DIRITTO PENALE
E UOMO

Riflessione

Bias cognitivi e decisione del giudice: un'indagine sperimentale

di Susanna Arcieri

***Abstract**. Nel 2001, i ricercatori Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski e Andrew J. Wistricliff, impegnati da quasi vent'anni nello studio dei meccanismi alla base del processo decisionale e delle molteplici forme di distorsione del pensiero suscettibili di viziare il ragionamento giudiziale, hanno realizzato un noto studio sperimentale volto a indagare influenza di alcune errori (cd.* bias*) cognitivi nel ragionamento dei giudici federali statunitensi. I ricercatori hanno infatti coinvolto un campione di 167* magistrate judges *federali in una serie di esperimenti, cinque in totale, per verificare l'esistenza e gli effetti di altrettanti* bias *cognitivi, tra i più noti nella letteratura dell'epoca. L'indagine ha riguardato, in particolare, (1) il* bias *dell'ancoraggio, (2) l'effetto* framing*, (3) il* bias *"del senno del poi" o* hindsight bias*, (4) l'euristica della rappresentatività, (5) il* bias *egocentrico. L'analisi dei risultati ottenuti e le risposte fornite ai test hanno mostrato che, durante l'esperimento, la maggior parte dei giudici è caduta vittima di uno o più* bias *cognitivi, così portando i ricercatori a concludere che «queste illusioni cognitive influenzano anche gli attori più importanti e influenti del sistema processuale: i giudici»*[1].

SOMMARIO: 1. Introduzione.– 2. L'ancoraggio. – 3. L'effetto *framing*.– 4.4. L'*hindsight bias*, o *bias* del "senno di poi".– 5. L'euristica della rappresentatività.– 6. Il *bias* egocentrico. – 7. Conclusioni.

[1] C. Guthrie, J.J. Rachlinsky, A.J. Wistricliff, *Inside the Judicial Mind*, in *Cornell Law Faculty Publications*, Vol. 86, 2001, pp. 787 («*these cognitive illusions also affect the legal system's most important and powerful actors: judges*» – le traduzioni riportate nel presente contributo sono a cura dell'autrice).

(cc) BY-NC-ND

1. Introduzione.

Nel 2001, un *team* di noti giuristi americani (i Prof. Chris Guthrie[2] e Jeffrey J. Rachlinski[3] e il giudice Andrew J. Wistricliff[4]) ha realizzato **una serie di esperimenti** per verificare se le decisioni delle corti statunitensi fossero realmente frutto del solo e **libero pensiero** del giudice o se, al contrario, fossero in qualche misura viziate dalle diverse forme di **distorsioni cognitive** (***bias***), già note da tempo nel campo della psicologia cognitiva[5].

L'indagine si è focalizzata su **cinque dei *bias* cognitivi più noti** nelle letteratura dell'epoca[6]:

1. il *bias* dell'ancoraggio;
2. l'effetto *framing*;
3. il *bias* "del senno del poi" o *hindsight bias*;
4. l'euristica della rappresentatività;
5. il *bias* egocentrico.

Complessivamente, lo studio ha coinvolto **167 *magistrate judges* federali**[7], ciascuno dei quali ha ricevuto **un questionario** con una serie di domande, in parte identiche per tutti i partecipanti e in parte differenziate a seconda del tipo di test e di errore cognitivo di volta in volta indagato, da compilare in forma anonima.

L'analisi delle risposte fornite ai test ha mostrato che, durante l'esperimento, la maggior parte dei giudici è caduta vittima di uno o più *bias* cognitivi, così portando i ricercatori a concludere che «queste **illusioni cognitive** influenzano anche gli attori più importanti e influenti del sistema processuale: i **giudici**»[8].

Ma vediamo più da vicino come si è svolto l'esperimento.

2. L'ancoraggio.

Nella prima parte dell'esperimento, i ricercatori si sono chiesti se anche i giudici fossero sensibili agli effetti del cd. **ancoraggio**, un fenomeno mentale evidenziato per la prima volta dagli psicologi **Daniel Kahneman** e **Amos Tversky**[9] in base al quale – per dirlo con le parole di Guthrie e colleghi – «quando devono effettuare una **stima numerica** (ad esempio, il valore di mercato di una casa), le persone tendono a **fare affidamento sul primo dato** a disposizione (ad esempio, il prezzo di listino). La stima finale tende ad "ancorarsi" a quel valore iniziale»[10].

---

[2] Vicerettore e Professore Associato di Diritto presso il Center for the Study of Dispute Resolution, University of Missouri School of Law.
[3] Professore Associato di Diritto presso la Cornell Law School di New York.
[4] *Magistrate judge* della Corte Distrettuale degli Stati Uniti, Distretto Centrale della California.
[5] C. Guthrie, J.J. Rachlinsky, A.J. Wistricliff, *Inside the Judicial Mind*, cit., pp. 777 ss.
[6] Per una rassegna attuale sul tema, si rinvia a D. Kahneman, *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, 2012; si veda altresì A. Tversky, D. Kahneman, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, Sep 27;185(4157), 1974, pp. 1124 ss.
[7] Nell'ordinamento statunitense, i *magistrate judges* sono ufficiali giudiziari in servizio presso i tribunali distrettuali e da essi nominati, che proprio per questa ragione si differenziano dai giudici ordinari, di nomina politica.
[8] Cfr. *supra*, nt. 1.
[9] *Cfr*. A. Tversky, D. Kahneman, *Judgment Under Uncertainty*, cit.
[10] «*When people make numerical estimates (e.g., the fair market value of a house), they commonly rely on the initial value available to them (e.g., the list price). That initial value tends to "anchor" their final estimates*» (p. 788).

