfr. J. Shklar, *Comment, Giving Injustice Its Due*, in *Yale Law Journal*, 98(6), 1989, p. 1135.

⁸² Roberts è del parere che i giudici costituzionali devono avere "[...] l'umiltà di riconoscere che operano all'interno di un sistema di precedenti", e che "non sono come i politici, che possono promettere determinate cose in cambio del voto. Sono piuttosto come degli arbitri: non creano le regole, si limitano ad applicarle". *Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, Jr. to be Chief Justice of the United States: Hearing before the S. Comm. on the Judiciary*, 109th Cong. 55, 2005. Il giudice Roberts non è stato il primo a paragonare il ruolo del giudice a quello di un arbitro. In merito alla neutralità del giudice nel giudizio *adversarial*, cfr: M.E. Frankel, *The Search for Truth: An Umpireal View*, in "University of Pennsylvania Law Review", 123(5), 1975, pp. 1031-1059. Per una difesa del giudice arbitro, si veda, per tutti, M.P. Allen, *A Limited Defense of (at Least Some of) the Umpire Analogy*, in "Seattle University Law Review", 32, 2009, pp. 525-547.

In primo luogo, va rilevato che il contenuto semantico del testo costituzionale (il riferimento è qui, ad esempio, ai concetti di uguaglianza, *due process of law*) non è sempre pienamente determinato o stabilito da una generazione all'altra⁸³.

In secondo luogo, tale modello, propone un ideale di interpretazione oggettiva che non è coerente con la prassi del diritto costituzionale americano⁸⁴.

L'originalismo si colloca invece nell'ambito della critica, sviluppatasi negli anni '80 del secolo scorso, contro l'attivismo giudiziale della Corte Warren⁸⁵. Secondo tale approccio, di fronte a una disposizione costituzionale vaga o oscura, il giudice deve ricercare le intenzioni (stati mentali) dei suoi autori (i *framers*)⁸⁶, al momento in cui gli stessi l'hanno posta in essere, escludendo qualsiasi margine interpretativo. Pertanto, tale dottrina limita le interpretazioni accettabili della Costituzione a quei criteri (linguistici) che esprimono le intenzioni dei costituenti, guardando al significato originario delle parole che lo compongono.

Robert Heron Bork, uno tra i fondatori della dottrina dell'intenzione originaria, sostiene nei suoi scritti che il testo costituzionale possiede lo stesso valore della legge, e come tale vale per quello che dice, non per quello che non dice, ma che un gruppo di giudici vorrebbe che dicesse. Il silenzio della Costituzione, non andrebbe riempito con la voce dei giudici, ma del Congresso⁸⁷.

⁸³ J. Hasnas, *The Myth of the Rule of Law*, in "Wisconsin Law Review", 1995, 1, pp. 199-233.

⁸⁴ K. McLane Wardlaw, *Umpires, Empathy, and Activism: Lessons from Judge Cardozo*, in *Notre Dame Law Review*, 85(4), 2010, pp. 1629-1662. Sul punto, si rimanda altresì alle osservazioni svolte da R.A. Posner, *The Role of the Judge in the Twenty-First Century*, in *Boston University Law Review*, 86, 2006, p. 1051, in cui afferma che: «No serious person thinks that the rules that judges in our system apply, particularly appellate judges and most particularly the Justices of the U.S. Supreme Court, are given to them the way the rules of baseball are given to umpires».

⁸⁵ S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica* [1996], Il Mulino, Bologna, 2003, p. 249.

⁸⁶ È possibile ricavare le intenzioni dei *framers*, ad esempio: a) da articoli di giornali dell'epoca; b) dal "Federalist"; c) dalle note alla Convenzione Costituzionale e dagli appunti di Madison, pubblicati nel 1840.

⁸⁷ Robert Bork ha esercitato un'influenza determinante sui giudici conservatori, in particolare su William Hubbs Rehnquist e Antonin G. Scalia. Bork è stato nominato giudice della Corte Suprema da Ronald Reagan nel 1987, ma la sua designazione venne respinta dal Senato, che gli negò l'"Advise and Consent" proprio a ragione delle sue idee particolarmente estremiste. In merito al pensiero di Bork, si rimanda a R.H. Bork, *Il giudice sovrano* [2002], Liberilibri, Macerata, 2004; Id., *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, The Free Press, New York 1990. Dworkin, in merito, ha affermato che "[.] Bork è stato sconfitto principalmente perché il suo pensiero non era conforme allo stile di interpretazione della Costituzione, che è diventato parte della tradizione politica americana". Cfr. R. Dworkin, *Bork's Jurisprudence*, in *University of Chicago Law Review*, 57, 1990, p. 657 ss.

