

COLLANA L'UNITÀ
DEL DIRITTO

54

IL VALORE DEL DISSENSO

Riflessioni con
Vincenzo Zeno-Zencovich

VOLUME III

a cura di FRANCESCO CARDARELLI, TOMMASO EDOARDO FROSINI,
ELISE POILLOT, GIORGIO RESTA, SALVATORE SICA, ANDREA ZOPPINI



Roma Tre Press
2025



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

COLLANA L'UNITÀ
DEL DIRITTO 54

IL VALORE DEL DISSENSO

Riflessioni con
Vincenzo Zeno-Zencovich

VOLUME III

a cura di

FRANCESCO CARDARELLI, TOMMASO EDOARDO FROSINI, ELISE POILLOT,
GIORGIO RESTA, SALVATORE SICA, ANDREA ZOPPINI



Roma TriE-Press

2025

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-Press, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:

Paolo Alvazzi Del Frate, Roberto Baratta, Concetta Brescia Morra, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Tommaso Dalla Massara, Carlo Fantappiè, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guacero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Giulio Napolitano, Giuseppe Palmisano, Annalisa Pessi, Giorgio Pino, Alberto Franco Pozzolo, Giampiero Proia, Giorgio Resta, Francesco Rimoli, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Chris Thomale, Giuseppe Tinelli, Luisa Turchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*.

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:

Day Roman, Iowan Old Style (copertina e frontespizio)

Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press

Roma, dicembre 2025

ISBN: 979-12-5977-546-7

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Marta Infantino, Mauro Bussani

*Il governo dei numeri.
Performance, quantificazione e diritto*

SOMMARIO: 1. Un mondo che conta – 2. Il diritto e la misurazione delle prestazioni – 3. Come si misura? – 4. Le metriche: da chi e per chi – 5. Perché misurare? – 6. Gli effetti della quantificazione – 7. Le misure come tecnica di regolazione – 8. Criticità palesi e occulte – 9. Poteri irresponsabili – 10. Conclusioni.

1. *Un mondo che conta*

Viviamo in società in cui una gamma sempre più ampia di attività in campi variegati – dall’istruzione alla salute, dal lavoro al credito, dal consumo alla sostenibilità – viene misurata, controllata e governata tramite tecniche quantitative, via via sempre più automatizzate¹.

In molti paesi, la qualità dei servizi erogati in materia di giustizia, educazione e sanità è soggetta a meccanismi di valutazione interna volti a promuoverne il miglioramento e a decidere la migliore allocazione delle risorse². Prestazioni e risultati in quei settori sono al contempo monitorati e confrontati da una pletera di attori transnazionali. Un esempio famoso di misurazione quantitativa nel campo della giustizia è l’insieme delle statistiche giudiziarie pubblicate ogni due anni dalla Commissione europea per l’efficienza della giustizia del Consiglio d’Europa³. Nel campo dell’educazione, è sufficiente ricordare la pluralità di classifiche prodotte

¹ Oltre a V. ZENO-ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *MediaLaws*, 2018, pp. 32-38, si v. C. O’NEIL, *Weapons of Math Destruction*, Crown Books, New York 2016; A. SUPLOT, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, Paris 2015; M. POWER, *The Audit Society: Rituals of Verification*, OUP, Oxford 1994.

² Si v., ad esempio, i contributi su giustizia e istruzione in M. BUSSANI, S. CASSESE, M. INFANTINO, *Comparative Legal Metrics. Quantification of Performance as a Regulatory Technique*, Brill, Leiden 2023, così come J.Z. MULLER, *The Tyranny of Metrics*, Princeton University Press, Princeton 2018, pp. 67-125; O’NEIL, *Weapons of Math Destruction*, cit., pp. 50-67 e pp. 161-179; W. ESPELAND, M. SAUDER, *Rankings and Reactivity: How Public Measures Recreate Social Worlds*, in *American Journal of Sociology*, vol. 113, 2007, pp. 1-40.

³ Si v. coe.int/en/web/cepej/eval-tools.

da istituzioni, imprese e riviste specializzate per ordinare università, riviste scientifiche e singoli ricercatori in base al loro valore presunto⁴. Per quanto riguarda la sanità, accanto alla miriade di forme di valutazione delle prestazioni dei medici e di tecniche di (auto)monitoraggio della salute tramite dispositivi connessi⁵, basti considerare la valanga di metriche circa le reazioni di paesi e regioni alla diffusione del virus Covid-19 che sono proliferate dopo lo scoppio della pandemia nel 2020⁶.

La pratica di quantificare le prestazioni, ovviamente, non è limitata a tali ambiti. L'affidabilità creditizia degli Stati sovrani (e delle imprese, e delle persone) è stata a lungo misurata dalle agenzie di rating, con la quota maggiore del mercato detenuta dalle tre sorelle americane Standard and Poor's, Fitch e Moody⁷. Tra il 2003 e il 2020, l'attrattività per gli investimenti di tutti i paesi del mondo è stata classificata dai Doing Business Reports della Banca Mondiale⁸ – ora sostituiti dal loro successore, il progetto Business Ready (B-Ready), promosso dalla medesima istituzione⁹. Aree ulteriori in cui si sono diffuse le iniziative di quantificazione, oscillando tra la sfera transnazionale e quella internazionale, sono quelle relative alla tutela dei diritti umani, alla *rule of law*, alla lotta alla corruzione, al traffico di esseri umani, allo sviluppo sostenibile. Ad esempio, il Freedom in the World Report e il Corruption Perceptions Index, lanciati rispettivamente dall'organizzazione non governativa (ONG) Freedom House, con sede a New York, e dall'ONG Transparency International, con sede a Berlino, mirano ad assegnare a ciascun paese un punteggio in termini di rispetto dei

⁴ T. ERKKILÄ, O. PIIRONEN, *Rankings and Global Knowledge Governance. Higher Education, Innovation and Competitiveness*, Palgrave, Cham 2018.