Così, i ricercatori hanno chiesto ai giudici di **determinare la somma** dovuta a titolo di **risarcimento** del danno nell'ambito di **ipotetico procedimento** per lesioni personali.

La vicenda processuale era così descritta: «l'imputato è un'importante azienda nel settore della fornitura di merci. La persona offesa ha riportato gravi lesioni dopo essere stata **investita da un camion** di proprietà dell'imputato […]. Le successive indagini hanno rivelato un guasto al sistema frenante del camion, alla cui **manutenzione** l'imputato non aveva provveduto regolarmente. La persona offesa ha trascorso diversi mesi in ospedale e da allora è bloccata su una sedia a rotelle, priva dell'uso delle gambe. Prima dell'incidente poteva contare su un buono stipendio come elettricista freelance […] La persona offesa ha agito in giudizio per ottenere il **risarcimento dei danni** da salario perduto e da ospedalizzazione, oltre ai danni legati al dolore e alla sofferenza subiti, **senza tuttavia specificare alcun importo**»[11].

Per una parte dei giudici, **la vicenda si concludeva qui**: dopo aver letto la storia, dovevano solo indicare quale fosse la **somma ritenuta più congrua** a titolo di risarcimento.

A un altro gruppo di giudici, invece, è stata fornita un'**informazione aggiuntiva** (con la funzione di **potenziale àncora**), ossia che il pubblico ministero aveva già avanzato una **richiesta di archiviazione** del procedimento, dal momento che non risultava raggiunta la **soglia minima** di danno risarcibile, pari a **75.000 dollari**.

«**Se ritenete di rigettare** la richiesta di archiviazione, **quale somma liquidereste** a titolo di risarcimento?»[12], veniva quindi chiesto ai giudici del secondo gruppo.

Ed ecco i risultati.

I giudici del **primo gruppo**, ai quali non era stata offerta un'àncora hanno fissato in **1.249.000 dollari** di media la somma dovuta a titolo di risarcimento, mentre i giudici del **secondo gruppo**[13] hanno indicato in media una cifra decisamente più bassa, di soli **882 mila dollari**.

La presenza dell'ancora, ossia «l'invito a decidere su una richiesta di archiviazione pretestuosa» ha quindi «**ridotto l'ammontare della somma liquidata di oltre 350.000 dollari (pari al 29,4%)**»[14], inducendo i giudici del secondo gruppo a ritenere che l'entità del danno risarcibile fosse **particolarmente esigua**.

3. L'effetto *framing*.

Il secondo test riguardava il cd. **effetto *framing***, o ***bias* di contesto**.

Si tratta della tendenza a **guardare le cose da un solo punto di vista** (*frame*, appunto), focalizzando l'attenzione su un unico aspetto del problema, **escludendo gli altri elementi** che, al contrario, sarebbe necessario considerare per decidere con piena consapevolezza[15].

---

[11] *«The defendant is a major company in the package delivery business. The plaintiff was badly injured after being struck by one of the defendant's trucks* […] *Subsequent investigations revealed that the braking system on the truck was faulty, and that the truck had not been properly maintained by the defendant. The plaintiff was hospitalized for several months, and has been in a wheelchair ever since, unable to use his legs. He had been earning a good living as a free-lance electrician* […]. *The plaintiff has requested damages for lost wages, hospitalization, and pain and suffering, but has not specified an amount»* (p. 790).
[12] «[I]*f you deny the motion, how much would you award the plaintiff in compensatory damages?»* (p. 791).
[13] A esclusione dei due giudici che hanno ritenuto di accogliere la richiesta di archiviazione.
[14] *«Asking the judges to rule on this frivolous motion depressed average damage awards by more than $350,000 (or 29.4%)»* (p. 792).
[15] Cfr. D. Kahneman, A. Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, in *Econometrica*, 1979, 263, pp. 47 ss.

Il *frame* di partenza può essere ***positivo*** – è il caso di chi guarda cioè esclusivamente ai **potenziali vantaggi** derivanti dalla scelta – oppure ***negativo*** – quando ci focalizziamo sui **rischi di perdita** –.

Le ricerche psicologiche dimostrano che il punto di vista che adottiamo **incide profondamente** sulle nostre decisioni finali e, in particolare, che la tendenza a concentrarsi sui **rischi di perdita** induce le persone a preferire **soluzioni caute**, che non comportino elementi di novità e che, anzi, mantengano il più possibile **lo *status quo***.

Per via del *frame* negativo, ad esempio, «la maggior parte delle persone preferisce un guadagno certo di 100 dollari a una probabilità del 50% di vincerne 200, ma preferisce una probabilità del 50% di perdere 200 dollari a una perdita sicura di 100»[16], spiegano i ricercatori.

