

## ALGORITMI ED EFFETTIVITA' DELLE TUTELE\*

Di Luciana Breggia

| 24

**SOMMARIO:** 1. *La prospettiva umanistica di fronte al datismo.* – 2. *Algoritmi ed effettività delle tutele.* – 3. *Predittività e prevedibilità.* – 4. *La dittatura dei numeri.* – 5. *Immigrazione e diritti fondamentali.* – 6. *Il giudice dell'asilo è diverso dal giudice civile.* – 7. *Giurisdizione diseguale o costruttiva di eguaglianza?* – 8. *Persone e cose.* – 9. *Recuperare la lentezza.*

**ABSTRACT.** *La necessità di decisioni certe e prevedibili non può essere affidata ad algoritmi ed alla dittatura dei numeri. Il giudizio umano è l'unico che può valutare quel singolo fatto per dargli valore anche al di là della fattispecie espressa e, attraverso i criteri ermeneutici, può dare rilevanza ad interessi non espressamente o non completamente formalizzati nella fattispecie, ma degni di tutela alla luce del complessivo sistema delle fonti e dei principi costituzionali, europolitari e internazionali. Questo ruolo del giudice non può essere sacrificato.*

*The need for certain and predictable decisions cannot be granted by algorithms and numbers. Human wisdom is the only one that can give value to a single fact even beyond the specific case and, through hermeneutical criteria, it can give relevance to interests that are not expressly or not completely formalized in the legal rule, but worthy of protection in the light of the constitutional, Euro-Union and international principles. This role of the judge cannot be sacrificed.*



## 1. La prospettiva umanistica di fronte al datismo.

Mi sono chiesta quale potesse essere il filo conduttore dei nostri gruppi.

E l'ho trovato nel primo gruppo, con una traiettoria che li attraversa tutti: l'umanità. Mi piace accostare il ricordo di Carlo Maria Verardi a questo termine che tanto rappresenta la sua passione e il suo impegno.

L'umanità del giudicare e, in generale, l'umanità nella risoluzione dei conflitti, compresi quelli familiari (il 3° e il 5° gruppo), anche senza il giudizio; l'umanità delle nostre organizzazioni (il 6° e 7° gruppo), oggi frequentemente caratterizzate da un forte malessere organizzativo, dal rischio di sfruttamento delle persone e da condizioni poco accettabili di precarietà di professionisti – i magistrati onorari – a cui chiediamo invece di dare uno stabile e solido contributo.

Così ancora nel gruppo su *'Data protection'*, dove si gioca l'umanità dei dati. Di recente, si è detto che la libertà delle informazioni, che oggi si reclama, non è in realtà data agli umani, secondo il vecchio ideale liberale della libertà di espressione, ma alle informazioni stesse. E questo 'valore' nuovo può ledere la tradizionale libertà di espressione degli umani, con il rischio di privilegiare il diritto delle informazioni a circolare liberamente sul diritto degli umani a possedere dati e a restringerne il movimento<sup>1</sup>.

Infine, la riflessione sulla natura meticcica e fondamentalmente nomade dell'umanità e sui flussi di tipo diverso dai *bit*: i flussi migratori, dove troviamo persone e non dati.

Viviamo immersi in quella che è stata chiamata la nuova religione dei dati: il datismo.

Ed ecco l'interrogativo di fondo: banche dati, precedenti, tabelle, calcoli e algoritmi possono nutrire solo la ricerca intellettuale del giurista, o anche la decisione di una macchina?

Lo storico israeliano Yuval Noah Harari, in un bel libro, intitolato *Homo Deus - Breve storia del*

*futuro*,<sup>2</sup> sottolinea come fino ad ora *'si supponeva che gli uomini distillassero dai dati le informazioni, dalle informazioni la conoscenza e dalla conoscenza la saggezza'*. Oggi si tende a invertire la tradizionale piramide del procedimento: gli umani non sarebbero più in grado di gestire gli immensi flussi di dati, compito che dovrebbe essere affidato agli algoritmi digitali, le cui capacità eccedono di gran lunga quelle del cervello umano.

Può il pensiero algoritmico arrivare al giudizio del caso concreto? Dove è il limite?

## 2. Algoritmi ed effettività delle tutele.

Riflettendoci, penso che un ostacolo sia il principio di effettività della tutela, di cui abbiamo ragionato a lungo nelle assemblee precedenti.