In particolare, la sua critica contro l'attivismo della Corte suprema insiste sul rischio di una traslazione del potere dal Legislatore, legittimo rappresentante del popolo sovrano, ad organismi giudiziari non legittimati democraticamente⁸⁸.

Altro esponente di spicco dell'originalismo è stato il giudice Antonin Scalia. In *A Matter of Interpretation*⁸⁹ quest'ultimo sostiene che ciò che deve guidare l'interpretazione delle disposizioni costituzionali è esclusivamente il significato storico del testo⁹⁰.

Pertanto, è possibile sostenere che sia l'*umpire approach*, sia l'originalismo proponano un'interpretazione rigida e fedele del dettato costituzionale, e rappresentano diverse sfumature di una concezione dell'interpretazione costituzionale tipicamente restrittiva, in cui l'empatia viene erroneamente svalutata attribuendogli il significato di simpatia o *selective empathy*⁹¹.

In particolare, tale sottovalutazione del criterio empatico si presta a supportare, da un lato, una specifica metodologia del ragionamento giudiziario, dall'altro una peculiare concezione filosofico-giuridica.

Per quanto concerne la teoria del giudizio, infatti, la confusione tra empatia cognitiva con altri termini, quali l'empatia cognitiva, o la compassione, può essere, per un verso, funzionale ad una svalutazione del suo ruolo nell'argomentazione giuridica, a favore di principi di più precisa applicazione: così, l'atteggiamento empatico può essere utilizzato in direzioni diverse, ma è comunque fuorviante, in quanto, essendo difficilmente tratteggiabile, non è in grado da solo di guidare le azioni morali⁹².

Da un punto di vista filosofico-giuridico, la confusione tra empatia e atteggiamenti emotivi è utilizzata dai sostenitori dell'*anti-empathic turn* per criticare la funzione

⁸⁸ Bork ha insistito sul punto affermando che: "*La magistratura è diventata l'arma prediletta dei Liberals per scardinare democrazia e Stato di diritto e per indirizzare la cultura verso percorsi che l'elettorato non sceglierebbe mai*". Id., *Il giudice sovrano*, cit., p. 14.

⁸⁹ A. Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Court and the Law*, Princeton University Press, Princeton, 1997.

⁹⁰ In particolare Scalia, conformemente a quanto sostenuto da Bork, osserva che la Costituzione, anche se ha forza superiore alla Legge, è a quest'ultima parificata, anche nella sua interpretazione. Id., *Originalism: The Lesser Evil*, in *University of Cincinnati law Review*, 57, 1989, p. 854.

⁹¹ È di questo parere S.A. Bandes, *Empathetic Judging and the Rule of Law*, cit., p. 133.

⁹² Bloom afferma che l'empatia è una guida morale povera, è parziale, può essere un'arma per far male agli altri. Bloom distingue tra empatia e compassione, in quanto processi psicologici differenti. Secondo lo psicologo americano, l'empatia si verifica quando ci si mette nei panni dell'altro che sta soffrendo e si condividono in modo vicario le sue emozioni, mentre la compassione permette di prendersi cura dell'altro, senza necessariamente condividere la sua sofferenza. Secondo Bloom attraverso la compassione possiamo sviluppare la nostra capacità di essere razionali. P. Bloom, *Against Empathy. The Case for Rational Compassion*, cit., *passim*.

creativa della Corte suprema, e per segnalare una falla nel rapporto tra ragione ed emozioni nel giudizio⁹³.

Nel sistema giudiziario americano in particolare, i principi di separazione dei poteri e del loro bilanciamento, previsti dai Padri fondatori, assegna alla Corte suprema un ruolo che dovrebbe, in teoria, esimersi da valutazioni politiche⁹⁴.

Questo significa, espressamente, che un giudice, non importa a quale Corte appartenga, non può mai creare nuovi diritti o distruggere diritti “in disuso”. Infatti, ogni qual volta che si accinge a compiere un’operazione del genere, viola non solo i limiti che concernono la sua autorità, ma, soprattutto, i diritti del potere legislativo e il principio di sovranità popolare su cui si fonda la Costituzione americana. Tuttavia, il fatto che la *Supreme Court* svolga sia le funzioni di supremo giudice d’appello, sia di “controllore” nomofilattico e di giudice delle leggi, moltiplica necessariamente l’interazione di quest’ultima con i poteri politici. Tale relazione si è fatta, nel corso del XX secolo, sempre più conflittuale, soprattutto in merito a questioni al centro di battaglie culturali e politiche, in riferimento alle quali è emerso il ruolo autonomo della Corte suprema rispetto alla volontà delle maggioranze politiche⁹⁵.

