



Il “cigno nero” e il comparatista. Riflessioni su indicatori, variabili e comparazione giuridica

This is the peer reviewed (post-print) version of the following article:

Original

Il “cigno nero” e il comparatista. Riflessioni su indicatori, variabili e comparazione giuridica / Scarciglia, R..
- In: DIRITTO PUBBLICO COMPARATO ED EUROPEO. - ISSN 1720-4313. - STAMPA. - 23:1(2021), pp. 3.73-3.88. [10.17394/100272]

Availability:

This version is available at: 11368/2989905 since: 2021-05-12T12:27:53Z

Publisher:

Published

DOI:10.17394/100272

Terms of use:

Some rights reserved. More details in the PostPrint rights section below.

License:

Digital Rights Management not defined

Publisher copyright

--

(Article begins on next page)

Roberto Scarciglia

Il “cigno nero” e il comparatista. Riflessioni su indicatori, variabili e comparazione giuridica

The “black swan” and the comparatist: reflections on the indicators, variables and legal comparison

Nassib Nicholas Taleb defines the “black swan” as the occurrence of a highly improbable event, equivalent of the nonoccurrence of a highly probable one. In these times of crisis caused by the unexpected Covid-19 pandemic, a question of Taleb appears to be of great interest to legal scholars: «Isn't it strange to see an event happening precisely because it was not supposed to happen? What kind of defense do we have against that?».

Without doubt, it is not possible to give a reliable answer to this question. However, we can ask ourselves what value indicators have from a legal point of view, and whether they can affect constitutional rights or freedoms. We can recall, in this regard, that the Italian government, based on 12 indicators, has established, for example, limitations on the right of free movement of people to counter the spread of the infection from Covid-19.

Keywords: legal comparison, indicators, variables, interactions between variables.

Gli eventi del futuro non possiamo arguirli dagli eventi presenti.

Ludwig Wittgenstein, *Tractatus*, 5.1361

1. Premessa

Quante volte nelle indagini comparative sono comparsi fattori non-noti, che hanno modificato l'itinerario di ricerca, o lo hanno reso impraticabile? Come osserva Taleb, da cui è tratto il riferimento al “cigno nero” contenuto nel titolo, «nonostante il progresso e la crescita della nostra conoscenza, o forse a causa di tale progresso e di tale crescita, il futuro sarà sempre meno prevedibile»¹. Questa breve considerazione ben può

¹ N.N. Taleb, *The Black Swan: The Impact of Highly Improbable*, New York, 2007, trad. it. a cura di E. Nifosi, *Il Cigno nero. Come l'improbabile governa la nostra vita*, Milano, 2014, 21. Per un'analisi del tema della probabilità degli eventi, v. K.R. Popper, *The Logic of Scientific Discovery*, trad. it. a cura di M. Trinchero, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, Torino, 1998, 150-233.

comprendere avvenimenti non, o poco, prevedibili, come è accaduto per recenti catastrofi naturali, per l'attentato alle Twin Towers dell'11 settembre 2001, ma anche per la comparsa, e la drammatica diffusione, della pandemia di Covid-19 in tutto il mondo, assolutamente inaspettata e imprevedibile².

Proprio questo ultimo avvenimento, di carattere globale, ha messo, ancora una volta, a dura prova la capacità dei decisori pubblici di intervenire tempestivamente, guardando al futuro, sulla base di dati, raccolti, talvolta, con modalità non sempre trasparenti, per garantire, in ogni caso e nel miglior modo possibile, la salute e la vita dei cittadini. L'interpretazione di questi dati è avvenuta, come si è detto, attraverso metodi diversi, presentati all'interno delle comunità scientifiche sulla base di analisi e proiezioni tali da mettere in dubbio nel comune osservatore non solo la conoscenza del fenomeno, ma anche il valore delle informazioni circolanti a livello locale e globale³. Ciò si spiega per il fatto che la costruzione di indicatori resta avvolta, in molti casi, all'interno di un'area di penombra che tabelle numeriche non sono sempre in grado di illuminare.

L'obiettivo di questo breve saggio è quello di descrivere brevemente qual è l'utilizzo degli indicatori da parte dei giuristi, e, in particolare, dei giuscomparatisti, e quale potrebbe essere il loro contributo a uno sviluppo "sostenibile" delle misurazioni quantitative.

Nonostante le istituzioni e gli attori a livello globale siano da tempo favorevoli all'introduzione di indicatori, considerandoli una sorta di *soft power* per definire gli oggetti di un potenziale sviluppo o intervento in specifici settori dei rapporti sociali ed economici⁴, soltanto all'inizio del XXI secolo, gli indicatori a livello globale – o *global social indicators*⁵ – hanno trovato spazio nella letteratura comparatistica, rappresentando uno stimolo per «costruire una maniera alternativa di fare comparazione

² V. su Covid-19 gli indicatori della Banca mondiale, in data.humdata.org/dataset/world-bank-indicators-of-interest-to-the-covid-19-outbreak (consultati il 12-12-2020).

³ V. M. Infantino, *Global Numbers in the Pandemics: The Spread of Indicators and How to Spot Them*, in D. Nelken, M. Siems, M. Infantino, N. Genicot, D. Restrepo Amariles, J. Harrington, *COVID-19 and the Social Role of Indicators: A Preliminary Assessment*, Eui Working Papers 2020/17, Firenze, 2020, 3-11; N.N. Taleb, *The Black Swan*, cit., 37.

⁴ M. Goodwin, *The Poverty of Numbers: Reflections on the Legitimacy of Global Development Indicators*, in 13 *Int'l J. L. in Context* 485 (2017).