L'effettività delle tutele, richiesta da fonti sovranazionali (art. 47 carta di Nizza, artt. 6 e 13 Cedu), e qualificata dalla Corte di cassazione regola cardine dell'ordinamento costituzionale, volto ad assicurare il diritto *'ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella unica e talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato'* (Cass. n. 21255/2013<sup>3</sup>; Cass. n. 11564/2015), conduce al tema del diritto giurisprudenziale e della prevedibilità delle decisioni<sup>4</sup>. Come conciliare, nel mutato assetto delle fonti del diritto, con l'irrompere di principi che coesistono

<sup>2</sup> YUVAL NOAH HARARI, *Homo Deus - Breve storia del futuro*, Bompiani, pag. 560

<sup>3</sup> in *Foro it.*, 2013, I, c. 3121; per un commento VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, in *Danno resp.*, 2014, p. 150 e IMBRUGLIA, *Il giudice comune e il principio di effettività della tutela. Note a margine di Cassazione 21255/2013*, in *Persona mercato*, 2014, p. 55

<sup>4</sup> Sul principio di effettività, riconosciuto espressamente anche dall'art. 1 del c.p.a secondo cui la giurisdizione amministrativa assicura *"una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo"*, da ultimo si veda: VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Persona e mercato*, n. 4/2017 p. 187; ID., voce *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Ann. X, Milano, 2017; ID., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 791 ss.; ID., *Il contratto europeo tra regole e principi*, Torino, 2015; D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, pp. 907 ss; DI MAJO, *Giustizia e «materializzazione» nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, p. 797; ID., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 2, p. 341 ss.; ID., da ultimo, *Rimedi e dintorni*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 703 ss; PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale e principio di effettività*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 112; D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela e poteri del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 961; mi permetto anche di rinviare al mio contributo *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 715.

\* Il presente scritto riproduce, con alcuni adattamenti, la relazione introduttiva tenuta alla XIII Assemblea Nazionale degli Osservatori sulla Giustizia Civile, Reggio Emilia, 8-9-10 giugno 2018 e sarà pubblicato anche nella Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.

<sup>1</sup> HARARI, *Homo Deus, Breve storia del futuro*, p. 582. L'autore, a pag. 589, rileva come non ci sia da stupirsi se siamo così occupati nel convertire le nostre esperienze in dati perché dobbiamo dimostrare a noi stessi e al sistema che valiamo ancora qualcosa. E il valore non consiste nel vivere esperienze ma nel trasformare queste esperienze in dati che fluiscono liberamente.

no con le regole<sup>5</sup>, la funzione inevitabilmente inventiva<sup>6</sup> dei giuristi e la possibilità di conoscere in anticipo la regola delle nostre condotte? Si è detto che una nuova figura di certezza, intesa come ragionevole prevedibilità, s'incentra sulla riscoperta dell'argomentazione giuridica che rende trasparente e quindi controllabile la giustificazione delle decisioni<sup>7</sup> e consente una cultura del precedente. Sono le nuove figure di certezza dell'esperienza giuridica odierna<sup>8</sup>.

Questo esige un giudizio calibrato su ogni singola fattispecie.

La macchina categorizza, necessariamente astrae, a rischio di travisamenti e pregiudizi.

Il giudizio umano è l'unico che può valutare quel singolo fatto per dargli valore anche al di là della fattispecie espressa e, attraverso i criteri ermeneutici, può dare rilevanza ad interessi materiali non espressamente o non completamente formalizzati nella fattispecie, ma degni di tutela alla luce del complessivo sistema delle fonti e dei principi costituzionali, eurounitari e internazionali<sup>9</sup>. Il principio di effettività non riduce *tout court* il diritto al fatto, ma attribuisce valore al fatto in virtù di norme che attribuiscono al giudice e all'interprete questo potere<sup>10</sup>: allora potrà essere attuato solo rimettendo il giudizio alla valutazione dell'uomo per l'individuazione del rimedio più adeguato all'istanza di protezione dell'interesse, in maniera individualizzata e soprattutto, nel senso sopra chiarito, *inventiva*.