⁵ Entrambe le forme di misurazione sono molto diffuse nei contesti di *common law*: cfr. MULLER, *The Tyranny of Metrics*, cit., pp. 103-125; S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, Public Affairs, New York 2019, pp. 200-206 e p. 213; D. LUPTON, *The Quantified Self: A Sociology of Self-Tracking*, Wiley, Cambridge 2016; O'NEIL, *Weapons of Math Destruction*, cit., pp. 161-178.

⁶ Su queste iniziative globali, v. M. INFANTINO, *Hazards and fallacies of social measurements: global indicators in the pandemic*, in *International Journal of Law in Context*, vol. 17, 2021, pp. 168-185, doi:10.1017/S1744552321000264.

⁷ A. NACIRI, *Sovereign Credit Rating: Questionable Methodologies*, Routledge, London 2017; M. BUSSANI, *Credit Rating Agencies' Accountability: Short Notes on a Global Issue*, in *Global Jurist*, vol. 10, 2010, pp. 1-13, disponibile anche a: <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1515285>; ID., *La responsabilité des agences de notation de crédit. Brèves remarques sur un enjeu global*, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 65, 2013, pp. 239-258.

⁸ Si v. <archive.doingbusiness.org/en/doingbusiness>.

⁹ Si v. <worldbank.org/en/businessready>.

diritti delle persone e di livello percepito di corruzione¹⁰. Le performance nazionali con riguardo allo sviluppo umano sono monitorate dallo United Nations Development Programme, che pubblica sia lo Human Development Index (HDI) che il Gender Development Index (GDI)¹¹, concepiti secondo l'approccio delle *capabilities* di Amartya Sen¹². Come i prevalenti Millennium Development Goals (MDG) delle Nazioni Unite, anche gli odierni Sustainable Development Goals (SDG) orientano e valutano le performance statali nell'ottica del raggiungimento degli obiettivi quantitativi prestabiliti dall'Assemblea Generale¹³. È poi appena il caso di ricordare la proliferazione di iniziative di auto-rendicontazione, *benchmarking* e certificazione da parte di terzi che monitorano in modo più o meno accurato il rispetto degli obblighi in materia di diritti umani e degli standard ambientali, sociali e di governance (traduzione di *environmental, social and governance* – ESG) e di responsabilità sociale d'impresa (in inglese, *corporate social responsibility* – CSR) da parte delle multinazionali¹⁴.

Si potrebbe continuare¹⁵, ma vi è un altro punto da considerare. All'interno di (e tra) una serie di giurisdizioni diverse, attori sia privati che pubblici impiegano in vari contesti e con sempre maggiore frequenza tecniche più e meno *high-tech* al fine di valutare e predire il comportamento attuale e futuro delle persone, siano queste consumatori, criminali o 'semplici' cittadini¹⁶. Le metriche di performance sono poi diffusissime nei mercati digitali: le imprese tecnologiche, le piattaforme digitali, i social media e gli attori dell'economia della condivisione utilizzano ampiamente punteggi e combinazioni algoritmiche relative a prodotti, servizi, notizie,

¹⁰ Cfr. <freedomhouse.org/report/freedom-world e <transparency.org/en/cpi/>.

¹¹ Si v. rispettivamente <hdr.undp.org/en/data> e <hdr.undp.org/en/content/gender-development-index-gdi>.

¹² A. SEN, *Commodities and Capabilities*, North Holland, Amsterdam 1985.

¹³ Si v. <<https://unstats.un.org/sdgs/indicators/indicators-list/>>.

¹⁴ Operano così anche l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani e l'iniziativa, sempre delle Nazioni Unite, UN Global Compact: si v. <ohchr.org/en/issues/indicators/pages/hrindicatorsindex.aspx> e <unglobalcompact.org>.

¹⁵ Si v. i contributi in BUSSANI, CASSESE, INFANTINO, *Comparative Legal Metrics. Quantification of Performance as a Regulatory Technique*, cit.

¹⁶ Cfr. N. VARDI, *Creditworthiness and 'Responsible Credit'. A Comparative Study of EU and US Law*, Brill, Leiden 2022; M. INFANTINO e W. WANG, *Challenging Western Legal Orientalism. A Comparative Analysis of Chinese Municipal Social Credit Systems*, in *European Journal of Comparative Law and Governance*, 2021, vol. 8, pp. 46-85; A. GUTHRIE FERGUSON, *The Rise of Big Data Policing Surveillance, Race, and the Future of Law Enforcement*, NYU Press, New York 2019; V. EUBANKS, *Automating Inequality: How High-tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*, St. Martin Press, New York 2018.

opinioni, ricerche e utilizzatori per una varietà di fini¹⁷. Attraverso l'architettura delle scelte, l'analisi dei *big data*, il *nudging* digitale e le pratiche di (auto)misurazione, i codici algoritmici sono sempre più in grado di automatizzare la profilazione e il controllo attraverso la misurazione dei comportamenti sociali¹⁸.

Anche qui, l'elenco delle illustrazioni potrebbe essere più lungo, ma gli esempi or ora citati sono sufficienti a cogliere quanto sia pervasivo il fenomeno indagato. Le pagine che seguono si propongono proprio di approfondire questi sviluppi per apprezzare la varietà di conseguenze giuridiche che le misurazioni sociali possono innescare. Cercheremo innanzitutto di definire meglio cosa intendiamo per quantificazione delle prestazioni (paragrafo 2). In seguito analizzeremo come, da chi, e per quali scopi vengono effettuate e utilizzate queste misurazioni (paragrafi 3-5). Su tale base empirica, il paragrafo 6 spiegherà perché misurare le prestazioni può essere considerata una tecnica di regolazione, di cui i paragrafi 7, 8 e 9 evidenzieranno alcune criticità. Il paragrafo 10 riassumerà i risultati e suggerirà possibili direzioni per la ricerca futura.