Nel loro secondo esperimento, Guthrie e colleghi hanno innanzitutto presentato a tutti i giudici un nuovo caso ipotetico

> «L'attore ha citato il giudizio il convenuto chiedendo **200.000 dollari di danni** per violazione di *copyright*. […] Ritieni che l'attore abbia una probabilità del 50% di ottenere tutti i 200.000 dollari e una probabilità del 50% di non ottenere nulla. Ti aspetti, inoltre, che se le parti non raggiungeranno un accordo, pagheranno ciascuna 50.000 dollari a titolo si spese legali»[17].

Anche qui, i giudici sono stati divisi in due gruppi. Questa volta, però, a ciascuno dei due gruppi è stata data un'informazione aggiuntiva.

Una parte dei giudici – che veniva invitata a guardare la vicenda dalla prospettiva dell'attore – trovava scritto: «**il convenuto intende offrire all'attore 60.000 dollari** a titolo di transazione. Credi che **l'attore dovrebbe accettare**?»[18].

La scelta, per l'attore, era quindi tra **la certezza di ottenere 60.000 dollari** e la **possibilità di ottenerne 50.000** (50% di probabilità di ottenere 200.000, più 50% di probabilità di ottenere 0 e di pagare 50.000 di spese legali).

Il secondo gruppo, invece, che era indotto a guardare la vicenda dalla prospettiva del convenuto, doveva rispondere a questa domanda: «l'attore dichiara di essere disposto ad **accettare 140.000 dollari** per risolvere il caso. Credi che il **convenuto dovrebbe pagare tale somma?**»[19].

Dal punto di vista del convenuto, l'alternativa era tra una **perdita sicura di 140.000** dollari e **un rischio di perdita di 150.000 dollari** (cioè 50% di possibilità di perdere 200.000, più 50% di possibilità di perdere 0 e pagare 50.000 di spese).

---

[16] «*Most people prefer a certain $100 gain to a 50% chance of winning $200 but prefer a 50% chance of losing $200 to a certain $100 loss*» (p. 794).
[17] «*Plaintiff has sued a defendant for $200,000 in a copyright action.* […]. *You believe that the plaintiff has a 50% chance of recovering the full $200,000 and a 50% chance of recovering $0. You expect that should the parties fail to settle, each will spend approximately $50,000 at trial in litigation expenses*» (p. 796).
[18] «*The defendant intends to offer to pay the plaintiff $60,000 to settle the case. Do you believe that the plaintiff should be willing to accept $60,000 to settle the case?*» (*ibidem*).
[19] «*The plaintiff intends to offer to accept $140,000 to settle the case. Do you believe that the defendant should be willing to pay $140,000 to settle the case?*» (p. 797).

I due scenari, sottolineano gli Autori, erano del tutto identici in termine di valore atteso. Tuttavia, non altrettanto identiche sono state **le risposte** fornite dai giudici, proprio a causa dell'influenza esercitata dal *frame*.

Infatti, «**il 39,8%** dei giudici del primo gruppo (trentatré su ottanta) hanno dichiarato che **l'attore dovrebbe accettare** l'offerta di 60.000 dollari, ma solo **il25%** dei giudici del secondo gruppo (venti su ottanta) ha ritenuto che il **convenuto dovesse pagare** la somma 140.000 dollari proposta dall'attore»[20].

Il modo in cui è stato strutturato il test ha creato «**l'illusione** che la scelta dell'attore fosse tra due **potenziali guadagni** e che quella del convenuto fosse tra due **possibili perdite**. Dalla prospettiva dell'attore, accettare l'accordo sembrava la scelta migliore; dal lato del convenuto, sembrava invece più conveniente affrontare il processo, anche se i due scenari presentavano scelte identiche, sotto il profilo economico»[21].

4. L'*hindsight bias*, o *bias* del "senno di poi".

Le successive domande erano volte a testare la suscettibilità dei giudici ad cd. ***hindsight bias***[22], o *bias* del "senno di poi". Si tratta di un errore di giudizio **retrospettivo**, che induce l'individuo a credere, una volta che un fatto si è verificato, di **aver *sempre saputo*** che si sarebbe verificato in quello specifico modo (anche se, nella realtà, non disponeva degli elementi necessari per una simile previsione).

Valutazioni di questo tipo, nelle quali cioè si pone il problema di valutare *oggi* quanto fosse prevedibile, allora, la verificazione di un certo evento, sono di **centrale importanza** per il diritto.

Il test consisteva, anche qui, nel sottoporre ai giudici una **vicenda giudiziaria** (realmente accaduta, in questo caso).

> «Nel 1991, un detenuto [ha adito] la corte distrettuale federale […] denunciando, tra l'altro, di una **condotta negligente** da parte del personale medico del carcere in occasione di trattamenti [a cui era stato sottoposto **in carcere**]. La corte distrettuale ha rigettato il ricorso [e] ha inoltre accertato che l'attore era consapevole del fatto che il suo ricorso non poteva trovare accoglimento dal momento che, diversi anni prima, aveva proposto doglianze analoghe, parimenti respinte. Pertanto, la Corte ha inflitto una **sanzione al ricorrente** […] L'attore ha appellato la decisione della Corte distrettuale»[23].

---

[20] «*39.8% (thirty-three out of eighty-three) indicated that they thought the plaintiff should accept the $60,000 settlement offer, but only 25% (twenty out of eighty) of the judges evaluating the case from the defendant's perspective indicated that they thought the defendant should pay the S140,000 settlement payment proposed by plaintiff*» (*ibidem*).