Là dove siano in gioco valutazioni discrezionali, deve essere la persona ad agire, non la macchina che necessariamente riduce la discrezionalità ad un calcolo probabilistico. Senza considerare che la ricostruzione della *c.d. quaestio facti* va effettuata anche in base alle narrazioni processuali dei soggetti coinvolti, cariche di percezioni, emozioni, punti di vista<sup>11</sup>: l'ascolto empatico è proprio dell'umano.

Certezza e prevedibilità vanno assicurate, ma non a scapito dell'effettività delle tutele.

<sup>5</sup> VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 126.

<sup>6</sup> Nel senso latino di *invenire*, trovare il diritto: GROSSI, *Sull'odierna incertezza del diritto*, in *Giust. Civ.*, 2014, p.18.

<sup>7</sup> Perché obbliga chi esprime le ragioni ad averne: CARIA, *Certezza del diritto e prevedibilità. Una riflessione sul tema*, in *Diritto e Storia*, 2016, che cita al riguardo PERELMAN, *Logica giuridica. nuova retorica*, Milano, 1979, p. 231.

<sup>8</sup> BENEDETTI, *Fattispecie ed altre figure di certezza*, in *Persona e Mercato*, 2015, p. 67.

<sup>9</sup> DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Europa e diritto privato*, 2015, p. 706.

<sup>10</sup> In questo senso VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività*, op. cit., p. 187.

<sup>11</sup> CALLAGARI, *Il giudice tra emozioni, biases ed empatia*, Aracne, 2017, p. 137.

L'efficienza e l'effettività meccanica, basata su quella che è stata definita la dittatura del calcolo digitale, si contrappone alla effettività ed efficienza significativa, che mantiene sempre il controllo dei fini.

L'espressione '*la dittatura del calcolo*' è il titolo di un bel libro del matematico Paolo Zellini, che ricostruisce la storia degli algoritmi, dai primi, risalenti a 4000 anni fa leggibili su tavolette rinvenute intorno a Babilonia o utilizzati per gli altari nell'India vedica nel primo millennio a.C., ai big data e alle reti neurali – *deep learning* – di oggi. Avverte l'autore che "*l'algoritmo non è neutrale e soggetto al nostro arbitrio, ma portatore autonomo di una credibilità che sconfina, a tratti, in una veridicità di stampo divino*"<sup>12</sup>. Negli ultimi venti anni i dati hanno guadagnato il credito di un oracolo che promette soluzioni ai problemi più disparati. E come elaborare le immense quantità di dati? L'intera direzione del calcolo si è come rovesciata. Se una volta i dati erano un'entità passiva in attesa di elaborazione, ora è il profluvio di dati a guidare le operazioni, a dire quale dovrà essere la prossima iniziativa<sup>13</sup>.

Gli algoritmi controllano le assunzioni e i licenziamenti nelle aziende, prevedono il pericolo di recidiva o la pena<sup>14</sup>, decidono operazioni di finanziamento, traducono operazioni di ordine pubblico in sistemi di rigida sorveglianza digitale, regolano gli accessi a scuole e università e così via. Gli algoritmi sembrano fornire dati oggettivi, ma è spesso - avverte Zellini- il criterio di efficienza computazio-

<sup>12</sup> ZELLINI, *La dittatura del calcolo*, Adelphi, 2018, p. 87. L'autore, poco sopra, cita anche il recente libro di Safya Umoa Noble, dal titolo eloquente, *Algorithms of Oppression* (2018), in cui l'autrice dimostra come l'informazione possa essere distorta dai motori di ricerca in rete fino al punto da ispirare, in assenza di un'adeguata interpretazione critica, persino crimini di stampo razzista.

<sup>13</sup> ZELLINI, *La dittatura*, op. cit. p. 86 ove cita ETHEM ALPAYDIN, *Machine Learning*, 2016.

<sup>14</sup> Nel Wisconsin il programma Compas è stato utilizzato ai fini della determinazione della cauzione, della valutazione dell'eventuale definizione del procedimento con una sentenza di probation (simile al nostro istituto della messa alla prova) ed in fase esecutiva per la valutazione della concessione delle parole. Di recente, per la prima volta, il programma Compas è stato utilizzato dalla Corte distrettuale quale elemento determinante per quantificare (inasprendola) la pena inflitta all'imputato. La Corte suprema del Wisconsin, nel luglio 2016, ha ritenuto legittimo l'uso di algoritmi a tali fini, specificando tuttavia che lo strumento non potrebbe essere l'unico elemento su cui fondare una pronuncia di condanna. Sulla giustizia predittiva ricordo che, di recente, l'University College di Londra e l'Università di Sheffield hanno sperimentato un algoritmo, testandone la capacità di predire i verdetti della Corte europea dei diritti dell'uomo, raggiungendo un grado di precisione pari al 79%.



nale che finisce per imporsi sui criteri di equità e imparzialità<sup>15</sup>.