2. Il diritto e la misurazione delle prestazioni

Occorre tra l'altro ricordare che l'adozione di processi o parametri quantitativi per finalità o con conseguenze giuridiche è oggi imposta da

¹⁷ Cfr. D.L. BURK, *Algorithmic Legal Metrics*, in *Notre Dame Law Review*, vol. 96, 2021, pp. 1147-1203; ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, cit.; S. MAU, *The Metric Society. On the Quantification of the Social*, Polity, Cambridge 2019; S. UMOJA NOBLE, *Algorithms of Oppression. How Search Engines Reinforce Racism*, NYU Press, New York 2018; B. MCGURK, *Data Profiling and Insurance Law*, Bloomsbury, Oxford 2018; LUPTON, *The Quantified Self*, cit.; F. PASQUALE, *The Black Box Society*, Harvard University Press, Cambridge 2015, pp. 58-100.

¹⁸ Oltre che J. S. BERGÉ, S.M. GRUMBACH, V. ZENO-ZENCOVICH, *The 'Datasphere', Data Flows beyond Control, and the Challenges for Law and Governance*, in *European Journal of Comparative Law and Governance*, vol. 5, 2018, pp. 144-178, si v. P.R. BORGES FORTES, P.M. BAQUERO, D. RESTREPO AMARILES, *Artificial Intelligence Risks and Algorithmic Regulation*, in *European Journal of Risk Regulation*, vol. 13, 2022, pp. 357-372; K. YEUNG, *Hypernudge? Big Data as a Mode of Regulation by Design*, in *Information, Communication and Society*, vol. 20, 2016, pp. 118-136; M. HILDEBRANDT, *Smart Technologies and the End(s) of Law: Novel Entanglements of Law and Technology*, EE, Cheltenham 2015; D. KEATS CITRON, *Technological Due Process*, in *Washington University Law Review*, vol. 85, 2008, pp. 1249-1313; L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, Basic Books, New York 2006.

disposizioni normative e prassi tecnico-professionali condivise in un gran numero di settori. Ovvio è il riferimento alle norme sulla contabilità delle imprese e sul bilancio pubblico, alle regole in materia di finanza, banca e assicurazioni, al diritto antitrust e tributario. Ugualmente scontato è il richiamo alle disposizioni che riguardano gli incentivi ai dipendenti, gli standard tecnici per la costruzione di prodotti e l'erogazione di servizi, i criteri che governano la quantificazione dei danni e il calcolo delle sanzioni criminali e amministrative, le pratiche di valutazione dell'impatto delle normative stesse.

Non ci occuperemo di questi campi, in cui l'incrocio tra dati numerici e regole giuridiche è ben noto e consolidato. Siamo piuttosto interessati all'uso di strumenti di misurazione che non appaiono e non sono normalmente trattati per ciò che sono, ossia tecniche regolatorie, e che sono basati su punti, liste bianche, grigie e nere, punteggi, indicatori, classifiche, algoritmi, i quali tengono ripetutamente nota delle prestazioni (da intendersi in senso lato) di processi, persone e/o organizzazioni. L'iterazione è una caratteristica fondamentale di tali strumenti: è proprio la minaccia/promessa di essere misurati di nuovo in futuro a innescare una risposta comportamentale in coloro che sono osservati, poiché – il dato è ben conosciuto – gli esseri umani reagiscono alla misurazione in modo co-riflessivo¹⁹. L'atto di misurare, in altri termini, produce effetti su tutti i soggetti da esso coinvolti: chi viene misurato, chi effettua la misurazione e chi si affida ai suoi risultati²⁰. Di seguito, ci concentreremo proprio sulle implicazioni giuridiche di queste dinamiche.

La quantificazione delle prestazioni, va da sé, comporta l'applicazione di tecniche quantitative anche ad aree tradizionalmente non considerate quantificabili, come la qualità della pubblica amministrazione, l'eccellenza della ricerca giuridica, l'efficacia delle leggi, la regolarità del comportamento

¹⁹ La reattività umana alle misurazioni è un dato notorio per quasi tutte le scienze sociali: per i necessari riferimenti, si v. M. INFANTINO, *Numera et impera. Gli indicatori giuridici globali e il diritto comparato*, Franco Angeli, Milano 2019, pp. 218-219.

²⁰ J.G. KELLEY, *Scorecard Diplomacy. Grading State to Influence Their Reputation and Behavior*, CUP, Cambridge 2017, pp. 12-13, p. 18, p. 50, pp. 246-247; M. INFANTINO, *Global Indicators*, in S. Cassese (ed), *Research Handbook on Global Administrative Law*, EE, Cheltenham 2016, pp. 347-367, a 348-349; A. COOLEY, *The emerging politics of international rankings and ratings. A framework for analysis*, in A. Cooley e J. Snyder (eds), *Ranking the World. Grading States as a Tool of Global Governance*, CUP, Cambridge 2015, p. 14; K.E. DAVIS, B. KINGSBURY, S. ENGLE MERRY, *Introduction. The Local-Global Life of Indicators: Law, Power, and Resistance*, in S. Engle Merry, K.E. Davis, B. Kingsbury (eds), *The Quiet Power of Indicators. Measuring Governance, Corruption, and Rule of Law*, CUP, Cambridge 2015, pp. 1-24, particolarmente a p. 12 e p. 19.

degli individui. Tuttavia, il carattere ‘giuridico’ di queste metriche non deriva necessariamente dall’oggetto della quantificazione. Talvolta, la misurazione delle prestazioni si rivolge chiaramente al settore giuridico, nella misura in cui si orienta a valutare la gestione della giustizia o il rispetto delle regole da parte degli interessati. Come abbiamo ricordato, può capitare che la valutazione sia ufficialmente richiesta dal diritto nazionale e/o internazionale o che i suoi effetti siano determinati dalla legge (anche se più spesso essa è sviluppata e portata avanti da attori formalmente privi di qualsiasi autorità normativa, e le sue conseguenze sono determinate dall’affidamento spontaneo sui suoi risultati da parte delle comunità interessate). In altre parole, alcuni degli strumenti quantitativi qui considerati s’inseriscono pianamente fra quelli che i giuristi di ogni tradizione considererebbero di natura giuridica, mentre ad altri strumenti quella natura può essere attribuita solo adottando una visione del diritto più ampia, pluralistica, capace di cogliere il rilievo della grande area delle fonti non ufficiali, di matrice *soft* o no²¹. Studiare le metriche della performance dal punto di vista giuridico implica, quindi, guardare a iniziative che svolgono funzioni regolatorie indipendentemente dal loro status, e accettare che il diritto possa trovarsi in luoghi insoliti, dove ordinariamente i giuristi non si avventurano.