⁵ Espressione utilizzata da M. Siems, *Comparative Law*, 2nd ed., Cambridge and New York, 2018, 322-331, il quale definisce i *social indicators*, come «numerical measures that describe the well-being individuals or communities [...] in terms of social, economic and psychological welfare», 323.

giuridica»⁶, dal diritto costituzionale al diritto finanziario, dal diritto penale al diritto amministrativo, solo per fare degli esempi⁷. Tuttavia, possiamo ricordare che, in passato, indicatori e forme di misurazione sono state già utilizzate, come, ad esempio, è accaduto nelle politiche di conquista in periodo coloniale, negli studi sulla plagiocefalia quale misuratore di degenerazione somatica⁸, o anche nelle analisi sulla povertà elaborate a partire dagli anni Quaranta⁹.

Da questa prospettiva, è possibile considerare almeno tre ordini di problemi. Il primo riguarda le scelte di carattere tecnico-scientifico adottate sulla base di indicatori, e in che modo questi ultimi abbiano origine, vengano classificati, e se siano comparabili fra loro, nonché quali elementi inglobano al loro interno. Un secondo problema attiene alla ricerca delle variabili c.d. rilevanti e alle relazioni che intercorrono fra le stesse, tanto all'interno di un ordinamento giuridico, quanto in una prospettiva transnazionale e/o globale. L'ultima riflessione riguarda la comparazione c.d. quantitativa, e l'utilizzo degli indicatori, in particolar modo per le indagini comparative nell'area pubblicistica.

2. Indicatori giuridici e comparazione

Preliminarmente si ritiene necessario definire il significato di “indicatori”, per mettere in evidenza che non necessariamente gli strumenti finalizzati a misurare il diritto sono da considerarsi sempre come indicatori¹⁰. Secondo l'Ocse, l'organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico, un indicatore può essere definito come una «misura quantitativa o qualitativa», derivata da una serie di fatti osservati, che possono rivelare il rendimento di un Paese rispetto a un determinato oggetto e relativamente a una determinata area, ma possono anche indicare direzioni di cambiamento¹¹, come anche il grado di adesione di ciò che si misura a determi-

⁶ M. Infantino, *Numera et impera. Gli indicatori giuridici globali e il diritto comparato*, Milano, 2019, 22.

⁷ H. Spamann, *Empirical Comparative Law*, in *Ann. Rev. L. & Soc. Sci.* 22 (2019).

⁸ In proposito si può ricordare, da un punto di vista diacronico, la relazione di A. Zuccarelli, *Osservazioni intorno alla frequenza di dati degenerativi somatici in rapporto con la condotta in alunni di scuole secondarie di Napoli*, presentata il 2-4-1894 all'XI Congresso medico internazionale tenutosi a Roma dal 29-3 al 5-4-1894, pubblicata in *Riv. sper. fren. med. leg.*, 20, 1, Reggio nell'Emilia, 1894, 1-7.

⁹ V., in generale, T.J. Bassett, *Cartography and Empire Building in Nineteenth-Century West Africa*, in *Geog. Rev.*, 84, 1994, 316-335.

¹⁰ M. Siems, *Comparative Law*, cit., 323.

¹¹ Oecd, *Handbook on Constructing Composite Indicators*, Paris, 2008, 13.

nati standard¹². In buona sostanza, parlando di indicatori, ci riferiamo a raccolte di dati che vengono inglobati in classifiche rappresentative delle *performances* di unità di analisi oggetto di ricerca, e questi dati sono evidentemente suscettibili di essere comparati, sia in chiave sincronica che diacronica¹³.

Alla base degli indicatori, vi sarebbe «una teoria, più o meno chiara, più o meno verbalizzata, più o meno solida, che fa da sfondo all'indicatore»¹⁴. Per definire la quantificazione delle informazioni ottenute attraverso i numeri, è stato utilizzato l'aggettivo di “seduttiva”, giacché gli stessi numeri comunicherebbero l'idea di una verità oggettiva e di un'autorità scientifica che va al di là dell'interpretazione degli elementi che ne hanno consentito la costruzione¹⁵.

Il ritenere che i numeri producono discorsi di verità, pur presentando un carattere funzionale e utilitaristico, non può, tuttavia, costituire un'asserzione universale, se si considera che «[da] un punto di vista logico, il controllo di una teoria dipende da asserzioni-base la cui accettazione o il cui rifiuto dipendono, a loro volta, dalle nostre *decisioni*»¹⁶. Per fare un esempio, se si considera il processo con una giuria, come accade negli Stati Uniti, si può osservare come la stessa decide di accettare, almeno a maggioranza, «un'asserzione su un accadimento fattuale, asserzione che è paragonabile a un'asserzione base [...] ma è chiaro che l'asserzione non deve necessariamente essere vera soltanto perché la giuria l'ha accettata. Questo fatto è riconosciuto dalla regola che permette che un verdetto venga impugnato o rivisto»¹⁷. Da questo angolo visuale, non possiamo che porci alcuni interrogativi e, soprattutto, in relazione alle modalità con cui sono raccolti i dati che saranno successivamente tradotti in indicatori. Possiamo considerare diverse modalità, di cui la prima è la semplice rac-

¹² Cfr. M. Infantino, *Global Indicators*, in S. Cassese (ed.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham and Northampton, MA, Milano, 2016, 347-349.

¹³ K.E. Davis, B. Kingsbury, S. Engle Merry definiscono un “indicatore” nel seguente modo: «An indicator is a named collection of rank-ordered data that purports to represent the past or projected performance of different units. The data are generated through a process that simplifies raw data about a complex social phenomenon. The data, in this simplified and processed form, are capable of being used to compare particular units of analysis (such as countries or institutions or corporations), synchronically or over time, and to evaluate their performance by reference to one or more standards».

¹⁴ M. Infantino, *Numera et impera*, cit., 193.

¹⁵ S. Engle Merry, *The Seductions of Quantification: Measuring Human Rights, Gender Violence*, Chicago and London, 2016, 2.