### 3. Predittività e prevedibilità.

A questo punto bisognerebbe sgombrare il campo da quella che a me pare una confusione semantica.

Perché si parla di predittività anche a proposito degli strumenti di prevedibilità, di cui abbiamo parlato molto negli scorsi anni: ad es. le banche dati, o le tabelle tecnologicamente sempre più sofisticate.

Questi strumenti non hanno a che fare con la predittività, intesa in senso proprio.

Pre-vedere indica una visione che avviene prima del giudizio, la visione di tutti i dati utili; pre-dire indica il dire prima, giudicare prima; l'oracolo predice cioè afferma una verità; diverso è il giudicare, dal greco κρίνω; il giudice è κριτής. Corrisponde, anche come radice, al latino cerno, da cui, in italiano, "discernere".

La predizione è compito della legge in termini astratti e la giurisprudenza concorre alla costruzione di un ordine giuridico che permetta di capire quale sia la regola di condotta a cui attenersi.

Invece, lo *ius dicere*, il dire il diritto nel caso concreto, che è l'essenza del giudizio, non può essere detto prima del giudizio stesso, sarebbe altrimenti un pregiudizio.

Possono essere predittivi gli enunciati scientifici che sono controllabili sperimentalmente; una decisione del giudice invece può essere prevista, ma non pre-detta.

Anche alcuni sistemi definiti come predittivi – penso alla piattaforma *predictice.com* che in Francia consente all'avvocato di prevedere l'esito della lite – sono strumenti di prevedibilità, di cui peraltro bisognerebbe indagare il potenziale dirompente.

Può darsi che, come ipotizza Harari, *l'homo sapiens* abbia i tempi contati e passerà la fiaccola a entità di tipo del tutto nuovo (*homo deus*, modello di umano molto superiore grazie alla tecnica: si parla di tecnoumanesimo), oppure, addirittura, la religione dei dati porterà al superamento radicale dell'*homo sapiens* sostituendolo con algoritmi computerizzati.

In entrambi gli scenari, prevedibilità e certezza potrebbero essere attuate al massimo. Il datismo ha un approccio funzionale all'umanità: l'esperienza umana è ridotta ad un *pattern* di dati<sup>16</sup>.

Credo che si tratti, in fondo, di una scelta politica ed etica.

Nel nostro tempo dobbiamo assumerci la responsabilità di dire cosa può essere e cosa non può essere automatizzato. E questo vale anche e soprattutto per il difensore che partecipa pienamente a questa giurisdizione 'inventiva', e per primo ha la responsabilità sociale di alzare il livello di tutela dei diritti e dei bisogni, visto il principio *ne procedat iudex ex officio*.

Naturalmente questo non toglie che la tecnologia e il calcolo ci offrano possibilità utilissime, come indica la scheda del primo gruppo: bisogna imparare ad apprendere dalle reti impersonali, apprendere ad apprendere dalla rete. Un tempo deteneva il potere chi aveva accesso alle informazioni. Oggi, dice Harari, avere potere significa sapere cosa ignorare, essere in grado di essere selettivi.

### 4. La dittatura dei numeri

È inquietante, per il suo dilagare nei nostri tempi, l'atteggiamento di severa e implacabile astrazione che ben è espresso nelle parole rivolte da Filippo II dal grande Inquisitore del Don Carlos di Shiller: "*Gli uomini per voi sono numeri, niente altro*"<sup>17</sup>.

Ecco, credo che questo sia un pericolo reale, soprattutto per i *flussi* di esseri umani che chiedono la protezione internazionale.