3.2 Il movimento *law and emotion*

In opposizione al movimento *anti-empathic*, il gruppo composto di sostenitori dell’utilizzo dell’empatia nel processo da parte del giudice, affermano che tale criterio permette all’interprete di mettersi nei panni delle parti in causa, e di comprendere meglio il loro punto di vista (motivazioni, intenzioni e scopi)⁹⁶. Pertanto, l’empatia

⁹³ Nel caso *DeShaney v. Winnebago County* l’espressione “povero Joshua”, in riferimento al mancato intervento dello Stato nel proteggere un giovane ragazzo da violenze domestiche di carattere permanente, è stato interpretato dalla discussione sull’empatia come espressione di un’inappropriata simpatia da parte del giudice Blackmun nei confronti di quest’ultimo. *DeShaney v. Winnebago Cty. DSS*, 489 U.S. 189 (1989). Sull’argomento, si rimanda, in generale, a: K. Abrams e H. Keren, *Who's Afraid of Law and the Emotions*, in “Minnesota Law Review”, 94, 2010, p. 1997 ss.; A.E. Taslitz, *Why Did Tinkerbelle Get Off So Easy?: The Roles of Imagination and Social Norms in Excusing Human Weakness*, cit., p. 419.

⁹⁴ In merito all’ideologia del giudice guardiano, cfr. C. Gualtieri, *L’evoluzione del ruolo del giudice nei regimi democratici*, in M. Vogliotti (Ed.), *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 95-112.

⁹⁵ Sul punto, cfr. C. Valentini, *Le ragioni della Costituzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 1.

⁹⁶ J.B. Weinstein, *The Role of a Federal District Court Judge*, in “Brooklyn Law Review”, 76, 2011, p. 440.

rappresenta una componente necessaria per la realizzazione della “giustizia del caso concreto”, compatibile con i principi del *rule of law*.

L'utilizzo di tale criterio nel ragionamento giudiziario è conforme all'esistenza, nella giurisdizione, di una sfera fisiologica ed irriducibile di discrezionalità probatoria⁹⁷, che non viene analizzata dalla *justiciability doctrine*⁹⁸. In particolare, quest'ultima non prende in considerazione le diverse variabili che condizionano il ragionamento giudiziario, a differenza della *black letter doctrine*, in cui si afferma che una partecipazione attiva e personale delle parti nella causa rappresenta la migliore garanzia al fine di una corretta presentazione del caso al giudice⁹⁹.

La mancata attenta considerazione delle variabili che influenzano il giudizio giurisdizionale è particolarmente evidente se ci si sofferma sul ruolo peculiare attribuito alle *federal district courts*, e alle *juries*, definite “the human face” del diritto¹⁰⁰, in cui è possibile rinvenire la prima e forse unica opportunità di un'interazione personale tra le parti, eventuali testimoni, e i giudici, che devono decidere il caso loro sottoposto¹⁰¹.

L'empatia consiste nella *capacità*, da parte del giudice, di comprendere le motivazioni, desideri, obiettivi, delle parti, e a differenza della simpatia, l'empatia è neutrale rispetto a queste ultime¹⁰². In particolare, come Cuzo afferma: «Only by recognizing the differing viewpoints can a judge adequately weigh the interests at stake in the case.

⁹⁷ In tal senso, si rimanda alle illuminanti osservazioni, nell'ambito dell'epistemologia giudiziaria italiana, di L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione Giustizia Trimestrale*, n. 4/2016, p. 24 ss.

⁹⁸ Tale teoria individua alcuni criteri che devono essere applicati dai giudici per un corretto funzionamento delle Corti Federali. In particolare, questo orientamento rimanda ad una tensione, nel ruolo delle Corti, tra un “private rights’ approach”, in base al quale il ruolo delle Corti è decidere limitatamente sulla base del diritto vigente le ragioni delle parti che si sono rivolte alla giustizia, e un “public rights’ approach”, in cui le Corti considerano le parti come mezzi per interpretare il diritto creativamente, con effetti che vanno al di là del singolo caso considerato. Cfr. S.A. Bandes, *The Idea of a Case*, in *Stanford Law Review*, 42, 1990, p. 227. Nell'ambito della letteratura giuridica, la discussione relativa al rapporto tra questi due approcci è rinvenibile in: C.S. Sunstein, *Standing and The Privatization of Public Law*, in *Columbia Law Review*, 88, 1988, p. 1432 ss.; M.V. Tushnet, *The Sociology of Article III: A Response to Professor Brilmayer*, in *Harvard Law Review*, 93, 1980, p. 1698 ss.

