

LA GIUSTIZIA EMPATICA

Avv.ta Caterina Biafora

Nei giorni 7 e 8 marzo 2019, la Commissione Diritto di Famiglia del Consiglio Nazionale Forense ha organizzato l'evento, denominato "*le giornate del CNF per i diritti delle persone e delle famiglie*" che ha visto una massiva presenza di Avvocati ed Avvocate della rete Nazionale dei Comitati delle Pari Opportunità presso gli Ordini degli Avvocati ed Avvocate d'Italia- il che conferma la crescente attenzione e sensibilità delle Istituzioni che ci rappresentano verso argomenti di grande rilevanza sociale e giuridica, quali l'interesse verso le varie declinazioni di famiglia, le responsabilità genitoriali, i diritti dei minori fuori dalla famiglia di origine, i diritti delle Donne, la violenza di genere e la Giustizia empatica, a parere di chi scrive, di grande interesse.

Questo contributo, pertanto, verterà precipuamente sull'analisi della giustizia empatica, tenuto conto degli interventi dei relatori e delle relatrici del Convegno.

Va preliminarmente premesso come per decenni, giuristi e studiosi del diritto abbiano sostenuto che l'applicazione delle norme giuridiche dovesse essere mossa solo ed esclusivamente dalla ragione e dalla logica, con una totale estromissione della dimensione emotiva.

Secondo tale impostazione, l'uso dell'empatia, soprattutto da parte dei magistrati, è associata all'idea di parzialità e di non terzietà del giudicante medesimo, poiché un giudizio empatico equivale fondamentalmente ad giudizio emotivo e, pertanto, irrazionale, con conseguenti favoritismi.

A parere di chi scrive, invece, l'empatia rappresenta un importante fattore decisionale, non solo con riferimento all'attività ermeneutica del giudicante, ma anche in relazione all'attività difensiva.

I Giudici, piuttosto che sopprimere l'empatia nel giudizio, dovrebbero sviluppare le loro capacità empatiche, fattore che migliorerebbe l'imparzialità della decisione.

L'empatia, in una siffatta dimensione, dovrebbe essere pensata come uno sforzo a comprendere, per quanto possibile, le prospettive degli altri, specie di coloro che appartengono a contesti diversi rispetto a quelli di provenienza del giudicante, poiché,

inconsiamente, egli o ella tenderà a dare maggior valore e rilevanza alle affermazioni delle parti più familiari e più simili al modo in cui percepiscono il mondo.

Anche i Giudici sono, infatti, influenzati dalle loro esperienze passate, dalla loro educazione, dalla loro istruzione e *background* sociale, sicché, pur non essendo esigibile, quantomeno a livello inconscio, che abbandonino completamente tutti i loro pregiudizi e prospettive durante l'attività decisionale, tuttavia dovrebbero incominciare ad avere consapevolezza delle loro inclinazioni e, conseguentemente, porre in essere uno sforzo cosciente quando ascoltano opinioni e storie diverse, in un'ottica empatica.

I magistrati, come tutti gli altri, hanno le proprie tendenze riguardo al modo in cui considerano i vari tipi di casi giudiziari, con quale parte tendono ad identificarsi e le cui affermazioni sono più vicine al loro pensiero, sia a livello cognitivo che a livello emotivo.

Come anticipato, il concetto di Giustizia empatica, veramente all'avanguardia e dirompente, non è ancora concettualizzata in Italia, mentre negli Stati Uniti è stato oggetto di riflessioni da parte di una studiosa e filosofa liberale *Martha Nussbaum*.

La preziosissima analisi effettuata dal dott. Eduardo Savarese, Giudice del Tribunale di Napoli, ha fatto luce sul tema, portando come esempio la letteratura americana, quale il celebre libro del Giudice *Richard Posner* "*sex and reason*" del 1992, dedicato all'omosessualità: proprio la carenza di conoscenza e di empatia nei confronti di detta minoranza, ha determinato molte delle limitazioni dei loro diritti. Come affermò il Giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti *Stephen Breyer*: i giuristi dovrebbero leggere molta letteratura, forse, molto più che saggistica, soprattutto con riferimento alle questioni di genere.