[21] «*The illusion that the plaintiff faced a choice between potential gains and that the defendant faced a choice between potential losses. From the plaintiff's perspective, settlement seemed relatively more attractive, while from the defendant's perspective, trial seemed relatively more attractive, even though the two perspectives presented identical economic choices*» (p. 798).

[22] Gli Autori riferiscono le prime evidenze di tale errore cognitivo a B. Fischhoff, *Hindsight ≠ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment Under Uncertainty*, in *J. Experimental Psichol: Hum. Perceptions & Performance*, Vol. 1, n. 3, 1975, pp. 288 ss.; *id*., *For Those Condemned to Study The Past: Heuristics and Biases in Hindsight*, in D. Kahneman, P. Slovic, A. Tversky (a cura di) *Judgment Under Uncertainty: Heuristics And Biases*, Cambridge University Press, 1982, pp. 338 ss., nonce a S.J. Hoch, G.F. Loewenstein, *Outcome Feedback: Hindsight and Information*, in J. *Experimental Psichol. Learning Memory and Cognition*, 15(4), 1989, pp. 605 ss.

[23] «*In 1991, a state prisoner filed a*[n] […] action in Federal District Court […] *asserting, among other things, that the prison had provided him with negligent medical treatment* […] *The district court dismissed his complaint* [and it] *found that the plaintiff knew*

La storia prevedeva **tre esiti alternativi**, distribuiti in maniera casuale tra i giudici:

1. la Corte d'Appello **confermava** la sanzione;
2. la Corte d'Appello **riduceva** la sanzione;
3. la Corte d'Appello **escludeva** l'applicabilità della sanzione.

Indipendentemente dal finale assegnato, è stato chiesto a ciascun giudice di rispondere a questa **domanda**: «sulla base delle informazioni a disposizione, quale dei possibili esiti dell'appello [riduzione, conferma, annullamento della sanzione] ritieni fosse **più prevedibileall'epoca**?»[24].

La loro risposta – se immune da *hindsight bias* –, avrebbe dovuto essere del tutto **indipendente** dall'esito effettivo, riportato nei singoli questionari.

Non è stato così: i giudici a cui era stato proposto un determinato esito erano molto più inclini degli altri a concludere che quell'esito fosse, fin dall'inizio, il più probabile.

Ad esempio, è risultato che, **l'81,5%** dei giudici a cui è stato prospettato il finale n. 1, ossia la conferma della sanzione, ha indicato tale risultato come il più prevedibile. La medesima risposta è stata data **solo dal 27,8%** di coloro a cui era stato assegnato il finale n. 3, l'annullamento della sanzione.

Il risultato complessivo è rappresentato nella tabella sottostante.

Tabella 1

Finale assegnato	Esito ritenuto più probabile (% delle risposte)		
	Riduzione	Conferma	Annullamento
Riduzione della sanzione	**38.6**	**40.4**	**21.1**
Conerrma della sanzione	**7.4**	**81.5**	**11.1**
Annullamento della sanzione	**20.4**	**27.8**	**51.9**

Rielaborazione della Tabella 2 dello studio in esame, p. 803.

Come si vede, la somma delle percentuali dei giudici che, in ciascuno dei tre gruppi, hanno scelto come più probabile proprio l'esito che era stato loro proposto, è del 172% (38,6% + 81,5% + 51,9%).

Se non fossero stati influenzati dall'*hindsight bias*, però – sottolineano gli Autori – «il totale sarebbe stato pari al 100%»[25].

---

his claims were not actionable because he had made similar claims several years earlier in a case that had been dismissed by the court. […] *Thus, the district court sanctioned the plaintiff* […] *The plaintiff appealed the district court's decision*» (pp. 801-802).

[24] «*In light of the facts of the case* [...] *which of the following possible outcomes of the appeal was most likely to have occurred?*» (p. 802).

[25] «*It would have been 100%*» (p. 803).

5. L'euristica della rappresentatività.

Il quarto errore cognitivo oggetto dell'esperimento è la cd. euristica della **rappresentatività**, e cioè la tendenza ad attribuire **caratteristiche similia oggetti simili**, ignorando le informazioni, pur esistenti, che porterebbero a differenziare l'oggetto dalla categoria a cui è stato precedentemente ricondotto.

Spiegano più in particolare gli Autori che: «nel compiere valutazioni categoriali, (ad esempio, la circostanza che l'imputato sia effettivamente l'autore del reato), le persone tendono a basare i propri giudizi sulla misura in cui gli elementi a disposizione (ad esempio, l'atteggiamento dell'imputato) sono rappresentativi della categoria»[26] oggetto di valutazione, che in questo caso è la colpevolezza.

«Quando gli elementi sembrano ricondurre alla categoria (ad esempio, l'imputato ha un atteggiamento nervoso ed evasivo), si tende a ritenere elevata la probabilità» che il soggetto sia colpevole; al contrario, «quando gli elementi a disposizione non corrispondono alla categoria […], (ad esempio, l'imputato appare a suo agio)»[27] si ritiene molto meno probabile che l'imputato sia colpevole.

Da questo processo mentale, di per sé elementare, **restano però fuori una serie di elementi** ulteriori parimenti esistenti che, se fossero presi in debita considerazione, potrebbero condurre a valutazioni diverse.