In questa preliminare sede, ancora un’osservazione vale il richiamo. La svolta numerica degli ultimi decenni si è verificata parallelamente a una virata intellettuale e accademica verso i metodi quantitativi che ha interessato tutte le scienze sociali²². Questo fenomeno ha generato una fiorente letteratura nel settore delle scienze sociali. Anche al di là della ricchezza degli studi di *management* e di economia comportamentale sugli effetti delle misurazioni, negli ultimi anni si sono moltiplicati gli studi centrati sulle perturbazioni provocate dall’uso di strumenti quantitativi nella *governance* locale, nazionale e transnazionale dei fenomeni. La quantificazione del mondo sociale attraverso la misurazione delle prestazioni

²¹ Su cui si v. almeno M. BUSSANI, *Strangers in the Law: Lawyers’ Law and the Other Legal Dimensions*, in *Cardozo Law Review*, vol. 40, 2019, pp. 3127-3184.

²² Paradossalmente, quanto più le ricerche in ambito sociale si sono nutrite di dati quantitativi, tanto più sono state esse stesse misurate e valutate quantitativamente da pari, università, finanziatori e riviste. Su tale fenomeno, per tutti, I.A. MOOSA, *Publish or Perish. Perceived Benefits versus Unintended Consequences*, EE, Cheltenham 2018.

ha in particolare attirato l'attenzione di storici²³, antropologi²⁴, sociologi²⁵, teorici delle relazioni internazionali²⁶, politologi²⁷, economisti²⁸. Per contro, solo pochi giuristi si sono avventurati nello stesso percorso. Quelli che lo hanno fatto si sono tipicamente concentrati vuoi sul *law-making* reso possibile dall'uso di classifiche e indicatori globali²⁹, vuoi sulle implicazioni giuridiche della crescente digitalizzazione, algoritmica e no, delle società contemporanee³⁰.

La tesi che qui si sostiene è invece che gli esercizi continui e ripetuti di misurazione della performance, che siano incorporati o no nel diritto

²³ Cfr. A. DESROSIÈRES, *La politique des grands nombres. Histoire de la raison statistique*, La Découverte, Paris 2000²; T.M. PORTER, *Trust in Numbers: The Pursuit of Objectivity in Science and Public Life*, OUP, Oxford 1995; M. POOVEY, *A History of the Modern Fact. Problems of Knowledge in the Sciences of Wealth and Society*, University of Chicago Press, Chicago 1998.

²⁴ Su tutti questi punti, S. MERRY, *The Seductions of Quantification. Measuring Human Rights, Gender Violence, and Sex Trafficking*, University of Chicago Press, Chicago 2015.

²⁵ Cfr. S. BRAYNE, *Predict and Surveil. Data, Discretion, and the Future of Policing*, OUP, Oxford 2021; MAU, *The Metric Society*, cit.; LUPTON, *The Quantified Self*, cit.; ESPELAND e SAUDER, *Rankings and Reactivity*, cit.

²⁶ Si v. soprattutto J.G. KELLEY, B.A. SIMMONS, *The Power of Global Performance Indicators*, CUP, Cambridge 2020; KELLEY, *Scorecard Diplomacy*, cit.

²⁷ Fra i tanti, si v. EUBANKS, *Automating Inequality*, cit.; A. BROOME, A. HOMOLAR, M. KRANKE, *Bad science. International organizations and the indirect power of global benchmarking*, in *European Journal of International Relations*, vol. 24, 2018, pp. 514-539; A. BROOME e J. QUIRK, *Governing the world at a distance: the practice of global benchmarking*, in *Review of International Studies*, vol. 41, 2015, pp. 819-841.

²⁸ M. JERVEN, *Poor Numbers. How We Are Misled by African Development Statistics and What to Do About It*, Cornell University Press, Ithaca 2013; M. POWER, *The Audit Society*, cit.

²⁹ Si v. ad esempio S.P. DE SOUZA, *Designing Indicators for a Plural Legal World*, CUP, Cambridge 2022; INFANTINO, *Numera et impera*, cit.; D.V. MALITO, G. UMBACH, N. BHUTA, *The Palgrave Handbook of Indicators in Global Governance*, Palgrave MacMillan, Cham 2018; D. NELKEN, *The Legitimacy of Global Social Indicators: Reconfiguring Authority, Accountability and Accuracy*, in *Cahiers de Droit*, vol. 59, 2018, pp. 35-84; D. RESTREPO AMARILES, *Legal indicators, global law and legal pluralism: an introduction*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 47, 2015, pp. 9-21; ENGLE MERRY, DAVIS, KINGSBURY, *The Quiet Power of Indicators*, cit.; K.E. DAVIS, A. FISHER, B. KINGSBURY, S. ENGLE MERRY, *Governance by Indicators. Global Power through Quantification and Rankings*, OUP, Oxford 2012.