⁹⁹ In merito, cfr. *Allen v. Wright*, 468 U.S. 1984, 770, *dissent opinio* del giudice Brennan.

¹⁰⁰ J.B. Morris, *Leadership of the Federal Bench: The Craft and Activism of Jack Weinstein*, Oxford University Press, New York, 2011, p. 97. Nelle parole del giudice Breyer: «A federal courtroom [...] is a public office in which a citizen meets face-to-face a high government official appointed by the President, ready to devote the time and effort needed to solve his or her particular legal problem». S. Breyer, *Tribute to the Honorable Jack Weinstein*, in *Columbia Law Review*, 97, 1997, p. 1948.

¹⁰¹ J. Cole, *Empathy Needs a Face*, in *Journal of Consciousness Studies*, 5-7, 2001, p. 51.

¹⁰² S.A. Bandes, *Moral Imagination in Judging*, cit., pp. 8-10.

In this way, empathy produces more equitable results than a formalist or quasi-formalist approach to adjudication»¹⁰³.

Pertanto, l'empatia cognitiva, applicata al processo, è perfettamente compatibile con l'art. III della Costituzione americana, più in generale con i principi di *rule of law*, e in particolare con la *undue prejudice rule*¹⁰⁴. Conseguentemente, l'utilizzo di tale criterio permette al giudice di limitare sia i *biases* impliciti, cui è soggetto in quanto essere umano¹⁰⁵; sia quelli cristallizzati nelle *federal sentencing guidelines*¹⁰⁶ che si fondano su valori o interessi condivisi dalla comunità giuridica o propri del "bene comune", ma che prescindono i bisogni ed esigenze degli individui singolarmente considerati¹⁰⁷.

Nella discussione giusfilosofica contemporanea, il movimento *law and emotion*, tra i cui esponenti è possibile ricordare Susan Bandes¹⁰⁸ e Martha Nussbaum, insistono sul concetto di immaginazione morale o narrativa¹⁰⁹, proprio dell'empatia cognitiva¹¹⁰.

¹⁰³ V. Cuozo, *Sotomayor's Judicial Empathy*, in *Notre Dame Law Review*, 89(1), 2013, p. 423.

¹⁰⁴ Secondo questa regola di *common law* tutti gli elementi probatori attinenti alla personalità dell'imputato ed ai suoi precedenti penali non sono soggetti al dibattimento *by jury*, ma vanno valutati dal giudice secondo il suo libero convincimento, nella fase del procedimento penale denominata *sentencing*, diversa da quella del giudizio di merito, il *trial*. Valutazione autonoma perché effettuata in una apposita udienza successiva e separata rispetto a quella dibattimentale, il cd. *sentencing hearing*, secondo regole procedurali diverse da quelle previste per il giudizio di merito e preordinata alla determinazione della pena imponibile ad imputato la cui colpevolezza è già stata accertata. In merito, questi elementi sono desumibili dal c.d. *background*, dai cd. *prior crimes* e dal c.d. *character* dell'imputato, e cioè, rispettivamente, dalle sue condizioni socio-economiche, dai suoi trascorsi criminali e dalla sua personalità. Cfr. R. Gambini Musso (Ed.), *Il processo penale statunitense*, Torino, Giappichelli, 1994.

¹⁰⁵ In merito alla possibilità che i giudici, non eletti dal popolo, possano utilizzare i tribunali come forum per imporre i propri valori e preferenze politiche, cfr. L. Brilmayer, *The Jurisprudence of Article III: Perspective on the "Case or Controversy" Requirement*, in *Harvard Law Review*, 93, 1979, p. 297.

¹⁰⁶ Esso è caratterizzato da un sistema di individuazione della pena fortemente predeterminato, che tuttavia può essere disatteso dal giudice con *opinio* dissenzienti e argomentate. Cfr. I.H. Nagel, *Structuring Sentencing Discretion: the New Federal Sentencing Guidelines*, in *The Journal of Criminal, Law and Criminology*, 80, 1990, pp. 883-943.

¹⁰⁷ S.A. Bandes, *The Idea of a Case*, cit., p. 286.