Una delle informazioni che l'euristica della rappresentatività tipicamente induce a trascurare sono i dati statistici, come ad esempio la "**frequenza di base**"[28], il quale indica, in sostanza, la **proporzione di casi** rispetto al totale in cui si verifica l'evento che ci interessa – poniamo, l'insorgenza di una malattia – rispetto al totale dei casi esaminati – se, su cento persone, i malati sono dieci, la frequenza di base sarà di 1 su 10 –.

«La ricerca psicologica» affermano Guthrie e colleghi, «non indica chiaramente perché le persone ignorano i tassi di base e si affidano alla euristica della rappresentatività […]. Le evidenze relative all'individuo appaiono più salienti e incisive, e quindi molto più rilevanti rispetto a **pallidi dati statistici**»[29] come la frequenza di base. «Inoltre, dal momento che le evidenze statistiche spesso **non sono disponibili**, è semplicemente **più pratico** concentrarsi sulle evidenze individuali»[30].

Anche in questo caso, per verificare l'influenza di questo *bias* sul processo decisionale dei giudici dell'esperimento, è stata presentata loro una vicenda processuale.

---

[26] «*When people make categorical judgments (e.g., assessing the likelihood that a criminal defendant is guilty), they tend to base their judgments on the extent to which the evidence being analyzed (e.g., defendant's demeanor) is representative of the category*» (p. 805).
[27] «*When the evidence appears representative of, or similar to, the category (e.g., defendant is nervous and shifty), people judge the likelihood* [...]. *When the evidence being analyzed does not resemble the category (e.g., defendant appears at ease)*» (*ibidem*).
[28] Il riferimento è, anche in questo caso, agli studi di Kahneman e Tversky (tra i principali si ricordano: D. Kahneman, A. Tversky *Belief in the Law of Small Numbers*, in *Psychol Bull*, 1971, Vol. 76, n. 2, pp. 105 ss; *id.,Subjective Probability. A Judgment of Representativeness*, in *Cognitive Psychology*, 1972, 3, pp. 430 ss.).
[29] «*Psychological research does not clearly indicate why people ignore base rates and rely on the representativeness heuristic when making categorical judgments. Individuating evidence is more salient and vivid, and hence more compelling than pallid base-rate statistics*» (p. 806).
[30] «*Also, as relevant statistical evidence is commonly unavailable, it might simply be more efficient for people to focus on individuating evidence*» (*ibidem*).

«La persona offesa, che si trova in un magazzino di proprietà dell'imputato, viene **colpita da una sbarra di ferro** e riporta gravi lesioni. […] I dipendenti dell'imputato non sanno spiegare il perché della caduta della sbarra; ritengono però possibili solo due ipotesi: o la sbarra era stata assicurata in modo inidoneo, oppure la corda che la teneva ferma era difettosa»[31].

Dai controlli di sicurezza eseguiti presso il magazzino emergeva che:

> «(1) quando una sbarra è assicurata male, vi è il **90%** di probabilità che si sganci e cada;
> (2) se, al contrario, una sbarra è assicurata bene, la probabilità di caduta è del **1%**;
> (3) accade che gli operai assicurino le sbarre in modo inadeguato solo in **un caso su mille**»[32].

Seguiva la domanda: «date queste informazioni, **quanto è probabile** che la sbarra che ha colpito la persona offesa **fosse stata assicurata male** dagli operai?»[33].

Le **risposte** possibili variavano da un minino di **0-25%** a un massimo di **76-100%**[34].

Un numero elevato di giudici, circa **il 40%, ha dichiarato** una probabilità vicina al **90%**.

«In realtà», scrivono gli Autori, la probabilità reale di una condotta negligente da parte dei dipendenti è del **solo 8,3%**»[35].

Un **errore** di dimensioni considerevoli[36], la cui **causa** sta nell'aver ignorato un'informazione fondamentale – quella di cui al punto 3 –, e cioè proprio la frequenza di base: il fatto, cioè, che i **casi di negligenza** del personale operaio sono **estremamente rari**, **lo 0,1%** (uno su mille).

Per chiarire i termini dell'errore, gli Autori illustrano le **probabilità condizionali** di ciascuno dei possibili scenari con un'apposita tabella:

---

[31] «*The plaintiff was passing by a warehouse owned by the defendant when he was struck by a barrel, resulting in severe injuries* [...]. *The defendant's employees are not sure how the barrel broke loose and fell, but they agree that either the barrel was negligently secured or the rope was faulty*» (p. 808).
[32] «*(1) when barrels are negligently secured, there is a 90% chance that they will break loose; (2) when barrels are safely secured, they break loose only 1% of the time; (3) workers negligently secure barrels only 1 in 1,000 times*» (*ibidem*).
[33] «*Given these facts, how likely is it that the barrel that hit the plaintiff fell due to the negligence of one of the workers?*» (*ibidem*).
[34] *Ibidem*.
[35] «*In fact* […] *the actual probability that the defendant was negligent is only 8.3%*» (*ibidem*).
[36] Per ulteriori approfondimenti sulle evidenze scientifiche secondo cui la mente umana non sarebbe, per sua natura, portata per il calcolo probabilistico e la statistica, si veda S. Arcieri, *Cervello, intuizione e probabilità. Parte I: l'ipotesi di Kahneman e Tversky e le conferme successive*, in *questa rivista*, 3 aprile 2019).