¹⁶ K.R. Popper, *The Logic of Scientific Discovery*, 1934, trad. it. a cura di M. Trincherio, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, Torino, 1998, 104.

¹⁷ Ivi, 106.

colta di dati su un certo fenomeno, come potrebbe essere, ad esempio, il numero di citazioni di diritto straniero nelle sentenze di una determinata corte¹⁸, anche riferita a un limitato periodo di tempo¹⁹.

Rispetto a questa modalità, ci si chiede se i dati raccolti possano essere tradotti in indicatori, e quale sia il valore delle asserzioni ivi contenute. In proposito, si può osservare che non tutte le raccolte di dati possono rientrare in questa prospettiva, giacché nella stessa definizione specifica di indicatore è implicito che l'utilizzo dei numeri è finalizzato a stabilire sul piano normativo degli standard generali²⁰. L'analisi sistematica non può essere, infatti, raccordata a un singolo progetto, che come è noto può avere una durata limitata, avendo come presupposto necessario, proprio la *diuturnitas*, la continuità nel tempo, e, di conseguenza, non sarebbe sufficiente la sola autorevolezza delle-gli studiose-i implicate-i per trasformare una raccolta di dati in indicatori, soprattutto se manca la dimensione organizzativa, che si caratterizza per la presenza di una struttura di livello internazionale, oltreché per cospicue risorse, alimentate nel tempo, necessarie a tenere in vita l'indicatore stesso²¹. Rispetto alla fine del secolo scorso, tuttavia, l'utilizzo di mastodontici data-base ha consentito analisi di dati ritenuti inimmaginabili, come, ad esempio, nello studio di Martin Gelter e Mathias Siems sulle citazioni reciproche da parte dei giudici in Europa, che, a differenza di altri studi, sembra essere caratterizzato dai presupposti sopra richiamati²².

E, così, in alcuni casi, anche studi quantitativi possono trasformarsi in indicatori, come nel caso delle analisi sul rapporto fra regole giuridiche

¹⁸ M. Siems, *Comparative Law*, cit., 181.

¹⁹ Cfr., *ex multis*, per analisi di questo tipo, D. Zaring, *The Use of Foreign Decisions by Federal Courts: An Empirical Analysis*, in 3 *J. Emp. Leg. Stud.* 2, 1327-1362 (2016); E. Özücü, *Developing Comparative Law; A General View of “Legal Families” and of “Mixing Systems”*; *Comparative Law in Practice: The Courts and the Legislator, and A Project: Comparative Law in Action*, in E. Özücü and D. Nelken (eds.), *Comparative Law: A Handbook*, Oxford and Portland, OR, 2007, 43-65, 169-187, 411-433, 435-449; M. Siems, *Citation Patterns of the German of the German Federal Supreme Court and of the Court of Appeal of England and Wales*, in 52 *King's. L. J.* 152-171 (2010); G.F. Ferrari, A. Gambaro, *The Italian Constitutional Court and Comparative Law*, in 1 *Comparative Law Review* 1-22 (2010); S. Bagni, M. Nicolini, E. Palici di Suni, L. Pegoraro, A. Procidia Mirabelli di Lauro e M. Serio (a cura di), *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze. Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*, Torino, 2016; P. Passaglia, *Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale: un'indagine relativa al periodo gennaio 2005-giugno 2015*, in *Cons. Online*, II, 2015, 589-611.

²⁰ M. Siems, *Comparative Law*, cit., 323.

²¹ Per un'analisi approfondita, si rinvia a M. Infantino, *Numera et impera*, cit., part. 66-73.

²² M. Gelter, M. Siems, *Citations to Foreign Courts: Illegitimate and Superfluous or Unavoidable? Evidence from Europe*, in 62 *American Journal of Comparative Law* 1, 35-85 (2014).

ed economia²³, ed essere, così, inseriti come tali nei rapporti di *World Bank's Doing Business Reports*²⁴, nei *Worldwide Governance Indicators*²⁵, nei *Freedom in the World Reports*²⁶, nel *Corruption Perception Index (Cpi)*²⁷, elaborato da *Transparency International*²⁸, come, anche, nel *Rule of Law Index*®²⁹, elaborato dal *World Justice Project*³⁰, in cui gli indicatori misurano l'impatto sulle politiche pubbliche del rispetto del principio di *rule of law*. Si tratta soltanto di alcuni esempi di indicatori giuridici globali che per la loro assertività influenzano i comportamenti dei decisori statali e anche le forme del diritto³¹.

Una seconda modalità di misurazione del diritto è quella del c.d. *coding law*, basata su meccanismi che traducono «formula e sostanza delle regole giuridiche in numeri»³². Queste tecniche sono chiamate “lessimetriche” e derivano dalla parola “lessimetria” (*leximetric*), che, in campo giuridico, è utilizzata per classificare i punti di forza e di debolezza delle norme giuridiche, assegnando un valore numerico a ciascun tipo di norma in un campo specifico, con la funzione di comparare i diversi sistemi giuridici, mettendo in relazione i valori numerici con specifici obiettivi come, ad esempio, la crescita economica oppure i livelli di occupazione. Il termine ha iniziato a circolare con successo dopo la pubblicazione di una ricerca a carattere comparativo da parte di Robert Cooter and Tom Ginsburg, in cui i due studiosi hanno cercato di dimostrare come le differenze nelle

²³ R. La Porta, F.C. Lopez de Silanes, A. Schleifer, R.W. Vishny, *Legal Determinants of External Finance*, in *J. Fin.*, 52, 1997, 1131-1150; Idem, *Law and Finance*, in 106 *J. Pol. Econ.* 1113-1155 (1998). Giungono, tuttavia, a risultati diversi i ricercatori dell'Università di Cambridge, che fanno capo a Simon Deakin. Per un'elencazione dei progetti in corso con l'uso di indicatori relativamente all'impatto della Brexit su diritto ed economia, v. S. Deakin, B. Sones, *et al.*, *Post-Brexit Options for the UK: Combining Legal and Economic Analysis*, Cambridge, 30 March 2017.