¹⁰⁸ Bandes definisce l'immaginazione morale come «the ability to understand one's own limitations, the limitations of perspective, the range of values at stake, and the possibilities for change inherent in the situation». S.A. Bandes, *Moral Imagination in Judging*, in *Washburn Law Journal*, 51, 2011, p. 24. Di parere simile, cfr. J.P. Lederach, *The Moral Imagination: The Art and Soul of Building Peace*, Oxford University Press, New York, 2005, p. 27.

¹⁰⁹ Tale strumento è per Nussbaum necessario per prepararsi ad affrontare l'interazione morale nel multiculturalismo contemporaneo. M.C. Nussbaum, *Coltivare l'umanità. I classici, il multiculturalismo, l'educazione contemporanea* [1997], Carocci, Roma, 2001, pp. 104-105.

¹¹⁰ In merito, si rimanda alle osservazioni svolte nel §. 2.3.

Questo si realizza nel «pensarsi nei panni di un'altra persona, di essere un lettore intelligente della sua storia, di comprenderne le emozioni, le aspettative e i desideri»¹¹¹.

Per Nussbaum, l'empatia presuppone l'esercizio dei «muscles of the imagination, making people capable of inhabiting, for a time, the world of a different person, and seeing the meaning of events in the world from the outsider's viewpoint»¹¹². In merito, l'utilizzo del metodo letterario e narrativo per descrivere la dimensione umana ed emozionale “nascosta” dal diritto, tesa a costruire una teoria generale del giudizio più rispettosa dell'umana dignità, è rinvenibile negli approcci *Law and Literature*¹¹³ e *Law and Humanities*¹¹⁴.

Tali orientamenti si sono sviluppati negli Stati Uniti verso la metà degli anni Ottanta del secolo scorso, e si sono occupati, quasi contemporaneamente alle scienze cognitive, del ruolo dei *biases* impliciti nei processi decisionali degli esseri umani, in particolare delle emozioni nel diritto.

Questi approcci ricorrono al concetto di narrazione, proprio della letteratura, e lo applicano all'ambito giuridico e giudiziario. In particolare essi rifiutano la concezione di una «realtà oggettiva fissa ed immutabile», definendola invece una «costruzione sociale»¹¹⁵, e propongono una formazione della *quaestio facti*, che dia voce agli «esse-

¹¹¹ Id. *Non per profitto. Perché le democrazie hanno bisogno della cultura umanistica* [2010], Il Mulino, Bologna, 2011, p. 111. In senso conforme si rimanda alle osservazioni di Franks, che definisce l'empatia “*the exercise of our moral imagination against, or at least indifferent to, our own self-interest*”. N.A. Franks, *Lies, Damned Lies, and Judicial Empathy*, cit., p. 68. Come sottolinea Carla Faralli, la ricerca dell'empatia è parte essenziale delle migliori concezioni di educazione alla democrazia, sia nei paesi occidentali sia in quelli orientali. Cfr. C. Faralli, *Diritto e letteratura nella formazione del giurista*, in *Contratto e impresa*, 2, 2014, p. 535.

¹¹² M.C. Nussbaum, *L'intelligenza delle emozioni*, Il Mulino, Bologna, 2001. La citazione si riferisce all'edizione in inglese, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 431.

¹¹³ Cfr. J.B. White, *The Legal Imagination* [1973], The University of Chicago Press, London, 1985; R. Cover, *Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto* [1983], Giappichelli, Torino, 2008, p. 5.

¹¹⁴ Per una ricostruzione di tali movimenti, si rimandi agli studi di: M.C. Nussbaum, *Il giudizio del poeta. Immaginazione letteraria e vita civile* [1995], Feltrinelli, Milano, 1996; A.G. Amsterdam, J. Bruner, *Minding the Law. How Courts Rely on Storytelling and How their Stories Change the Ways we Understand the Law and Ourselves*, Harvard University Press, Cambridge, 2000; R. Dworkin, *Diritto come letteratura* [1983], in Id., *Questioni di principio*, Milano, Il Saggiatore, 1985, pp. 179- 205. Per un'analisi delle pubblicazioni in tema di “diritto e letteratura”, in Italia, cfr. C. Faralli-M.P. Mittica (Eds.), *Diritto e letteratura. Prospettive di ricerca*, Aracne, Roma, 2010; M.P. Mittica, *Diritto e narrazioni. Temi di diritto, letteratura e altre arti*, Ledizioni, Milano, 2011; C. Faralli, *Le origini di “diritto e letteratura” nel realismo americano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2012, pp. 81-90.