Tabella 2

Finale assegnato		Evento		Totale
		Lesioni	No lesioni	
Condotta imputato	Negligente	0.090%	0.010%	0.10%
	Diligente	0.999%	98.901%	99.90%
Totale		1.089%	98.911%	100%

Rielaborazione della Tabella 3 dello studio in esame, p. 809.

Il ragionamento corretto, allora, è il seguente.

- Punto primo: è noto che casi di negligenza sono solo uno su mille, ossia lo 0,1% (informazione n. 3, cioè la frequenza di base).
  Ovviamente, ciò significa che nel restante 99,9% dei casi l'imputato si comporta diligentemente.

- Punto secondo: sappiamo anche – all'informazione n. 1 – che quando vi è negligenza (lo 0,1% dei casi), c'è il 90% di probabilità che la sbarra effettivamente cada e causi lesioni, che equivale allo 0,09% del totale del casi (90% di 0,1%).

- Inoltre, dall'informazione n. 2 sappiamo che nei casi in cui l'imputato è diligente (ossia, come abbiamo detto, nel 99,9% dei casi) «vi è un 1% di probabilità che la sbarra cada ugualmente»; ne deriva, quindi, che «la probabilità che qualcuno rimanga ferito in presenza di una condotta diligente dell'imputato è dello 0,999%»[37], ossia l'1% del 99,9%.

- In conclusione, la **probabilità condizionata** di una condotta colposa del datore di lavoro rispetto a fronte di un'avvenuta lesione è data dal **rapporto** tra la probabilità che si verifichi una lesione dovuta a colpa (**0.09%**), e le probabilità complessive di lesione, sia colpose sia accidentali (pari all'**1,089%,** ossia il risultato della somma della percentuale di casi in cui l'infortunio si verifica per negligenza – come detto, 0,09% – e dei casi in cui l'imputato è diligente e si verifica lo stesso l'infortunio – 0,999%).

  Risultato? Appunto, **l'8,3% dei casi.**

Gli Autori evidenziano peraltro che, sebbene una buona parte dei giudici dell'esperimento abbia dato prova di essere caduta nell'errore in esame, una percentuale analoga degli intervistati (un **altro 40%**) ha **invece risposto correttamente** al quesito, individuando la probabilità di una condotta negligente dell'imputato nel *range* compreso tra 0 e 25%.

Di recente, il prof. Rachlinski e il giudice Winstrich hanno ricordato l'esperimento condotto a suo tempo con il collega Guthrie osservando che: «i risultati del test della sbarra riflettono lo sviluppo della dottrina giuridica. Secondo la tradizionale formulazione dottrinale del "*res ipsa loquitur*"» – letteralmente: *il fatto parla da solo* – «un giudice può ritenere che, se il probabile esito della condotta negligente del reo è il verificarsi di un incidente, allora il fatto stesso

[37] *«Because the defendant is not negligent 99.9% of the time and is 1% likely to cause an injury under these circumstances, the probability that on any given occasion a victim is injured even though the defendant took reasonable care is 0.999%»* (p. 809).

che tale incidente si sia verificato è conferma l'ipotesi della negligenza dell'imputato. Si tratta di un errore logico che trascura il dato della generale frequenza delle condotte colpose. Ciononostante, l'errore persiste nella giurisprudenza da oltre un secolo [...] Nello studio, molti giudici ignorarono le statistiche sulle frequenze di base, proprio come quei giudici che svilupparono quella dottrina»[38].

6. Il *bias* egocentrico.

L'ultimo errore cognitivo indagato è noto come "*bias* egocentrico" e indica la tendenza delle persone a **sovrastimare** le proprie **abilità e capacità**.

Per capire se anche i giudici americani fossero sensibili a questo genere di distorsione del pensiero, gli Autori hanno sottoposto ai soggetti dell'esperimento di rispondere un semplice quesito: «le decisioni dei *magistrate judges* raramente sono rovesciate in grado di appello; talvolta però capita. Se dovessimo classificare tutti i giudici presenti in questa stanza secondo il "tasso di rovesciamento" delle relative decisioni, nel corso della loro carriere, quale sarebbe il tuo tasso personale?»[39].

Le risposte possibili erano quattro: (a) > 75% (b) > 50% (c) > 25% (d) < 25%.

Attenzione: rispondere (a) equivaleva ad affermare: «ritengo che il mio personale tasso di rovesciamento sia superiore a quello del 75% dei giudici presenti».

Dei 155 giudici che hanno deciso di rispondere alla domanda (dodici hanno infatti preferito non sottoporsi al test), il 56,1% si è collocato nel *range* più basso (d); un altro 31,6% ha indicato quello immediatamente successivo (c); a seguire, il 7,7% ha scelto la risposta (b), e solo il 4,5% la risposta (a).

«In altre parole, **l'87,7%** dei giudici ha ritenuto che almeno la metà dei colleghi presenti presentassero un "tasso di rovesciamento" superiore al proprio […] È possibile che il 56,1% dei giudici che si sono collocati nel *range* più basso non abbiano mai visto le proprie decisioni ribaltate […]. Tuttavia, il 31,6% che si è posto nel successivo *range* ha sbagliato e, in ogni caso, **è impossibile** che **solo il 4,5%** dei giudici si trovi **nel *range* più alto**. Anche ammettendo che quel 56,1% di giudici che si sono collocati nel *range* più basso»si siano collocati in modo corretto, e nessuna corte d'appello abbia mai ribaltato le loro decisioni, allora «il ragionamento del restante **43,9%** dei giudici **risulta viziato** da *bias* egocentrico»[40].