³⁰ BORGES FORTES, BAQUERO, RESTREPO AMARILES, *Artificial Intelligence Risks and Algorithmic Regulation*, cit.; O. BEN-SHAHAR, A. PORAT, *Personalized Law. Different Rules for Different People*, OUP, Oxford 2021; BURK, *Algorithmic Legal Metrics*, cit.; MCGURK, *Data Profiling and Insurance Law*, cit.; YEUNG, *Hypernudge?*, cit.; HILDEBRANDT, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, cit.; KEATS CITRON, *Technological Due Process*, cit.; LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, cit.

ufficiale, hanno provocato cambiamenti profondi, spesso inattesi, negli stili di gestione dei settori interessati, nelle infrastrutture istituzionali di loro governo, nel comportamento delle organizzazioni e delle persone coinvolte. In altre parole, il ricorso a misurazioni basate sulla performance ha cambiato il modo in cui i settori in questione sono regolati, ufficialmente o no.

3. *Come si misura?*

Le iniziative di quantificazione di cui parliamo si danno in forme e in dimensioni diverse: punteggi e *scorecards*, classifiche, valutazioni, *benchmarking*, liste bianche/nere, analisi dei *big data* e giudizi ibridi quali-quantitativi. Possono spaziare da strumenti di taglio maggiormente qualitativo, analogico ed epistocratico, a valutazioni iperquantitative, automatizzate e alimentate dall'intelligenza artificiale. Non è ovviamente il caso di entrare nel dettaglio delle differenti modalità che le misurazioni delle prestazioni possono assumere, ma cercheremo qui di evidenziare alcune delle principali caratteristiche che, pur nella loro articolata varietà, queste misure hanno in comune.

Cominciamo allora col precisare che tutte le misurazioni oggetto della nostra analisi si basano su metodologie e procedure precise, frutto di una serie di scelte pre-determinate. Tali scelte includono decisioni su cosa contare e cosa no, sulle variabili e sulle dimensioni che rilevano e non rilevano, sui *proxies* selezionati e su quelli scartati per catturare le informazioni necessarie. Vanno inoltre decisi il peso assegnato a ciascuna variabile, dimensione e *proxy*, il tipo di dati da raccogliere, i metodi con cui ottenere i dati non immediatamente quantificabili, renderli comparabili tra loro e trasformarli in numeri, nonché le strategie per far fronte a informazioni irrilevanti, mancanti o incomplete. È particolarmente importante stabilire quali elementi (numeri, fatti, opinioni, percezioni) debbano essere raccolti e in quale lingua, da dove questi debbano essere ricavati (attraverso misurazioni dirette, autodichiarazioni, sondaggi, valutazioni di terzi), come debbano essere elaborati (manualmente o automaticamente) e chi (o cosa) debba essere responsabile per l'accuratezza del lavoro svolto nelle fasi di cui sopra. Ognuno di tali passaggi è spesso rivisto nel tempo, poiché ogni iterazione di una misura offre l'opportunità di imparare dai cicli precedenti³¹.

³¹ Per un elenco sintetico di tutti i passaggi tecnici che sono necessari a costruire una iniziativa di quantificazione della performance, si v. INFANTINO, *Numera et impera*, cit., pp.

Ciascuna delle scelte testé richiamate è cruciale. Esse influenzano il tipo, la quantità e la qualità dei risultati ottenuti dalla misurazione³². Ognuna delle opzioni ricordate implica poi, a seconda del loro livello di complessità, dei costi specifici: impiego di tempo e di denaro, assunzione e/o formazione di personale provvisto di competenze specifiche, acquisizione dei dati, creazione di strutture dedicate. Proprio i costi associati alle strade metodologiche disponibili spiegano come mai la struttura delle misurazioni sia dettata in parte da motivazioni di design quantitativo, e in parte da vincoli pratici e ragioni di opportunità³³.

Da quanto fin qui richiamato, risulta evidente come non esista una ricetta perfetta per costruire uno strumento di misurazione della performance³⁴. Ogni decisione sulla struttura e i contenuti ha i suoi pro e i suoi contro. Per esempio, la scelta di affidarsi al giudizio umano garantisce flessibilità e sensibilità al contesto, ma richiede anche tempo ed espone il risultato al rischio di errori e pregiudizi soggettivi, tanto più quanto la misurazione mira a raccogliere sentimenti e percezioni sulla performance di individui, o micro-economie. Le forme di misurazione automatizzate sono più veloci e (almeno all'apparenza) maggiormente obbiettive. Tuttavia, il prezzo da pagare per queste qualità è la maggiore rigidità e opacità delle metriche automatizzate, soprattutto quando gli algoritmi sottostanti sono protetti da diritti di proprietà intellettuale o industriale, come accade, ad esempio, per la maggior parte delle formule di rating finanziario. Inoltre, la possibilità che la formula alla base della misura sia segreta, unita al fatto

180-208; D. RESTREPO AMARILES, J. MCLACHLAN, *Legal Indicators in Transnational Law Practice: A Methodological Assessment*, in *Jurimetrics Journal*, vol. 58, 2018, pp. 183-190. Ovviamente, strati ulteriori di specializzazione tecnica si aggiungono all'intrapresa quando la raccolta e il trattamento dei dati sono parzialmente o interamente automatizzati e gestiti per via algoritmica: si v., per tutti, BURK, *Algorithmic Legal Metrics*, cit., pp. 1147-1204.

³² Si v. gli autori citati *supra* n 31.

³³ Si nota spesso che le misurazioni tendono a prendere in considerazione ciò che può essere conteggiato facilmente (talora a scapito di ciò che si ritiene conti realmente): MERRY, *The Seductions of Quantification*, cit., p. 7; DAVIS, KINGSBURY, ENGLE MERRY, *Introduction. The Local-Global Life of Indicators*, cit., p. 13.

³⁴ C'è unanimità generale su questo punto. Cfr. MERRY, *The Seductions of Quantification*, cit., pp. 7, 16-17; DAVIS, KINGSBURY, ENGLE MERRY, *Introduction. The Local-Global Life of Indicators*, cit., p. 13; BROOME e QUIRK, *Governing the world at a distance*, cit., p. 828; COOLEY, *The emerging politics of international rankings and ratings*, cit., p. 28; T. PORTER, *Making serious measures: numerical indices, peer review, and transnational actor-networks*, in *Journal of International Relations and Development*, 2012, pp. 532-557; R. MICHAELS, *Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, 2009, pp. 786-787.

che le misurazioni automatizzate sono spesso incorporate in un'interfaccia che implementa direttamente i loro suggerimenti, limita fortemente la possibilità di ricontrollare (dall'interno) e contestare (dall'esterno) i risultati³⁵.