¹¹⁵ William Twining, partendo da una visione contestualista, sostiene che la realtà è una costruzione sociale e non “*qualcosa di esterno che attende di essere trovato da qualche parte*”, e quindi le regole, le istituzioni, i soggetti, i processi giuridici possono essere compresi solo se collocati entro il contesto cui

ri umani» in quanto protagonisti delle loro particolari esperienze di vita, di cui non si può non tener conto nel momento in cui si producono norme o decisioni¹¹⁶.

Tali orientamenti, attraverso le abilità di *storytelling* (oltre che di *storyhearing*) degli attori giudiziari¹¹⁷, riflettono e fanno emergere da un lato, l'umanità delle persone nella loro diversità¹¹⁸, dall'altro, i condizionamenti determinati dalla cultura sul diritto¹¹⁹.

Sempre all'interno del movimento *law and emotions*, Lynne Henderson definisce l'empatia giudiziaria nell'«understanding the experience or situation of another, both affectively and cognitively, often achieved by imagining oneself to be in the position of the other»¹²⁰.

Henderson sostiene che nella sentenza *Brown v. Board of Education*¹²¹, l'empatia ha permesso, da un lato, di trasformare la “legalità” alla luce dell'*equal protection clause*¹²², dall'altro lato, ha aiutato i giudici costituzionali ad interpretare in modo corretto il principio *separate but equal*, che risultava nel caso in specie violato in quanto vi era “distinzione” ma non “eguaglianza”.

Nell'opinione di maggioranza scritta dal giudice Warren (Presidente della Corte), si è infatti stabilito che le leggi statali, anche se prevedevano la distinzione tra le classi, in realtà non garantivano agli studenti di colore lo stesso livello di educazione degli altri cittadini, e quindi non rispettavano il principio delle eguali opportunità (*equal protection clause*) previsto dal IV emendamento della Costituzione.

appartengono. Cfr. W. Twining, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

¹¹⁶ Sulla possibilità, da parte degli attori processuali, attraverso le narrazioni processuali, di individuare la realtà da diversi punti di vista, cfr. F. Di Donato, *La costruzione narrativa dei significati giuridici. Il fatto nel processo*, in M.P. Mittica e C. Faralli (Eds.), *Diritto e letteratura*, cit., pp. 109-122.

¹¹⁷ In tal senso è possibile rimandare al movimento di *lawyering theory*, che si concentra sul modo in cui i giudici e gli avvocati interpretano e costruiscono i fatti nel processo. In merito, cfr. K.L. Scheppelle, *Foreword: Telling Stories*, in *The Michigan Law Review*, 87, pp. 2073-2098.

¹¹⁸ Si pensi ai diversi movimenti volti a promuovere tali diversità, quali ad esempio i movimenti femministi (in particolare al femminismo relazionale di Carol Gilligan), la *critical race theory*, la *queer theory*, la *therapeutich jurisprudence school of Law*, al *Critical Legal Studies Movement*. Sul punto, si rimanda, in generale a: V.C. Gilligan, *Con voce di donna* [1982], Feltrinelli, Milano, 1987; J.E. Halley, *Gay Rights and Identity Imitation: Issues in the Ethics of Representation*, in D. Kairys, *The Politics of Law: A Progressive Critique*, Pantheon Books, New York, 1982, p. 115 ss.; C.R. Lawrence III, *The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism*, in *Stanford Law Review*, 39, 1987, p. 317 ss.

¹¹⁹ Amsterdam e Bruner propongono la tesi del narrativismo radicale, in base al quale il diritto è un'impresa narrativa intrecciata con la cultura. Cfr. J. Bruner, *La fabbrica delle storie. Diritto, letteratura, vita* [2003], Laterza, Roma-Bari, 2006.

¹²⁰ L. N. Henderson, *Legality and Empathy*, in *Michigan Law Review*, 85, 1987, p. 1579.

¹²¹ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

¹²² L. N. Henderson, *Legality and Empathy*, cit., p. 1594.