Nel 2016, il numero di chi richiede asilo e protezione internazionale in Italia ha raggiunto la cifra più alta mai registrata in un ventennio, 123.600 (il 47% in più rispetto all'anno precedente). Nel 2017 le domande sono ulteriormente aumentate a 130.119<sup>18</sup>. La richiesta di asilo è oggi la principale modalità di ingresso in Italia. Di fronte a questo scenario, cambia il modo di considerare il procedimento di protezione e la stessa narrazione di chi richiede la protezione internazionale: i numeri sovvertono la fiducia e la tramutano in sospetto; l'audizione, da strumento fondamentale di cooperazione di chi deve decidere, rischia di concentrarsi sull'investigazione sulla temuta menzogna. O addirittura di essere eliminata, a favore di un sistema cartolare e seriale in cui il giudice non incontra più il ricorrente e nemmeno il suo difensore. Una giustizia di valore minore per diritti fondamentali di persone vulnerabili. Gli antidoti a questa inaccettabile e incostituzionale conclusione sono tuttavia nelle possibilità di tutti gli operatori coinvolti, compresi giudici e difensori, attraverso il metodo degli os-

<sup>17</sup> ZELLINI, *La dittatura*, cit., p. 85. In Francia la legge del 7.10.2016, n. 1321 in tema di dati e accesso al digitale è intitolata: *Loi pour une République numérique*.

<sup>18</sup> Ministero dell'interno, <http://www.libertacivilimmigrazione.dlci.interno.gov.it/it/documentazione/statistica/i-numeri-dellasilolo>

<sup>15</sup> Così ZELLINI, *La dittatura*, op. cit. p 87

<sup>16</sup> HARARI, *Homo deus*, cit., pag. 591 ss.

servatori, incentrato sulla condivisione delle migliori interpretazioni.

## 5. Immigrazione e diritti fondamentali

28 Parlando di umanità, occorre un *focus* su quest'ultimo argomento perché chi si occupa di protezione –ma anche chi legge i giornali direi– ha conosciuto molto da vicino e in modo quotidiano le nuove forme di de-umanizzazione: la schiavitù, la tratta degli esseri umani a fini di sfruttamento sessuale, lavorativo o per espianto di organi, la tortura.

I nuovi *lager* sono vicini, sono in Libia e ce li ha descritti, tra l'altro, con la tagliente lucidità della sentenza penale la Corte di assise di appello di Milano (pronuncia del 10.10.2017)<sup>19</sup>.

Come ha reagito la giurisdizione? Gli avvocati e i magistrati come affrontano questa sfida?

La reazione non è univoca, si registrano anche indifferenza e insofferenza generate dai numeri elevati delle domande. Alcuni giudici espellono la protezione internazionale, come fosse un affare che non riguardi la giurisdizione o, al più, la considerano una giurisdizione di serie B.

Ritengo, invece, che il settore della protezione internazionale non sia diverso da quello della giustizia ordinaria quanto al ruolo del giudice, ai rapporti con i difensori e con le persone. Certamente presenta delle differenze specifiche per la complessità dell'incontro, la formazione altamente specializzata, ma non per metodi e valori di fondo. Anzi, tanti temi elaborati dagli Osservatori, e da chi è impegnato nell'elaborazione di buone prassi per il processo civile, trovano nella protezione internazionale una preziosa cartina di tornasole.

Siamo di fronte ad una prova di coerenza con tutto il nostro percorso sul processo come luogo di costruzione della decisione, di ascolto, di tutela dei diritti fondamentali.

Le regole elaborate per l'ascolto da enti e organismi rispetto al colloquio con il richiedente asilo<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Anche l'Alto Commissario dell'ONU Al Hussein ha dichiarato che *La politica Ue di assistere le autorità libiche nell'intercettare i migranti nel Mediterraneo*, "e riportarli nelle terrificanti prigioni in Libia è disumana. La sofferenza dei migranti detenuti in Libia è un oltraggio alla coscienza dell'umanità".

[https://www.repubblica.it/cronaca/2017/11/14/news/onu\\_inuma\\_na\\_collaborazione\\_ue-libia\\_sui\\_migranti\\_-181077943/](https://www.repubblica.it/cronaca/2017/11/14/news/onu_inuma_na_collaborazione_ue-libia_sui_migranti_-181077943/)  
Gli osservatori dell'Onu inviati nel Paese nordafricano a verificare sul campo la situazione sono rimasti scioccati da ciò che hanno visto: migliaia di uomini denutriti e traumatizzati, donne e bambini ammassati gli uni sugli altri, rinchiusi dentro capannoni senza la possibilità di accedere ai servizi basilari.