²⁴ V. l'ultimo rapporto di World Bank Group, *Doing Business 2020: Comparing Business Regulation in 190 Economies*, Washington, 2020.

²⁵ In knowledge4policy.ec.europa.eu/dataset/ds00126_en (consultato il 10-12-2020).

²⁶ Per il 2020, v. freedomhouse.org/report/freedom-world/2020/leaderless-struggle-democracy.

²⁷ In www.transparency.org/en/cpi# (consultato il 10-12-2020).

²⁸ Il rapporto 2020 è in www.transparency.org/en/cpi (consultato l'11-12-2020).

²⁹ Cfr. il *World Justice Project Rule of Law Index 2020*, in <https://worldjusticeproject.org/our-work/research-and-data/wjp-rule-law-index-2020> (consultato l'11-12-2020).

³⁰ In worldjusticeproject.org/our-work/publications/rule-law-index-reports/wjp-rule-law-index-2020 (consultato il 10-12-2020).

³¹ Per un'analisi puntuale degli indicatori, si rinvia a M. Infantino, *Numera et impera*, cit.; M. Siems, *Comparative Law*, cit., 322-331.

³² M. Siems, *Comparative Law*, cit., 181.

specifiche scelte normative fra i diversi Paesi analizzati hanno carattere sistematico, nel contesto delle tradizioni giuridiche cui appartengono³³.

Ritornando alla precedente considerazione sulla validità delle asserzioni derivanti dall’analisi di dati, se, da una parte, si può apprezzare l’utilità delle tecniche lessimetriche di codifica dei dati al fine di misurare le variazioni transnazionali e inter-temporali del contenuto delle norme giuridiche, facilitando l’analisi statistica dei sistemi giuridici e dei loro impatti sociali ed economici, dall’altra, le differenze dei risultati imporrebbero, tuttavia, una piena trasparenza dei meccanismi di scelta degli indicatori, di definizione degli algoritmi di codifica, di aggregazione e valutazione dei dati, e di scelta e utilizzazione delle fonti primarie che hanno generato i valori riportati nei ranking prodotti.

Un ulteriore metodo per raccogliere dati e trasformarli in numeri è quello di estrarli da analisi che riguardano le scienze sociali, che, tuttavia, contengono differenti tipi di informazioni. Ciò accade, ad esempio, nelle macro-ricerche a carattere interdisciplinare, come quelle nel campo dei diritti umani, che riguardano il diritto internazionale, il diritto pubblico, il diritto penale e il diritto comparato, soltanto per fare degli esempi, ma che, più in generale, si riferiscono all’organizzazione delle attività umane³⁴.

Le modalità con cui gli indicatori sono costruiti non definiscono sempre le loro origini e il ruolo degli attori che li hanno creati, né le ragioni del loro successo – e del conseguente utilizzo a livello anche globale – o della loro fine, come è accaduto, ad esempio, per il *Ci-Ri Human Rights Data-set*, non più aggiornato dal 2014, e relativo a 26 anni di analisi su 15 diversi parametri in 195 Paesi³⁵.

³³ R. Cooter, T. Ginsburg, *Leximetrics: Why the Same Laws are Longer in Some Countries than Others*, in *Am. L. Econ. Ass. An. Meet.*, Paper 64, 2004, 1-25.

³⁴ Sul tema dell’interdisciplinarietà la letteratura è particolarmente ricca: v., esemplificativamente, con riferimento all’antropologia, R. Sacco, *Antropologia giuridica. Contributo a una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007; L. Nader, *The Life of the Law: Anthropological Projects*, Berkeley, 2002; J. Vanderlinden, *Anthropologie Juridique*, Paris, 1996; A. Riles, *Representing In-Between: Law, Anthropology, and the Rhetoric of Interdisciplinarity*, in 3 *U. Ill. L. Rev.* 597-650 (1994). Sul movimento di *Law and Development*, v., *ex multis*, F.H. Stephen, *Law and Development: An Institutional Critique*, Cheltenham and Northampton, MA, 2018.

³⁵ V. D.L. Cingranelli, D.L. Richards, *The Cingranelli and Richards (CIRI) Human Rights Data Project*, in 32 *Hum. Rights Q.*, 2, 401-424 (2010), e l’indicatore in www.humanrightsdata.com/2014/05/ciris-new-address-wwwhumanrightsdatacom.html (consultato il 10-12-2020). V. M. Infantino, *Numera et impera*, cit., 64, che mette in evidenza come, rispetto a queste domande, manchino risposte soddisfacenti.

2.1. Indicatori e diritto costituzionale

Per quanto riguarda il diritto pubblico, nei paragrafi che precedono sono stati proposti alcuni esempi di indicatori allo stesso collegati. In particolare, nella prospettiva del diritto costituzionale, Holger Spamann ha individuato alcune aree dove l'analisi quantitativa, in rapporto agli indicatori, si è rivelata particolarmente fruttuosa³⁶, e può avere applicazione in una prospettiva globale, al pari di una fonte giuridica di cui gli stessi indicatori riescono ad assumere la forza³⁷.