---

[38] «*The results of the barrel problem reflect the development of doctrine in case law. According to the traditional formulation of the doctrine of* res ipsa loquitur, *a court can conclude that if the likely product of a defendant's negligence is an accident, then the fact of that accident supports the conclusion that the defendant is negligent. This is a logical fallacy that ignores the overall rate of negligence. Nevertheless, the fallacy persisted in the case law for over a century* [...] *In the study, many judges ignored the base rate statistics, just like the judges who developed the doctrine*» (cfr. J.J. Rachlinski, A.J. Winstricht, *Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges*, in *Annu. Rev. Law Soc. Sci*, 13(1), 2017, pp. 217).

[39] «*United States magistrate judges are rarely overturned on appeal, but it does occur. If we were to rank all of the magistrate judges currently in this room according to the rate at which their decisions have been overturned during their careers,* [what] *would your rate be?*» (p. 813).

[40] «*In other words, 87,7% of the judges believed that at least half of their peers had higher reversal rates on appeal*. [...] *It is possible that the 56.1% of the judges who placed themselves in the lowest quartile have never been overturned on appeal* [...] *If so, however, the 31.6% of judges who placed themselves in the next lowest quartile were wrong, and in any event, it is impossible for only 4.5% of the judges to be in the highest quartile. Even if the 56.1% of the judges in the lowest quartile had never been overturned on appeal, and hence were being as accurate as possible, the remaining 43.9% of the judges exhibited a significant egocentric bias*» (p. 814).

La sintesi dei risultati dello studio, con riguardo a tutte e cinque le illusioni cognitive oggetto di indagine, è rappresentata dagli Autori in una tabella analoga a quella sottoriportata:

Tabella 3

Bias indagato			
	Oggetto del test	Risultato atteso (che non tiene conto dell'effetto del *bias)*	Risultato ottenuto
Ancoraggio	Quantificazione danni con/senza ancora idonea ad abbassare la stima	Nessuna differenza tra le due condizioni	Oggetto del test
Effetto *framing*	Assunzione decisioni a partire da *frame* opposti (positivo/negativo)	Nessuna differenza tra le due condizioni	La presenza dell'ancora ha ridotto la stima del 29%
Hindsight bias	Valutazione ex ante esito più probabile, dato un certo esito effettivo	La % dei giudici che, nei tre gruppi, identificano come più probabile l'esito dato è del 100%	La % dei giudici che, nei tre gruppi, identificano come più probabile l'esito dato è del 172%
Euristica rappresentatività	Risoluzione problema di prova	Tutti i giudici rispondono correttamente	Il 41% dei giudici risponde correttamente
Bias egocentrico	Identificazione «tasso di rovesciamento» delle proprie sentenze in appello	Distribuzione uniforme delle risposte	Il 56% si attribuisce un tasso basso; l'88% ritiene di avere un tasso inferiore alla metà dei colleghi presenti

Rielaborazione della Tabella 4 dello studio in esame, p. 817

Alla luce di questi risultati, si può certamente condividere le considerazioni di Rachlinski e Winstricht, secondo i quali «la ricerca condotta sui giudici conferma la validità dell'asserzione di Jerome Frank […], circa 70 anni fa: "**Quando tutto è stato detto e fatto, dobbiamo vedercela con il fatto che i giudici sono umani**". Frank non era affatto pessimista su questo, e non lo siamo neanche noi. Comprendere le debolezze dei giudici non è un modo per sminuirli, né dovrebbe minare la fede nel sistema di giustizia. Piuttosto, è un modo per identificare le condizioni in cui i giudici sono vulnerabili e favorire l'eterna lotta senza fine verso un sistema equo e imparziale»[41].

[41] «*The research on judges supports Jerome Frank's* […] *assertion some 70 years ago: "When all is said and done, we must face the fact that judges are human". Frank was not at all pessimistic about this fact, and neither are we. Understanding judges' weaknesses is not a means of mocking them, nor should it undermine faith in the system of justice. Rather, it is a means of understanding the circumstances under which judges are vulnerable and furthering the never-ending struggle toward a fair and impartial system*» (J.J. Rachlinski, A.J. Winstricht, *Judging the Judiciary*, cit., p. 218).

7. Conclusioni.

Dopo avere esposto e commentato i risultati ottenuti, Guthrie e colleghi propongono **alcune soluzioni** per porre rimedio agli errori di giudizio dovuti all'influenza dei *bias*.

Tra i possibili rimedi indicano, ad esempio, quello di diffondere tra i giudici la **consapevolezza dell'esistenza** delle illusioni cognitive e dei loro meccanismi di azione, così da poterle evitare, e quello di **introdurre** nei sistemi giuridici **norme** – procedurali e sostanziali – per minimizzare gli effetti distorsivi dei *bias* sulle decisioni dei giudici.

In particolare, un primo modo efficace per ridurre l'effetto dei *bias* (specie l'effetto *framing*) è quello di invitare i giudici a **sforzarsi** di impostare il ragionamento che conduce alla decisione tenendo conto di **tutti i punti di vista**.