4. *Le metriche: da chi e per chi*

La misurazione delle prestazioni alimenta dinamiche che coinvolgono una pletora di attori, chiamati a compiere e subire le scelte appena viste, nonché la catalogazione e classificazione di processi, attività, risultati. Come già accennato, tali dinamiche spesso si estendono al di là della relazione tra coloro che impostano la misurazione e coloro che ne sono soggetti, coinvolgendo reti più ampie di interessati. Questi ultimi talvolta partecipano alla costruzione e alla gestione della misurazione; talora possono invece criticare e resistere all'esercizio di quantificazione; altre volte ancora possono abbracciare *ex post* l'iniziativa, affidandosi a essa per i propri scopi. Comunque sia, la complessità della rete di attori che circonda le metriche della performance rende la risposta alla domanda 'da chi e per chi queste metriche sono prodotte?' meno ovvia di quanto possa sembrare a prima vista.

Gli esempi di misurazioni della performance fin qui richiamati dimostrano che una simile domanda richiede una risposta per lo meno bipartita. Se si considera chi misura e a beneficio di chi, emerge una distinzione netta (almeno in teoria) fra le iniziative che mirano a quantificare le proprie prestazioni e quelle che quantificano le prestazioni degli altri.

In uno scenario tipico, un soggetto – uno Stato, un'agenzia, un'impresa – misura le proprie prestazioni o quelle del proprio personale. È il caso delle misurazioni effettuate dalle autorità statali nel campo della giustizia, della ricerca, dell'istruzione, dell'assistenza sanitaria, dei servizi pubblici, oltre che delle auto-valutazioni circa il rispetto dei diritti umani adottate da Stati e imprese³⁶. Sebbene questi esercizi quantitativi possano anche

³⁵ Questo punto è stato enfatizzato da molti. Cfr., ad esempio, BURK, *Algorithmic Legal Metrics*, cit., pp. 1186-1187; O'NEIL, *Weapons of Math Destruction*, cit., pp. 141-160; PASQUALE, *The Black Box Society*, cit.; D. KEATS CITRON, F. PASQUALE, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in *Washington Law Review*, vol. 89, 2014, p. 14; KEATS CITRON, *Technological Due Process*, cit., p. 1275.

³⁶ Si v. le illustrazioni offerte nel paragrafo 1.

rivestire un ruolo segnaletico nei confronti di soggetti esterni, portatori di interessi, o del pubblico in generale, il loro scopo principale risulta essere l'auto-miglioramento e l'auto-regolamentazione. In altre parole, l'entità che produce la misurazione coincide sia con l'entità misurata sia con il beneficiario principale della misurazione. Di conseguenza, iniziative di questo tipo sollevano pochi problemi in termini di legittimità, poiché chiunque ha il potere di auto-regolarsi, anche attraverso l'auto-misurazione.

La struttura del rapporto tra gli attori interessati dalla valutazione della performance è notevolmente diversa in altri casi. Si pensi, ad esempio, alle classifiche di università, riviste e ricercatori effettuate da soggetti terzi, agli indicatori globali che confrontano l'architettura giuridica dei Paesi del mondo, alla profilazione algoritmica del comportamento online di imprese e individui³⁷. Gli autori di tali metriche differiscono notevolmente da coloro che ne sono soggetti: la logica della quantificazione in questo caso non è più l'auto-miglioramento e l'auto-regolazione, ma piuttosto il 'miglioramento' e – direttamente, o indirettamente, come vedremo – la regolazione degli altri. Per di più, nella stragrande maggioranza di queste ipotesi, le misurazioni sono effettuate da attori che non hanno alcun legame e poca (se non alcuna) autorità su coloro che sono misurati. Solo in taluni, limitati, casi, si può sostenere che la misurazione trovi fondamento nel consenso, per lo meno formale, delle parti (così allorché una app di consegne a domicilio controlla e gestisce l'attività dei suoi riders) oppure nello *status* istituzionale del suo autore (come quando la Banca Mondiale misura l'attrattività giuseconomica dei diversi Paesi). Tuttavia, è molto più frequente che chi effettua la valutazione non abbia una base consensuale o istituzionale per il suo intervento, come ad esempio accade per i numerosi indicatori globali predisposti da ONG e per il monitoraggio delle attività online realizzato da parte di imprese private³⁸. In tali casi, è l'atto stesso di misurare che fornisce a tali soggetti l'esperienza e la posizione per misurare, legittimando così, *de facto* e a posteriori, il loro potere di valutare quantitativamente le prestazioni altrui³⁹. Va aggiunto che molte di queste

³⁷ Anche qui, si v. gli esempi menzionati nel paragrafo 1.

³⁸ Si v. il paragrafo 1.

³⁹ In molti hanno notato questa paradossale legittimazione *ex post facto*. Si v. L. CATÁ BACKER, M.B. McQUILLA, *The algorithmic law of business and human rights: constructing private transnational law of ratings, social credit and accountability measures*, in *International Journal of Law in Context*, vol. 19, 2022, p. 2; BROOME e QUIRK, *Governing the world at a distance*, cit., p. 823; COOLEY, *The emerging politics of international rankings and ratings*, cit., p. 24; ESPELAND e SAUDER, *Rankings and Reactivity*, cit., p. 36. Esempi notori di tale effetto vengono dal ruolo e dall'autorevolezza guadagnati nei circuiti transnazionali dalle ONG

misurazioni, soprattutto quelle di raggio transnazionale o globale, hanno la caratteristica peculiare di essere redatte da attori che hanno sede in Occidente (e, più spesso, negli Stati Uniti) e che spesso – implicitamente o esplicitamente – si sentono investiti dell'autorità di valutare il rispetto di presunti standard universali da parte di chiunque⁴⁰. Può darsi che queste misurazioni siano in qualche modo utili a chi viene misurato o a terzi, ma è altrettanto sicuro che esse aiutano i loro autori ad affermare o rafforzare il proprio prestigio e la propria autorevolezza. Si potrebbe dire che chi ha potere misura e chi misura ottiene potere.