La prima di queste aree riguarda le costituzioni, e, in particolare, il progetto *Comparative Constitutions Project* (Ccp), anche conosciuto come *Constitute*³⁸ – nato nel 2005 dalla collaborazione di due scienziati politici, Zachary Elkins e James Melton, e di Tom Ginsburg – che raccoglie un insieme di dati storici e transnazionali relativi a costituzioni scritte dal 1789 a oggi, codificando ben 668 fattori costituzionali, seguendone l'evoluzione nel tempo, dall'adozione agli emendamenti, dalle sospensioni alle ipotesi di sostituzione del testo originario. Il progetto ha il suo punto di forza nella collaborazione fra studiosi appartenenti ad ambiti disciplinari diversi nel campo delle scienze sociali e esperti di sistemi informatici, e partner finanziatori come, ad esempio, *Google ideas*³⁹. Utilizzando il *coding*, ad esempio, per tradurre i diritti e le libertà esistenti all'interno dei testi costituzionali in numeri, attraverso una sequenza da "0", "0.1", "0.2", "0.3", "0.n" sino a "1", potrebbe essere possibile attribuire a una costituzione il carattere di "libertaria" o di "antidemocratica", ma anche il valore dei diritti umani per l'interpretazione del sistema delle fonti⁴⁰. Un altro profilo di grande interesse per la creazione di indicatori è quello della *rule of law*⁴¹,

³⁶ H. Spamann, *Empirical Comparative Law*, in 11 *Ann. Rev. L. & Soc. Sci.* 3-4 (2015).

³⁷ M. Siems, *Comparative Law*, cit., 323.

³⁸ In <https://comparativeconstitutionsproject.org/5> (consultato l'1-12-2020). Su questo progetto, v. Z. Elkins, T. Ginsburg, J. Melton, R. Shaffer, J.F. Sequeda, D.P. Miranker, *Constitute: The World's Constitutions to Read, Search, and Compare*, in 27-28 *J. Web Seman.* 10-18 (2014).

³⁹ Il progetto *Constitute* utilizza, per la sua consultazione, Google App Engine, Python e la libreria RDFlib. La ricerca a testo libero è basata sull'indicizzazione del testo costituzionale grezzo utilizzando Google App Engine e il Data Store di Google per l'archiviazione dei dati.

⁴⁰ M. Siems, *New Directions in Comparative Law*, in M. Reimann, R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2nd ed., Oxford, 2019, 859.

⁴¹ Molte sono le definizioni di *rule of law*, anche se il termine è senz'altro di difficile traduzione ed è utilizzato nella lingua inglese. Sebbene l'espressione sia attribuita a Dicey, in *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, come ha osservato Lord Bingham, se Dicey «ha coniato l'espressione, non ha inventato l'idea che c'è dietro»: secondo la definizione contenuta nel Report del Segretario generale delle Nazioni Unite, *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-conflict Societies*, in Security Council-S/2004/616, § III «For the United Nations, the rule of law refers to a principle of governance in which all persons,

che ci consente di riflettere su temi come il costituzionalismo, il *due process*, il principio di legalità, la giustizia, la sovranità⁴², la costruzione della democrazia di Paesi in via di transizione, lo sviluppo della cooperazione internazionale⁴³, ma anche l'utilizzo degli indicatori per individuare gli strumenti più efficaci per contrastare la pandemia di Covid-19 – in questo momento di grande interesse per la comunità dei giuscomparatisti⁴⁴ – e le scelte dei decisori pubblici che necessariamente devono guardare al futuro, a nuove “ondate”, in cui la comparsa di un “cigno nero”, nel senso indicato da Taleb, è sempre possibile.

Sul piano del diritto costituzionale comparato, come è già stato osservato in precedenza, sono numerosi gli studi che fanno riferimento alle corti, e all'uso dei precedenti stranieri. A differenza di altri esempi citati, è difficile ritenere che questi dati possano, tuttavia, divenire veri e propri indicatori, per i caratteri eterogenei dei diversi approcci alla comparazione utilizzati dai giudici, che, in ogni caso, ne tengono un relativo conto rispetto alla decisione che devono assumere⁴⁵. Pur trattandosi, comunque, di dati quantitativi che si possono definire come *counting facts about law*⁴⁶,

institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency». Nonostante l'ampiezza dei contenuti, i dati relativi alla *rule of law* sono stati raggruppati in indicatori: v. M. Versteeg and T. Ginsburg, *Measuring the Rule of Law: A Comparison of Indicators*, in 42 *L. & Soc. Inq.* 1, 100-137 (2017); T. Carothers, *Promoting the Rule of Law Abroad: In Search of Knowledge*, Washington, DC, 2006.

⁴² Cfr. M. Krygier, *Rule of Law*, in M. Rosenfeld, A. Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford and New York, 2012, 233-249.

⁴³ G. Hadfield, B. Weingast, *Microfoundations of the Rule of Law*, in 17 *An. Rev. Pol. Sci.*, 21-42 (2014).

⁴⁴ V. il sito web *Comparative Covid Law*, che nasce per iniziativa delle più importanti associazioni che riuniscono i comparatisti italiani (l'Associazione Diritto pubblico comparato ed europeo, l'Associazione italiana di diritto comparato e la Società italiana per la ricerca nel diritto comparato) a seguito dell'emergenza sanitaria provocata dalla pandemia di Covid-19, la cui raccolta di contributi rappresenta uno strumento necessario per lo studio delle trasformazioni a livello globale anche nelle forme del diritto. In www.comparativecovidlaw.it/.

⁴⁵ V., su questo punto, G. Samuel, *Comparative Law and the Courts*, in G. Canivet, M. Andenas, and D. Fairgrieve (eds.), *Comparative Law before the Courts*, London, 2004, 253; G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, X ed., Milano, 2019, 68, il quale osserva, richiamando T. Groppi e M.C. Ponthoreau (a cura di), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, 2013, che: «affermare che il giudice utilizza diritto straniero e ricorre alla comparazione soltanto al fine di risolvere uno specifico caso non significa che gli effetti della sua pronuncia rimangano circoscritti al caso risolto, in quanto è ben possibile che la pronuncia eserciti influenza su future decisioni di altri giudici facendosi ricorso al noto profilo della persuasività del precedente».