<sup>20</sup> Ad esempio, l'EASO (*European Asylum Support Office*) ha articolato un modello in varie fasi comprensive della preparazione del colloquio, studio del caso, modalità di inizio e svolgimento

sottolineano ad esempio l'importanza dell'apertura, della preparazione e della costruzione del clima di fiducia: abbiamo spesso detto, nell'ambito della giustizia ordinaria, che l'udienza doveva essere il luogo di costruzione della fiducia per le parti, sia nel tentativo di conciliazione giudiziale, sia per l'invio in mediazione, sia per lo stesso *iter* processuale in vista di una decisione comunque partecipata e di una sua costruzione progressiva: il processo non è fatto solo di codici, ma di relazioni con le persone - e, inevitabilmente, con le loro emozioni - e tutte le regole che abbiamo immaginato con riferimento a quelle relazioni trovano uno spazio d'elezione dove si verte in tema di diritti della persona: in campo familiare e, appunto, nel settore della protezione internazionale (non a caso le regole dell'EASO sono riferite al *colloquio personale* e trovano rispondenza in quelle elaborate anche per la giustizia c.d. ordinaria<sup>21</sup>).

## 6. Il giudice dell'asilo è diverso dal giudice civile?

In realtà, il giudice dell'asilo non è diverso dal giudice ordinario: sono decenni che consideriamo il dialogo processuale il fulcro della semplificazione del materiale processuale e della ricerca della soluzione il più possibile giusta. Il colloquio processuale franco, con l'esposizione da parte del giudice del suo pensiero (ragionata valutazione del materiale processuale, *allo stato degli atti*), è anche il fondamento della semplificazione del linguaggio giuridico negli atti e nei provvedimenti e del loro raccordo: in un processo dove molto si scrive e poco si parla, gli atti e i provvedimenti sono condannati alla logorroica esposizione non solo delle argomentazioni pertinenti, ma anche di quelle che *forse non lo sono, ma non è detto*<sup>22</sup>.

del colloquio; necessità di informare il richiedente sulle successive fasi del procedimento e i tempi della decisione, la cura dell'apertura, l'approfondimento del merito della domanda e la conclusione. Anche l'UNHCR ha sviluppato un protocollo per l'intervista dei richiedenti asilo<sup>20</sup>, con indicazioni sulle modalità di porre le domande, quali domande porre e così via. Si analizzano le barriere alla comunicazione, gli effetti del trauma, l'atteggiamento dell'intervistatore, l'importanza della preparazione all'intervista.

<sup>21</sup> Si vedano i protocolli per le udienze civili facilmente reperibili in *internet* e in [www.milanosservatorio.it](http://www.milanosservatorio.it).

<sup>22</sup> Tutte le riflessioni in tema di linguaggio giuridico mantengono, ad esempio, la loro validità anche per il settore di cui ci occupiamo oggi: rispetto dei criteri di sintesi e chiarezza, proporzione tra questioni da trattare e contenuto degli atti difensivi e dei provvedimenti sono quanto mai importanti anche nel settore della protezione internazionale: ad esempio, è stato notato come spesso i provvedimenti dei giudici sono ricchissimi di richiami estesi alla giurisprudenza e alla normativa, ma hanno passaggi veloci sul motivo del rigetto, incentrato su apodittiche asserzioni in ordine



Ora è proprio la trama delle prassi costruite per rendere il processo un luogo dove le udienze sono utili e sono luoghi di parola parlata e ascoltata e non solo di scrittura, che dovrebbe consentire, per il settore della protezione, il confronto e così l'eliminazione di quelle che sono state definite le *archiviazioni silenziose*: le apparenti contraddizioni del ricorrente che non vengono rilevate nel colloquio, ma riesumate per il giudizio sulla non credibilità delle dichiarazioni. Ricordano le sentenze della *terza via* nel tempo in cui – prima dell'intervento della S.C. – il giudice trattava la causa senza prospettare apertamente la questione dirimente che aveva silenziosamente rilevato e veniva riesumata, appunto, solo al momento della sentenza. Una palese violazione del contraddittorio.