5. *Perché misurare?*

Se si tralasciano motivazioni specifiche a singoli settori (come una giustizia migliore o servizi più personalizzati per i consumatori online), sembra che il tema più comunemente ricorrente per la misurazione delle prestazioni proprie e altrui sia il desiderio, indefinito, di promuovere il proprio o l'altrui 'miglioramento'. La nozione di miglioramento è ovviamente complicata, in quanto di per sé evoca una direzione e una traiettoria, oltre che un consenso generalizzato circa cosa sia meglio, per chi, quando e a quale costo. Tuttavia, per quanto vaga, l'ideologia del miglioramento sostiene la convinzione condivisa che la misurazione dei processi e dei risultati consenta di ottenere guadagni di efficienza. Quale efficienza? Poco importa; secondo la frase più volte ripetuta, «*what gets measured gets done*»⁴¹.

Questa convinzione circa la capacità delle metriche di stimolare il miglioramento è radicata nelle ben note caratteristiche delle valutazioni

che misurano le prestazioni degli stati, come Freedom House e Transparency International. Sul punto, v. *supra* n 10.

⁴⁰ Fra i tanti che l'hanno notato, cfr. S.S. BUSH, *The Politics of Rating Freedom: Ideological Affinity, Private Authority, and the Freedom in the World Ratings*, in *Perspectives on Politics*, 2017, vol. 15, pp. 722-724; J. KRONCKE, *Law and Development as Anti-Comparative Law*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 45, 2012, pp. 477-555, e in particolare a p. 479 e p. 538; L. CLEGG, *Our Dream is a World Full of Poverty Indicators: The US, the World Bank, and the Power of Numbers*, in *New Political Economy*, vol. 15, 2010, pp. 473-492; W. TWINING, *Globalisation and Legal Theory*, Butterworths, London 2000, p. 158.

⁴¹ Questo è ad esempio il titolo di una delle sezioni della relazione finale delle Nazioni Unite sugli MDGs: UNITED NATIONS, *The Millennium Development Goals Report 2015*, United Nations, New York 2015, p. 10, a <[un.org/millenniumgoals/2015_MDG_Report/pdf/MDG%202015%20rev%20\(July%201\).pdf](http://un.org/millenniumgoals/2015_MDG_Report/pdf/MDG%202015%20rev%20(July%201).pdf)>.

quantitative. Si suppone che le misurazioni numeriche forniscano una conoscenza oggettiva e imparziale dei fenomeni sociali, che può aiutare a condurre un'analisi diagnostica, a evidenziare i problemi che devono essere risolti, a identificare i modelli per le azioni correttive e a premiare i comportamenti appropriati. Inoltre, monitorando ripetutamente i progressi, celebrando chi ha 'buoni' voti, e segnalando e criticando pubblicamente chi invece li ha 'cattivi', le metriche mirano a promuovere, in modo diretto o per effetto della pressione laterale esercitata dagli *stakeholders*, cambiamenti nel comportamento di coloro che vengono misurati, stimolando la competizione tra di loro, orientando virtuosamente le loro azioni e, in ogni caso, rendendoli, nel discorso pubblico di riferimento, responsabili delle loro prestazioni⁴².

Almeno due aspetti problematici contribuiscono, paradossalmente, a spiegare perché il 'mito' del miglioramento attraverso la misurazione venga costantemente ribadito a dispetto delle evidenze contraddittorie che lo circondano.

Un primo problema riguarda la definizione stessa di (buona/cattiva performance e quindi di) miglioramento. Come si è detto qualche riga sopra, la nozione di miglioramento implica un ideale, o almeno un obiettivo da perseguire. Soprattutto nei casi in cui coloro che misurano mirano a spingere gli altri a un miglioramento, la direzione può non essere pienamente condivisa o condivisa da tutti gli attori coinvolti. Ad esempio, per le imprese nel settore tecnologico, far sì che le persone rimangano connesse più a lungo mentre i dati sulle loro attività sono costantemente tracciati risponde all'obiettivo di fornire agli utilizzatori servizi e offerte migliori e 'personalizzate' (cioè customizzate in massa in base a correlazioni algoritmiche) rispetto alle loro esigenze. Tuttavia, il tracciamento online persegue anche altri obiettivi, come ottenere una migliore conoscenza dai dati dei consumatori per sfruttarne le vulnerabilità, creare bisogni indesiderati, fissare prezzi tanto alti quanto i soggetti profilati sono disposti a pagare, prevedere e manipolare i loro desideri e opinioni. Pare evidente che non tutte queste finalità possono essere considerate un 'miglioramento' dal punto di vista dei consumatori⁴³. In altri casi, l'ideale rispetto al quale viene

⁴² Si v., oltre agli autori citati *supra* n 29-30, INFANTINO, *Global Indicators*, cit., p. 356; K.E. DAVIS, B. KINGSBURY, S. ENGLE MERRY, *Introduction: Global Governance by Indicators*, in K. E. Davis, A. Fisher, B. Kingsbury, S. Engle Merry (eds), *Governance by Indicators*, cit., pp. 3-28.