⁴⁶ M. Siems, *Comparative Law*, cit., 181.

appare improbabile che le asserzioni contenute in questo tipo di analisi possano definirsi “autentiche”, nel senso indicato da Popper a proposito del problema della demarcazione fra leggi scientifiche e asserzioni empiriche elementari⁴⁷. Di questa prospettiva è un acuto testimone Mathias Reimann, quando osserva che: «[C]omparative law has still not acquired a solid empirical basis. We have ridiculously little statistical data about the legal systems we study and compare. Without such data, most of our conclusions rest on personal intuition, anecdotal information, or plain speculation, rather than on systematic observation of hard facts»⁴⁸. Inoltre, è necessario considerare che la presenza di indicatori costruiti spesso sulla base di risposte binarie, rende soltanto in parte l’immagine del contesto in cui gli organi costituzionali operano, essendoci una pluralità di formanti anche non scritti che determinano, o de-formano, i comportamenti dei soggetti pubblici e privati, e possono variare, modificando le rappresentazioni originarie fornite dall’indicatore, anche in funzione degli obiettivi che i suoi creatori perseguono.

In tale prospettiva, l’apporto dei comparatisti, avvezzi alla ricerca di formanti non visibili o di linguaggi silenziosi, potrebbe consentire di rendere maggiormente accessibili gli elementi alla base della costruzione di indicatori, attraverso metodologie di ricerca che consentano una interpretazione profonda da cui possono emergere, ad esempio, variabili volutamente trascurate con la finalità di influenzare decisioni e politiche pubbliche, attraverso una presunta assertività universale della teoria alla base dell’indicatore, escludendo, al contempo, controlli più severi⁴⁹.

3. Variabili e loro relazioni

Nella metodologia empirica, una particolare attenzione è dedicata alla quantificazione delle variazioni all’interno dei diversi ordinamenti, relativamente a determinati tipi di norme giuridiche, essendo ben presente nei ricercatori che, da questa prospettiva, gli indici risultanti consentono di correlare gli indicatori relativi a profili specifici delle norme giuridiche e delle istituzioni con le variabili rilevanti⁵⁰.

⁴⁷ K.R. Popper, *The Logic of Scientific Discovery*, cit., part. 13-21.

⁴⁸ M. Reimann, *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*, in 50 *American Journal of Comparative Law* 4, 686 (2002).

⁴⁹ Ivi, 105.

⁵⁰ M. Siems, S. Deakin, *Comparative Law and Finance: Past, Presence and Future Research*, in 166 *J. Inst. Theor. Ec. (JITE)* 1, 120-140 (2010).

Se gli indicatori giuridici, che fin qui sono stati richiamati, hanno in comune la caratteristica di ricomprendere nella loro misurazione quasi tutti i Paesi del mondo, e da qui la loro definizione di “indicatori giuridici globali”, da un altro punto di vista, presentano fra loro differenze significative. Occorre, infatti, distinguere l’ipotesi in cui i dati sui quali gli stessi sono costruiti abbiano in prevalenza un’origine pubblica o siano, invece, creati e alimentati da soggetti privati, anche tenuto conto che gli utilizzatori dei dati possono aggregare informazioni elaborate da soggetti e organizzazioni diverse, sia pubbliche che private. Questa diversa prospettiva non è ininfluyente in rapporto alle finalità che coloro che hanno realizzato gli indicatori intendono perseguire, se consideriamo che la loro dimensione normativa può incidere, sul piano costituzionale, tanto sulla forma di governo che sui diritti fondamentali, e, più in generale, sull’organizzazione delle strutture statali e sull’esercizio dei poteri pubblici. Le principali critiche che sono rivolte agli indicatori riguardano non solo il superamento di principi del diritto internazionale, ma anche un deficit di partecipazione democratica che gli stessi produrrebbero in fase di elaborazione e di successiva applicazione⁵¹.

Un’altra differenza fra gli indicatori riguarda le metodologie con cui gli stessi sono costruiti, e le modalità con cui sono state aggregate le serie di variabili conosciute. Se una risposta a questa domanda non può essere fornita se non in maniera presuntiva, è certo, tuttavia, che le misurazioni quantitative – che si traducono, successivamente, in indicatori – si indirizzano in via preferenziale non verso l’oggetto di indagine, ma piuttosto verso quelle analisi che implicano una «alta suscettibilità alla quantificazione e [alla] concreta disponibilità dei dati»⁵². Se ciò è condivisibile, allora anche le variabili cui gli indicatori si rivolgono saranno prese in considerazione principalmente sulla base della loro vocazione a essere facilmente quantificabili. In tal modo, potrebbe verificarsi che indicatori costruiti con metodologie diverse giungano a risultati molto simili, e, per tale ragione, possano ritenersi evidentemente comparabili⁵³, ma, allo stesso tempo, rassicuranti circa il valore delle informazioni presentate.

Altrettanto evidente è la considerazione che la scelta di queste variabili, quantificabili con maggiore semplicità, tende a escluderne altre,

⁵¹ M. Siems, *Comparative Law*, cit., 327; C. Arndt, C. Oman, *Uses and Abuses of Governance Indicators*, Paris, 2006, 49 ss.

⁵² M. Infantino, *Numera et impera*, cit., 186.

⁵³ M. Versteeg, T. Ginsburg, *Measuring the Rule of Law: A Comparison of Indicators*, in 42 *L. & Soc. Inq.* 102 (2017).

che l'indicatore non prende in considerazione⁵⁴. La preferenza consentirà, così, ai gestori dell'indicatore di controllare le variabili, rafforzando, di conseguenza, le asserzioni di base su cui lo stesso indicatore è costruito, la sua sopravvivenza e il suo prestigio. Ma forse in gioco c'è qualcosa di molto più importante, e cioè, come già si è anticipato, il destino della teoria che è alla base dell'indicatore e delle asserzioni che lo stesso contiene⁵⁵. Come osservava Popper, «[le] teorie possono essere controllabili più o meno severamente; cioè a dire, possono essere falsificabili più o meno facilmente. Ai fini della scelta delle teorie è importante il loro grado di controllabilità»⁵⁶.