La cooperazione del giudice, insomma, tipica del settore della protezione internazionale, ove vige un principio di attenuazione dell'onere della prova, implica un pieno dispiegamento del suo ruolo attivo e partecipe, ruolo che i protocolli di udienza e le buone prassi hanno provato a delineare anche per la giustizia civile ordinaria, superando il modello tradizionale del giudice quale arbitro passivo di uno scontro agonistico. Nel settore specifico della protezione va ribadito che, se l'udienza risulta obbligatoria nel cd nuovo rito ai sensi dell'art. 35 bis, comma 11, del d.lgs. n. 25/2008, l'audizione del richiedente asilo ha una centralità fondamentale, perché è il principale mezzo istruttorio e strumento di realizzazione del contraddittorio e del diritto di difesa (art. 24 cost.).

Va sottolineata, in particolare modo, l'importanza del ruolo del difensore anche ai fini della valorizzazione del dialogo con il richiedente asilo: la difesa non è solo tecnico-giuridica, ma riguarda anche la vigilanza sulle eventuali proiezioni euro-centriche che possono caratterizzare il colloquio da parte dell'esaminatore. Per elevare la qualità del procedimento decisionale, occorre un innalzamento degli *standard* qualitativi dell'esame delle domande e questo richiede una formazione specifica, non solo giuridica, di giudici e avvocati. In particolare, l'avvocato è il primo traduttore di senso nei diversi contesti culturali già nella fase pre-processuale.

---

alla non credibilità del richiedente nel caso concreto. Ancora va sottolineato come dalla qualità dei ricorsi dipenda anche la qualità dell'audizione. L'elaborazione di moduli per i ricorsi e per i provvedimenti del giudice secondo i criteri delle *Linee guida* ricordate (v. nota 2), è dunque un passaggio indifferibile anche in questo settore.

## 7. Giurisdizione diseguale o costruttiva di eguaglianza?

Nel settore della protezione internazionale, l'effettività della tutela rischia di essere gravemente minata anche dalla mancanza di padronanza della lingua e dalla mancanza di un sistema efficace e formato di interpretariato. Eppure, la lingua è spesso l'unica casa che i richiedenti abitano, dopo aver perso radici nel paese di origine e senza poterne avviare nel paese di dimora.

Dobbiamo decidere se permettere una giurisdizione diseguale -che il decreto n. 13/2017 ha già designato, eliminando l'appello per procedimenti di protezione internazionale, lasciandolo invece per qualunque controversia, anche concernente fioriere poste in violazione della distanza distanza legale - oppure una giurisdizione che raccolga le storie umane di chi attraversa il deserto, le torture, il rischio di morte, l'assistenza alle morti altrui, e consideri la tutela della dignità e dei diritti umani il suo fulcro: dare voce a chi non ne ha, a chi è vulnerabile: e il migrante lo è per definizione. La rifondazione della giurisdizione civile, su cui abbiamo spesso riflettuto negli ultimi anni, ci ha portato a ridefinire la missione del giudice civile, ancora destinatario delle più disparate conflittualità, proprio quale baluardo dei diritti fondamentali, delineando il perimetro di intervento riguardo a quelle posizioni più delicate o complesse dove si registrano rapporti di forza asimmetrici o sia in gioco la dignità delle persone.

In questo modo il diritto torna alle sue origini, per esplorare –sono parole di Pino Borrelli - alla luce del Costituzione “*gli spazi praticabili per la tutela (...) dei soggetti più deboli, dei sottoprotetti, degli svantaggiati*”, dando nuovo impulso al ruolo della giurisdizione come “*attitudine costruttiva dell'eguaglianza*”<sup>23</sup>.

Non si deve cedere, dunque, alla tentazione di ridurre i numeri dietro la massificazione delle decisioni, magari affidate al calcolo algoritmico, senza attenzione ad ogni singolo caso concreto.

## 8. Persone e cose.

---

<sup>23</sup> Non va in questa direzione il *Protocollo Sezione Immigrazione*, sottoscritto il 6.3.2018 tra il presidente del Tribunale di Venezia e il presidente del locale Consiglio dell'Ordine che contiene regole discriminatorie; in particolare segnalò i punti 6 e 7, dove si prevede l'audizione dello straniero da parte del giudice senza la presenza del difensore e l'obbligo del difensore di comunicare al giudice, prima dell'udienza, l'eventuale sussistenza di malattie infettive del ricorrente e nel caso l'obbligo di produrre certificazione medica attestante l'assenza di pericolo di contagio.

Il bisogno di vedere le persone come baricentro dei nostri mestieri non coincide con il fomentare un individualismo esasperato, ma invita a rimettere le persone al centro del nostro lavoro.