Altro teorico del diritto che si sofferma sull'importanza circa l'utilizzo del criterio empatico nel giudizio, è Richard Fallon Jr. In particolare, Fallon, nell'analisi della sentenza *Washington v. Davis*¹²³ si pone in posizione critica nei confronti di una legislazione, dettata dalla maggioranza politica, che riflette un'ostilità basata sulla razza, ma prescinde dal risolvere il problema dell'indifferenza e della *racially selective sympathy*¹²⁴. In tale caso, la Corte era stata chiamata a pronunciarsi in merito alla legittimità di un test proposto dalla polizia municipale del *District of Columbia* per un concorso relativo all'assunzione di nuovi ufficiali. Gli attori, un gruppo di persone di colore che non avevano superato il test, sostennero che l'esame di ammissione dovesse ritenersi incostituzionale in quanto lesivo dell'*equal protection clause*, dato che la percentuale di persone di colore che aveva superato il test era nettamente inferiore rispetto a quella della maggioranza bianca. La Corte rigettò in maniera chiara tale assunto, sostenendo che una legge o un provvedimento amministrativo non potessero ritenersi incostituzionali per violazione dell'*equal protection clause* del XIV emendamento, solo perché essi determinavano un effetto discriminatorio, essendo comunque necessario che si dimostrasse, attraverso lo *strict scrutiny*¹²⁵, l'esistenza di un intento discriminatorio da parte della pubblica autorità. Pertanto, riconoscere che una situazione di discriminazione indiretta, o *disparate impact*, sia sufficiente a sostenere una violazione dell'*equal protection clause*, comporterebbe il rischio di sottoporre al vaglio di costituzionalità ogni legislazione sociale che introducesse categorizzazioni.

Da ciò deriva l'importanza dell'elemento dell'intenzione¹²⁶ nei giudizi di costituzionalità delle leggi per violazione dell'*equal protection clause* rispetto al fattore razza, che si coglie in particolare per quanto concerne il profilo probatorio¹²⁷.

¹²³ *Washington v. Davis*, 44, 426 U.S. 229 (1976).

¹²⁴ R. H. Fallon Jr., *Implementing the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2001, p. 96. Id., *The Dynamic Constitution. An Introduction to American Constitutional Law and Practice* [2003], Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 169-171.

¹²⁵ Esso consiste in uno scrutinio di legittimità costituzionale, attraverso il quale si richiede "una domanda straordinaria di razionalità" che viene soddisfatta attraverso l'introduzione di uno *standard* di correlazione più stretto tra criteri adottati e fini perseguiti (di necessità, non solo di opportunità) e la richiesta di una giustificazione più rigorosa, capace di neutralizzare la presunzione di incostituzionalità. M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 130.

¹²⁶ La dimostrazione dell'intento discriminatorio implica un esame delle motivazioni di carattere soggettivo che hanno guidato il legislatore all'adozione di quel determinato atto, dovendosi provare che la considerazione del fattore "razza" abbia giocato un peso decisivo nel processo decisionale. Sul punto si rinvia alla sentenza *Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.*, 429 U.S. 252 (1977).

¹²⁷ D. Strazzari, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello*, Cedam, Padova, 2008, p. 138.

Da segnalare ancora, a favore dell'utilizzo dell'empatia nel ragionamento giudiziale, le riflessioni svolte da giudice federale Richard Posner nella sua opera *Sex and Reason*¹²⁸, in cui propone uno sforzo personale per promuovere un processo educativo nei confronti di avvocati e giudici, sul tema dell'omosessualità.

Nel merito, narrando l'aneddoto sulla sua lettura del *Simposio* di Platone, in cui si trattava dell'amore omosessuale, Posner critica l'approssimativa decisione resa nel caso *Bowers v. Hardwick*, sostenendo che il mancato riconoscimento del diritto degli omosessuali alla riservatezza¹²⁹ è fondato sia su un pregiudizio della società nei loro confronti¹³⁰, sia sulla mancanza di conoscenza della storia da parte degli operatori del diritto¹³¹.

Altro giudice che si è apertamente schierato a favore dell'utilizzo dell'empatia nel giudizio, attraverso l'adozione del *basic purpose approach*, è Stephen Breyer. In merito, egli ha affermato in più occasioni, in polemica con Antonin Scalia, che il giudice dovrebbe considerare altri fattori, oltre al testo, quanto interpreta le disposizioni costituzionali, e più precisamente dovrebbe far riferimento agli "underlying purposes"¹³².

In un'intervista rilasciata nel 2013 a Ioanna Kohler, per la *New York Review of Books*, egli ha sostenuto che per sviluppare un atteggiamento empatico nell'interprete sia necessario un suo accostamento alla letteratura¹³³.

In merito, Breyer è del parere che l'empatia rappresenti una «crucial quality [to have] in a judge» e che diverse tematiche, oggi molto discusse, tra cui quella relativa ai diritti delle donne, potrebbero essere meglio comprese leggendo, ad esempio, le opere *Madame de Lafayette* o *La principessa di Cleves*¹³⁴.

¹²⁸ R.A. Posner, *Sex and Reason*, Harvard University Press, Cambridge, 1992.