4. I comparatisti e gli indicatori

Come è stato recentemente osservato, nelle pratiche di sviluppo di indicatori, fenomeno c.d. di *indicatorization*⁵⁷, i giuristi si sono dimostrati poco presenti, anche se gli stessi indicatori sono stati, e sono attualmente, alla base di molte decisioni che riguardano la sfera del diritto, come testimoniano, con frequenza giornaliera, i dati relativi alla pandemia di Covid-19 nel mondo, da cui dipendono provvedimenti limitativi delle sfere giuridiche dei soggetti – anche se garantite sul piano costituzionale – elaborati sulla base di algoritmi dei quali non sono realmente noti, nella maggior parte dei casi, gli elementi sui quali sono stati elaborati. Come si è detto, alla base degli indicatori vi sono sempre delle teorie, anche se le stesse non sono sempre molto chiare e, di conseguenza, producono «consensi fragili e visioni divergenti»⁵⁸.

Questi effetti sono riconducibili alla difficoltà di interpretare i dati e i fattori che costituiscono la struttura degli indicatori, per la loro vocazione dinamica e la conseguente potenzialità al cambiamento, e alla presenza di variabili che si combinano fra loro, alterando i fattori di rischio che, ad esempio, possono contribuire alla circolazione di malattie infettive o all'insorgere di crisi ambientali, come al deterioramento delle garanzie dei diritti fondamentali. Questo processo può essere sempre più sviluppato laddove alla base degli indicatori vi siano modelli di apprendimento

⁵⁴ M. Infantino, *Numera et impera*, cit., 192.

⁵⁵ K.R. Popper, *The Logic of Scientific Discovery*, cit., 105.

⁵⁶ Ivi, 109.

⁵⁷ Espressione utilizzata da S. Airey, *The Taming of the Shrike: The Norm-Generation and Political Effects of Indicators on Human Rights*, 2015, vol. 12, 81-115.

⁵⁸ M. Infantino, *Numera et impera*, cit., 193.

costante, c.d. di *learning machine*, basati sull’idea che i sistemi possono apprendere dai dati, e siano in grado di prendere decisioni con un intervento umano limitato.

Ciò comporta, sul piano critico, una riflessione sulla metodologia impiegata e, in particolar modo, sui cambiamenti e sugli adattamenti delle stesse opzioni metodologiche. Il bisogno di trasparenza si rende necessario, allora, per verificare, o almeno sottoporre a una qualche forma di controllo, la veste di scientificità degli stessi indicatori, che devono adattarsi al combinarsi di fattori diversi e al variare delle reciproche interrelazioni.

Nonostante l’importanza assunta a livello globale degli indicatori giuridici, i principali manuali di diritto comparato non vi fanno, generalmente, riferimento, se non in misura minima, e, come è facile constatare, le eccezioni sono veramente limitate⁵⁹. Alcuni comparatisti hanno, tuttavia, dimostrato una significativa attenzione per questo approccio metodologico, sia pure come eccezione, piuttosto che come regola, ma hanno, in ogni caso, aperto la strada all’utilizzo di indicatori che rientrano nella sfera del diritto, sia per oggetto, che per obiettivi⁶⁰. Si tratta, con tutta evidenza, di una tangibile potenzialità per allargare la dimensione delle ricerche a carattere comparativo. In proposito, si può ulteriormente osservare che, a causa degli effetti della pandemia, la limitazione dei contatti diretti fra gli studiosi, che sino allo scorso anno si incontravano per confrontare le loro tesi e per difendere le proprie idee, ha prodotto forme nuove di conoscenza inter-personale e di confronto, attraverso i tanti incontri scientifici, diffusi a livello planetario, che alimentano non soltanto visioni tipiche della *Western Legal Tradition*, ma anche percezioni dell’esistenza di fattori poco visibili, forse trascurati dagli indicatori. E, di conseguenza, non è soltanto auspicabile che il comparatista si avvicini alla metodologia quantitativa, sviluppando una concezione plurale della ricerca, attraverso la collaborazione sempre più intensa con studiosi che provengono da altre parti del mondo, «from comparison to collaboration», come direbbe Annelise Riles⁶¹.

⁵⁹ Per un’analisi particolarmente accurata della manualistica di diritto comparato, si rinvia a M. Infantino, *Numera et impera*, cit., 250. Anche nella manualistica di diritto costituzionale o pubblico comparato, il riferimento a indicatori è quasi inesistente: v., per tutti, M. Rosenfeld, A. Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, cit.

⁶⁰ In generale, si rinvia a M. Siems, *Comparative Law*, cit., 180-228; U. Kischel, *Comparative Law*, Oxford, 2019, 134-142; per il diritto pubblico, v. S. Cassese, L. Casini, *La disciplina degli indicatori globali*, in *Annuario dir. Comp.*, 2012, 97-116.

⁶¹ A. Riles, *From Comparison to Collaboration: Experiments with a New Scholarly and Political Form*, in *78 L. & Contemp. Prob.* 1, 147-183 (2015).

Se, da una parte, questo approccio è funzionale ad allargare gli ambiti di studio dei sistemi giuridici – anche oltre i sistemi che si conoscono bene –, da un'altra, attraverso lo scambio delle conoscenze scientifiche, si potrebbero rimettere in discussione paradigmi consolidati, e gli indici degli stessi indicatori, che, nella penombra del sapere tecnico, possono nascondere interessi politici ed economici. Il giurista non avvezzo alla comparazione resta spesso legato a una presunta neutralità delle proprie conoscenze, ai luoghi e alla lingua che conosce, rischiando di avallare in tal modo modelli, talora egemonici, che sono alla base della costruzione degli indicatori. Se prendiamo ad esempio, in considerazione gli indicatori che hanno a oggetto il principio di *rule of law*, già citati nella parte iniziale di questo scritto, e il loro rapporto con la crescita economica, si potrebbe giungere alla conclusione che gli standard di civiltà legati all'introduzione di questo principio promuovano, fra i principali obiettivi, quello di essere necessariamente esportati, favorendo, in buona sostanza, un progressivo, anche se lento, sviluppo di «pervasivi processi di normalizzazione di un'ideologia egemonica»⁶².