L'attuale *cosificazione* delle persone è resa evidente dall'analisi del linguaggio: noi oggi parliamo senza remore di *fascicoli da smaltire* come si smaltiscono i rifiuti, espressione che sottende bene come la definizione dell'affare rischi di diventare un fine e non un mezzo.

Oppure riteniamo la deflazione scopo principale della mediazione. Certo il tema a.d.r. entra in frizione con il tema della prevedibilità, almeno per alcuni metodi (ad esempio la mediazione, non per l'ABF), ma, a proposito del nostro *fil rouge* dell'umanità, pone al centro la valorizzazione della crescita umana, della responsabilità (abilità a rispondere) e chiama in causa la necessità di ripensare i progetti educativi iniziando a lavorare sulle relazioni sin da piccoli, per alimentare l'abilità fondamentale di cui abbiamo necessità: generare comunità e, aggiungo, comunità aperte.

Di recente, i *mass media* riportano espressioni quali *scaricare* i migranti da un paese all'altro: ma si scaricano le merci, non le persone.

## 9. Recuperare la lentezza.

Concludo con una riflessione difficile: per recuperare e alimentare umanità occorre recuperare la lentezza.

Scriva Salvatore Natoli: *“Solo la lentezza della riflessione può trattenere il flusso ininterrotto dell'informazione e metterlo a frutto.*

*Come diceva Eraclito, ‘sapere molte cose non insegna ad avere intelligenza’..... Sapere non vuol dire avere parole su tutto, ma dire a tempo e a luogo quelle giuste, e, ancora più importante, avere la sagacia di riconoscere quelle sbagliate”<sup>24</sup>.*

La lentezza è il fondamento di tutti i temi che vogliamo affrontare nei nostri gruppi: l'educazione alle relazioni, la formazione del giudizio, l'ascolto nel colloquio personale specie con le persone più vulnerabili come i minori o i richiedenti asilo, la mediazione di tipo umanistico e trasformativo.

Ed è fondamentale per l'ultima riflessione che propongo.

Se la macchina non è perfetta, nemmeno il pensiero umano lo è.

Può essere influenzato da *Biases* impliciti<sup>25</sup>: *bias* è un termine che vuol dire inclinato, obliquo e desi-

gna i pregiudizi, i condizionamenti derivanti dal complesso di credenze, di tecniche, di rappresentazioni in vigore in una data comunità in un dato periodo storico.

Le moderne scienze della mente hanno svelato in gran parte come funziona il pensiero in relazione ai processi decisionali: si individua un sistema che opera con decisioni rapide, intuitive, caratterizzate da emotività e irrazionalità. E un sistema, che interviene successivamente, fondato sulla logica formale, più lento e controllabile. La psicologia del giudicare ha evidenziato come sia frequente l'uso di scorciatoie euristiche per risparmiare risorse cognitive con il rischio di distorsioni e uso di stereotipi. Allora credo che questo sia il campo in cui lavorare: non negare la nostra umanità, ma riconoscerla in pieno, anche ammettendo le nostre debolezze argomentative e raziocinanti, e l'influenza delle emozioni, anziché utilizzando dati che sostituiscano la nostra imperfezione.

Intendiamoci: la precomprensione è necessaria per il progredire del pensiero, ma deve accompagnarsi alla disponibilità alla discussione e alla problematizzazione delle proprie convinzioni e quindi alla disponibilità di tempo.

Gli antidoti ai *biases* impliciti ci sono: la formazione sui meccanismi psicologici del processo decisionale; il superamento dell'idea tradizionale secondo cui il contesto giudiziario è dominato solo dalla logica e dalla razionalità; la promozione di pratiche collettive di discussione: penso agli uffici (alle riunioni *ex art. 47 quater* ord. giud., ad esempio), ma anche ad occasioni come questa<sup>26</sup>.

Concludo, augurando buon lavoro e *buon incontro* a tutti perché la strada che porta alla conoscenza, come diceva Spinoza, è fatta di buoni incontri.

<sup>24</sup> NATOLI, *Il buon uso del mondo*, Mondadori, Milano, 2010, p. 241.

<sup>25</sup> Su questi temi vedi CALLEGARI, *Il giudice*, cit., p 97 e ss.

<sup>26</sup> Nella ricerca scientifica si cerca di escludere il bias con la *cd. Peer review*, valutazione o revisione tra pari.