«I giudici possono e dovrebbero compiere uno sforzo consapevole per reinquadrare [*re-frame*] le decisioni che appaiono perdite [...]; ai giudici dovrebbero essere insegnate queste tecniche durante i propri percorsi di studi e nell'ambito dei programmi di formazione»[42].

Inoltre, sottolineano gli Autori, un efficace strumento di contrasto ai vizi di ragionamento è quello di **limitare l'impiego di euristiche** a contesti ben definiti (di per sé, infatti, «molte àncore sono un'utile fonte di informazioni»[43] e tenerne conto, talvolta, può addirittura accrescere la qualità di una decisione).

In questo senso, i giudici potrebbero limitarsi a considerare **solo alcune àncore**. «Dovrebbero diffidare dagli ancoraggi forniti dalle parti, come la richiesta di un danno proveniente dal ricorrente o altri elementi indipendenti dall'effettivo vero valore della causa […]. Al contrario, i giudici dovrebbero prendere a riferimento **dati numerici** più **affidabili**, come la stima del danno effettuata in altri casi simili»[44].

Non tutti i tipi di illusione cognitiva, d'altra parte, possono essere evitati: alcuni errori – in particolare il *bias* egocentrico e quello del senno di poi – sono in una certa misura **connaturati** alla mente dell'uomo.

> «Il *bias* egocentrico è un indizio di buona salute mentale, specialmente nei casi in cui le abilità [che il soggetto si attribuisce] sono importanti per la sua vita personale o professionale. [...] solo le persone **depresse** sembrano avere un quadro accurato e delle loro effettive capacità»[45].

Un discorso simile vale anche per l'*hindsight bias*: «conoscere il finale di un avvenimento produce effetti così profondi e sottili sulle convinzioni della gente, che il ricreare una previsione relativa al passato è come cercare di attraversare un fiume due volte: una volta appreso come fare,

---

[42] «*Judges can, and should, make a conscious effort to re-frame decisions that seem like losses [...]Thus, such techniques would also be a valuable part of a training program*» (p. 823).
[43] «*Many anchors convey useful information*» (*ibidem*).
[44] «*Judges should be wary of simply relying on anchors supplied by litigants, such as a plaintiff's lawyer's damage requests, or other anchors unconnected to the true value of the case* [...]. *Instead, judges should use more reliable numerical reference points, such as damage awards in similar cases*» (*ibidem*).
[45] «*Egocentric beliefs are closely connected to good mental health, especially for abilities that are important to one's personal or professional life*. [...] *in fact, only people who are depressed appear to possess an accurate portrait of their abilities*» (p. 824).

il cervello ha sviluppato una **nuova serie di credenze** e non può più tornare alla sua condizione precedente»[46].

Nondimeno, osservano gli autori, esistono anche in questi casi alcuni **accorgimenti** da adottare: per contrastare gli effetti del *bias* egocentrico, ad esempio, è bene insegnare ai giudici a fondare le proprie decisioni su elementi **oggettivi** ed **esterni**, diversi dal loro grado di "sicurezza personale" in ordine alla correttezza della valutazione.

Con riguardo poi all'*hindsight bias*, poi, «i giudici dovrebbero diffidare delle proprie **valutazioni intuitive** riguardo a ciò che le parti potrebbero aver previsto. Dovrebbero, invece, fare riferimento a **regole di condotta** vigenti all'epoca dei fatti, se disponibili. Ad esempio, la circostanza che l'imputato abbia osservato (o abbia violato) gli standard di sicurezza normativamente imposti rappresenta una prova di diligenza (o di negligenza) di gran lunga migliore di ogni considerazione intuitiva in ordine alla ragionevolezza (o irragionevolezza) del comportamento dell'imputato».

L'altra possibile soluzione del problema consiste nella formulazione di **vere e proprie regole**, procedurali, probatorie e anche di diritto sostanziale, espressamente orientate a contrastare l'effetto dei *bias* cognitivi.

Si tratta, secondo gli Autori, di prendere spunto da istituti già esistenti, come ad esempio la **Regola n. 407** delle Federal Rules of Evidence la quale consente, almeno in una certa misura, di "compensare" gli effetti dell'*hindsight bias*[47].

[46] «*Learning the outcome has such profound and subtle effects on people's beliefs that re-creating a past predictions is like trying to cross the same river twice; upon learning the outcome the brain has developed a new set of beliefs and can never really return to its previous state*» (p. 825).

[47] La disposizione in esame prevede che «quando vengono attuate misure che, se fossero state poste in essere al momento del fatto, avrebbero ridotto le probabilità di produrre la lesione, la circostanza della successiva adozione delle predette misure non può costituire prova di: negligenza; condotta colpevole; difetti strutturali o di progetto; necessità di fornire particolari istruzioni [alla giuria]. Tuttavia, il giudice può ammettere tale prova per finalità diverse, quali l'*impeachment*, l'accertamento della proprietà – se oggetto di contestazione –, ovvero il controllo o la fattibilità di misure precauzionali» («*when measures are taken that would have made an earlier injury or harm less likely to occur, evidence of the subsequent measures is not admissible to prove: negligence; culpable conduct; a defect in a product or its design; or a need for a warning or instruction. But the court may admit this evidence for another purpose, such as impeachment or – if disputed – proving ownership, control, or the feasibility of precautionary measures*»).