Barack Obama ha definito l'empatia un requisito essenziale per coloro che intendono assumere il ruolo del Tribunale di ultima istanza del sistema giudiziario degli Stati Uniti. Perché solo attraverso la conoscenza della vita non solo giuridica, ma anche di quella sociale sarà possibile far cadere pregiudizi e barriere.

In piena sintonia con le considerazioni svolte sino ad ora, la Procuratrice Generale presso la Corte di Cassazione, dott.ssa Ceroni e il dott. Savarese hanno sottolineato la rilevanza, nel decidere, della comprensione umana, da ritenersi uno strumento imprescindibile nella valutazione corretta dei casi e per la realizzazione di una Giustizia del caso concreto, compatibile con il ruolo del diritto.

Tale criterio consente, infatti, di mettersi nei panni delle parti in causa e di comprendere meglio il loro punto di vista -motivazioni, intenzioni, scopi e sentimenti-.

L'approccio empatico serve, quindi, a colmare le lacune dell'ordinamento e a farlo evolvere, come nel caso emblematico del riconoscimento del diritto alla fratellanza, così come rappresentato dalla dott.ssa Ceroni.

Il relatore e la relatrice hanno sottolineato, inoltre, l'importanza dell'ascolto delle parti e della lettura degli atti che va al di là del testo freddo e distaccato e la necessità di soffermarsi sulle dichiarazioni scritte delle parti per capire le loro richieste, le loro emozioni, così come avvenuto, ad esempio, in occasione della valutazione del caso oggetto della sentenza storica della Corte di Cassazione che ha accolto il ricorso di una transessuale che esigeva di cambiare sesso all'anagrafe, sebbene non si fosse sottoposta ad intervento chirurgico.

Ricorda la Dott.ssa Ceroni, che proprio la lettura empatica degli atti di quel procedimento, aveva fatto emergere l'elaborazione sofferta e personale della propria identità di genere, realizzata con il sostegno di trattamenti medici e psicologici necessari, che ha poi portato ad accogliere il predetto ricorso in precedenza rigettato sia dal Tribunale di Piacenza che dalla Corte di Appello di Bologna.

L'empatia nel giudizio, pertanto, ha consentito nel caso di specie ad una interpretazione della legge in senso liberale e non di costrizione con riferimento alla legge sul cambiamento di sesso, diversamente da come avveniva prima di allora.

Come si è detto, l'empatia è relevantissima per meglio comprendere la parte più diversa rispetto al mondo del giudicante.

Al di là dei lodevoli ed importantissimi casi rappresentati dalla dott.ssa Caione, che hanno portato al riconoscimento del diritto alla fratellanza o al cambiamento di genere, senza un necessario intervento chirurgico, si deve, tuttavia, evidenziare come, spesso, nelle aule giudiziarie, soprattutto nell'ambito del diritto di famiglia e dei minori, tale empatia risulti totalmente assente.

Basti pensare al caso emblematico dell'eccessivo utilizzo dello strumento normativo disciplinato dall'art. 403 c.c., analizzato dalla Prof.ssa Cordiano.

La docente, nel suo intervento, ha rimarcato come l'allontanamento dei minori e l'inserimento nelle strutture sia un vero e proprio problema sociale.

In base alle più recenti statistiche nel 2016 più di 14.000 minori *“risultavano in affidamento familiare, 12.000 minori in strutture; nel 2015 un’analisi della garante dell’infanzia segnalava che il 13% degli affidi complessivi a livello italiano erano consensuali, il 57% giudiziali, il 28,5% non specificati all’origine del provvedimento dando adito a riflessioni in merito alla possibilità che si trattasse appunto di allontanamenti ex 403 cc a cui però non erano seguite misure di sostegno e progettuali. Il problema sociale è evidentemente molto presente anche all’interno della categoria degli assistenti sociali”*.