5. Conclusioni

Le relazioni fra conoscenza scientifica e poteri decisionali si traducono spesso in politiche pubbliche, la cui forza persuasiva sta proprio negli indicatori giuridici globali che si caratterizzano spesso per l'assertività delle conclusioni affidate ai “numeri”⁶³. Prendendo in considerazione i recenti indicatori dell'Organizzazione mondiale della sanità⁶⁴ per monitorare le strutture sanitarie e assumere le decisioni per il contrasto alla pandemia di Covid-19 – accadimento globale, che è giunto come un autentico “cigno nero” alla fine del 2019 – è possibile formulare alcune osservazioni finali sul tema degli indicatori e della misurazione dei fenomeni che riguardano il diritto. Il documento dell'Oms contiene 11 indicatori necessari e 9 de-

⁶² V., in proposito, le osservazioni di N. Krisch, *International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order*, in 16 *Eur. J. Int'l L.* 3, 371 ss. (2005); U. Mattei, *A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance*, in 10 *Indiana J. Glob. Leg. Stud.* 10, 383 (2003).

⁶³ U. Kischel, *Comparative Law*, cit., 139; D. Gambardella, R. Lumino, *Sapere valutativo e politiche pubbliche: l'ingannevole risorsa al rigore*, in *Rass. It. Soc.*, 2015, vol. 3-4, 533; R. Salais, *On the Correct (and Incorrect) Use of Indicators in Public Action*, in 27 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 2, 237 ss. (2006).

⁶⁴ *Indicators to Monitor Health-care Capacity and Utilization*, settembre 2020, in apps.who.int/iris/handle/10665/333754.

siderabili, e dichiara gli obiettivi che intende raggiungere, le modalità di utilizzo degli indicatori, le azioni specifiche che devono essere intraprese una volta avviato il monitoraggio, nonché l’articolato questionario relativo agli indicatori inviato agli Stati che fanno parte dell’Organizzazione. Non si può dire che questo documento presenti, a prima vista, i difetti imputati ad altri indicatori, come la mancanza di trasparenza in relazione ai soggetti che costruiscono gli indicatori stessi, ai finanziatori, alle fonti impiegate, ai questionari necessari per la raccolta dei dati, alle modalità con cui si attribuiscono i punteggi alle singole voci dei questionari e alla loro pesatura, come anche ai dati disaggregati per Paese⁶⁵. Rispetto a questi indicatori elaborati dall’Oms, gli Stati ne hanno creati di propri e, in Italia, sono 21, di cui 16 considerati obbligatori e 5 opzionali, tutti finalizzati a valutare la probabilità di diffusione del rischio, nonché l’impatto e la resilienza dei diversi territori regionali. Dopo la raccolta e il controllo dei dati, due algoritmi determinano il livello di rischio sulla base della probabilità di diffusione e dell’impatto sul territorio, nonché i conseguenti provvedimenti limitativi della circolazione delle persone, dell’apertura o chiusura di attività di varia natura, fra cui quelle commerciali⁶⁶.

Sul tema degli indicatori in materia sanitaria, si è aperto un dibattito fra comparatisti e studiosi provenienti da Paesi di tutto il mondo⁶⁷, nella comune preoccupazione derivata dall’incidenza della pandemia di Covid-19 sui principi costituzionali, sui sistemi gerarchici delle fonti e sui risorti poteri d’urgenza che possono alterare la forma di governo, come anche i rapporti fra gli organi costituzionali. In questa prospettiva, gli indicatori possono definire priorità, strategie e politiche pubbliche, ed è per questa ragione che è opportuno riflettere sul contributo dei cultori della comparazione giuridica nella definizione di queste politiche, e se per tale finalità possa esservi un maggiore interesse per il diritto comparato numerico. Lo studio degli indicatori, e una loro interpretazione, potrebbe consentire a un sempre maggior numero di comparatisti di mettere in discussione la presunta universalità delle asserzioni contenute negli indicatori stessi, migliorando la qualità delle analisi comparative.

⁶⁵ M. Infantino, *Numera et impera*, cit., 198.

⁶⁶ V. gli indicatori elaborati dall’Istituto Superiore di Sanità, in www.iss.it/coronavirus/-/asset_publisher/1SRKHcCJJQ7E/content/come-funziona-l-analisi-del-rischio-epidemico. Cfr., anche, il decreto del Ministro della Sanità del 30-4-2020, con i criteri relativi alle attività di monitoraggio del rischio sanitario da Covid-19, in www.trovanorme.salute.gov.it/norme/renderNormsanPdf?anno=2020&codLeg=77099&parte=1%20&serie=null.

⁶⁷ Cfr., esemplificativamente, i siti web di *Comparative Covid Law* e del *British Institute of International and Comparative Law*.

Non è detto che si riesca sempre a migliorare la percezione delle variabili e dei fattori di cambiamento che, in qualche modo, incidono sugli indicatori, né tanto meno riuscire a prendere le distanze dalle illusioni di certezze apparenti, ma ciò non esclude che un approccio interdisciplinare e cooperativo nell'interpretazione dei dati contenuti negli indicatori potrebbe forse trovarci più preparati nell'ipotesi, assolutamente inaspettata, dell'arrivo di un "cigno nero", che ci lascerebbe esposti «alla tirannia del singolare, dell'accidentale, del non osservato, dell'imprevedibile»⁶⁸.

⁶⁸ N.N. Taleb, *The Black Swan*, cit., 56.