¹²⁹ In questo caso il giudice Byron White nella sua opinione di maggioranza affermò che la clausola del giusto procedimento sostanziale non poteva giustificare il riconoscimento di un diritto fondamentale degli omosessuali di praticare la sodomia. Cfr. *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 190, 192 (1986). Tal decisione è stata poi ribaltata dal caso *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), in cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità del reato di sodomia.

¹³⁰ S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, cit., pp. 304-305.

¹³¹ R.A. Posner, *Sex and Reason*, cit., p. 341 ss.

¹³² S. Breyer, *Active Liberty: Interpreting our Democratic Constitution*, Knopf, New York, 2005, pp. 17-18.

¹³³ I. Kohler, *On Reading Proust: Justice Stephen Breyer, interviewed by Ioanna Kohler*, in "New York Review of Books", 7.11.2013, disponibile in: <http://www.nybooks.com/articles/archives/2013/nov/07/reading-proust/>.

¹³⁴ *Ibidem*.

Recentemente, il caso giudiziario che ha maggiormente rinvigorito l'importanza dell'utilizzo dell'atteggiamento empatico da parte dell'interprete nel costituzionalismo americano è rappresentato dalla causa *Safford Unified School District v. Redding*¹³⁵, in cui la Corte suprema ha dato ragione a una studentessa tredicenne che, nel 2003, fu costretta dai responsabili della sua scuola a spogliarsi completamente perché sospettata di avere con sé farmaci proibiti. In tal caso, secondo quanto affermato dal giudice Souter a nome della maggioranza dei giudici della Corte, i funzionari dell'istituto violarono la *privacy* della ragazza, e dunque la Costituzione Usa, in quanto non vi era ragione per sospettare né che i farmaci in questione fossero fonte di pericolo, né che fossero stati nascosti sotto gli indumenti intimi. In questo caso il criterio o atteggiamento empatico è emerso nell'*opinione* resa dal giudice Ginsburg. In particolare, la stessa ha stabilito che la perquisizione effettuata da un funzionario scolastico sulla tredicenne ha comportato un'umiliazione dalla stessa sopportata, che ne ha intaccato la dignità.

Pertanto, nel caso in specie la soluzione del conflitto tra il diritto alla *privacy* della minore e il diritto alla salvaguardia degli studenti, da parte dei dirigenti scolastici, non poteva avvenire in astratto, con la prevalenza di un diritto sull'altro, bensì in concreto, attraverso l'utilizzo dell'empatia cognitiva, che ha ad oggetto l'analisi di tutte le circostanze irripetibili del fatto che lo rendono diverso da tutti gli altri.

4. Conclusioni

La scelta di affrontare il tema dell'empatia da un angolo visuale tanto ampio porta senz'altro con sé il rischio di un'esposizione dispersiva. In realtà si è inteso seguire un percorso relativamente lineare, al fine di "fissare" i tratti fondamentali di tale concetto, particolarmente complesso e magmatico, nelle differenti discipline che se sono occupate. Ciò è stato necessario al fine di chiarire un termine che, in coerenza tanto con le proprie origini quanto con le proprie diverse declinazioni, rimane a tutt'oggi con un senso plurale e multiforme. Che cosa si intenda per empatia e a quali fattori essa sia collegata dipende molto dalla concezione che della stessa si vuole accettare.

Pertanto, il rinnovato interesse relativo al rapporto tra diritto ed emozioni, quest'ultime caratterizzate come elementi imprescindibilmente connessi nella natura

¹³⁵ *Safford Unified School District v. Redding*, 557 U.S. 364 (2009).

degli esseri umani, e al conseguente sviluppo di orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in ambito statunitense tesi ad integrare la teoria e la pratica del diritto con l'empatia, porta ad un necessario ripensamento, anche nella nostra esperienza giuridica, sia dello strumentario categoriale della teoria del diritto, sia dell'epistemologia giudiziaria, che appaiono pertanto inadeguati rispetto alla complessità di questi nuovi fenomeni.

Tuttavia, la mancanza di coerenza tra l'importanza teorica attribuita all'empatia e la sua evidenza empirica richiede che si insista a fare ricerca su di essa. In particolare, sarebbe auspicabile la promozione di studi e di un relativo dibattito che permettano di distinguere in modo puntuale, come spero di essere riuscita ad effettuare in questo lavoro, tra empatia cognitiva, intesa come assunzione intellettuale della prospettiva delle parti processuali, ed empatia emotiva, intesa come compartecipazione vicaria alle emozioni di queste ultime: ottenere questa distinzione è molto importante per fornire una definizione precisa del costrutto dell'empatia come processo a più dimensioni.