In Italia, dunque, vi è un vero e proprio abuso di questo strumento normativo.

Spiega la Prof.ssa Cordiano che *“il tema dell’eccezionalità della misura dovrebbe emergere non solo dal tenore letterale della norma ma anche da una consolidata interpretazione che i giuristi fanno del 403 cc. Eppure rimane una norma molto difficile”*.

Altro dato preoccupante sottolineato dalla docente è che i *“403 si fanno sui nuclei familiari indigenti [...] e soprattutto su nuclei indigenti stranieri per i quali la valutazione del dato culturale insito in queste strutture familiari ci è assolutamente sconosciuto e facciamo di queste famiglie il peggio che si possa fare”*.

Il Consigliere Dott. Bisogni sul punto ha dichiarato: *“io credo che l’Avvocatura su queste cose abbia cose forti da dire perché francamente non ci sono delle garanzie cioè i servizi sociali a volte hanno dei modi di comportamento che sono assolutamente esclusivi del genitore che poi subisce la dichiarazione di adottabilità; cioè se si fanno dei procedimenti ciò deve implicare un forte diritto di difesa”*.

Tali dati inducono ad una riflessione, poiché le famiglie più colpite da questa tipologia di provvedimento appartengono alle categorie con cui si fa più fatica ad empatizzare, per cui subiscono gli effetti di norme poco sensibili al dato culturale o reddituale.

Noi Avvocati ed Avvocate dobbiamo, infatti, assolutamente agire per garantire sempre il diritto di ogni bambino -anche a quello povero e/o straniero- a vivere nella propria famiglia di origine e che, nel caso in cui il minorenne sia costretto a vivere fuori, l’esperienza dell’affidamento familiare debba essere protesa al recupero del legame con la famiglia biologica e debba cessare una volta superate le problematiche di idoneità temporanee, onde consentire in tempi celeri il reinserimento del minore nella propria famiglia.

La famiglia adottiva potrà, quindi, sostituire quella biologica solamente quando sia definitivamente impossibile per il minore vivere nella famiglia di origine e il ricorso allo strumento dell’adozione deve essere eccezionale.

In quest'ottica, da un lato, dovrà essere garantito il pieno diritto di difesa ai genitori coinvolti, che dovranno essere correttamente e completamente informati -sia nel caso di affidamento che di adozione- e, dall'altro, -in presenza di nuclei familiari stranieri- la decisione di affidare o adottare un bambino dovrà tenere conto anche della loro cultura.

Confido, quindi, nella giustizia empatica in una società sempre meno empatica, promuovendo anche in Italia dibattiti e approfondimenti per individuare gli ambiti applicativi della stessa, in ossequio alla discrezionalità interpretativa e probatoria nell'esercizio del potere giurisdizionale e all'imparzialità e alla correttezza della decisione giudiziaria.

Ritengo, infine, che i Giudici dovrebbero, proprio per sostenere pienamente l'ideale di imparzialità giudiziaria, sviluppare la loro capacità di valorizzare l'empatia come componente necessaria della loro attività di giudizio, al fine di dare una considerazione uguale e obiettiva alle pretese della parte la cui esperienza vissuta differisca maggiormente da quella del magistrato.

Questo tipo di empatia è necessaria affinché il Giudice possa affrontare quel *bias* inconscio che lo induce a non identificarsi con la parte meno simile a lui.

In quest'ottica, mi piace ricordare le parole di Edith Stein, filosofa ebrea convertita al cattolicesimo, morta in un campo di concentramento, personalità luminosa del Novecento, che ha studiato l'empatia, così magistralmente descritta: *“l'io empatico non si annulla nell'io dell'altro ma si distingue, rivive l'esperienza dell'altro e la rivive meglio, in un processo di ripetizione dell'esperienza”*.