⁴³ C. RIEFA, *Protecting Vulnerable Consumers in the Digital Single Market*, in *European Business Law Review*, 2022, pp. 607-634; L.E. WILLIS, *Deception by Design*, in *Harvard Journal of Law and Technology*, 2020, vol. 34, pp. 116-190; BURK, *Algorithmic Legal Metrics*, cit.;

misurata la performance può essere contaminato da pregiudizi o ideologia. I Doing Business Reports forniscono una buona illustrazione di questo punto. Per anni i Reports hanno misurato le prestazioni degli stati sulla base della *business-friendliness* della loro architettura giuridica. Tra i presupposti alla loro base vi era una lunga serie di convinzioni: che la tradizione di *common law* fosse più favorevole alla crescita economica rispetto a quella di *civil law*; che tutti i sistemi giuridici possano essere visti come variazioni o del *common law* o del *civil law*; che le regole si possano facilmente trapiantare da un luogo all'altro; che più ridotta è la regolamentazione, meglio è per l'economia; che esista una risposta 'giusta' a qualsiasi problema giuridico, la quale invariabilmente coincide con la soluzione offerta dalle giurisdizioni di *common law* (specialmente quello statunitense)⁴⁴. Tali presupposti erano chiaramente in linea con la promozione, da parte della Banca Mondiale, di una globalizzazione economica di stampo neoliberista, e questo spiega la duratura insistenza della Banca nel produrre quel genere di relazioni e, ora, di replicarne la natura sotto nuove vesti⁴⁵. Ognuno di quei presupposti, tuttavia, era quanto meno discutibile, al punto che molti hanno notato come sovente il miglioramento nelle classifiche dei Doing Business Reports fosse del tutto scorrelato dall'andamento delle prestazioni del mondo reale, e non rappresentasse assolutamente nulla, nemmeno secondo il significato limitato di 'miglioramento' abbracciato dalla stessa Banca Mondiale⁴⁶.

Questo ci porta al secondo problema sollevato dall'utilizzo di misurazioni della performance quali strumenti di miglioramento. Indipendentemente dalla nozione di miglioramento adottata, le valutazioni quantitative invitano coloro che ne sono oggetto a concentrare i propri sforzi su ciò che è oggetto del conteggio, in modo da produrre risultati 'migliori'. Tuttavia,

N. COULDRY, U.A. MEJIAS, *The Costs of Connection. How Data Is Colonizing Human Life and Appropriating It for Capitalism*, Stanford University Press, Stanford 2019, pp. 83-112; ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, cit.; LUPTON, *The Quantified Self*, cit., pp. 64-87.

⁴⁴ Si v., fra i tanti, BROOME, HOMOLAR, KRANKE, *Bad science*, cit.; MICHAELS, *Comparative Law by Numbers?*, cit., pp. 786-787; B. FAUVARQUE-COSSON, A.-J. KERHUEL, *Is Law an Economic Contest? French Reactions to the Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of the Law*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, 2009, pp. 811-829 e pp. 814-815.

⁴⁵ Si v. <worldbank.org/en/businessready>.

⁴⁶ Cfr. G. MCCORMACK, *Why 'Doing Business' with the World Bank May Be Bad for You*, in *European Business Organization Law Review*, vol. 18, 2018, pp. 649-676; A. PERRY-KESSARIS, *The re-co-construction of legitimacy of/through the Doing Business indicators*, in *International Journal of Law in Context*, vol. 13, 2017, pp. 498-511; B. ARRUÑADA, *How Doing Business Jeopardizes Institutional Reform*, in *European Business Organization Law Review*, vol. 10, 2009, pp. 555-574.

quale che sia l'aspetto misurato, l'operazione cattura sempre una frazione soltanto (spesso quella più facilmente quantificabile) della condotta in esame. Di conseguenza, l'attenzione di colui le cui prestazioni sono misurate tende a concentrarsi su poche variabili, mentre scema interesse per qualsiasi dimensione che, non importa quanto cruciale, non sia valutata. A titolo di esempio, qualsiasi misurazione della qualità della ricerca giuridica che premi solo le monografie in lingua inglese e gli articoli su riviste indicizzate spingerà i ricercatori a scrivere in inglese e a inviare i loro lavori su quelle riviste, sottovalutando così la quantità e il valore degli studi pubblicati in un idioma o in un formato diversi⁴⁷. L'esempio rivela anche come, incidendo sul comportamento di coloro che sono misurati, l'atto della misurazione generi facilmente profezie che si autoavverano: l'adesione da parte degli attori misurati alle variabili valutate conferma *ex post*, rafforzandola, la validità formale della variabile, indipendentemente dalla sua effettiva rilevanza⁴⁸. Da ciò si evince pure che le misurazioni spesso possono dirci poco sulle dinamiche sottostanti al processo che viene misurato. Le misurazioni della performance monitorano l'attore misurato rispetto alle variabili prescelte, premiando i buoni risultati con un voto più elevato. Tuttavia, tali misurazioni non sono in grado di valutare a quale costo quegli esiti positivi sono stati generati, se la performance nelle variabili non misurate è peggiorata, se la prestazione complessiva è (non solo nominalmente, ma anche) effettivamente migliore, o semplicemente buona⁴⁹.

In una prospettiva parzialmente diversa, vi è un profilo ulteriore da considerare. Le misurazioni della performance tendono a non indurre miglioramenti sostanziali a causa di alcuni effetti collaterali indotti dagli stessi processi di quantificazione. Come già detto, le metriche sociali tendono a concentrare l'attenzione di chi è misurato sulle variabili conteggiate e a distoglierla dagli aspetti che non sono valutati. È noto che questo meccanismo genera una serie di effetti collaterali ulteriori rispetto alle profezie auto-autoavverantesi. Tali effetti non riguardano solo i casi, piuttosto rari, in cui l'insistenza circa la misurazione di certe variabili scatena una resistenza, compreso – laddove questa scelta sia disponibile – il disimpegno o la manipolazione attiva della misura (una reazione spesso documentata con le app di *self-tracking*)⁵⁰. Vi è un effetto collaterale molto più comune: la

⁴⁷ JAKUBOWSKI, *Quantification and Parameterization of Legal Research: The Case of Poland*, cit., pp. 118-136.

⁴⁸ Su tutto ciò, si v. ESPELAND, SAUDER, *Rankings and Reactivity*, cit., pp. 11-12.

⁴⁹ Si v., su tutti questi punti, ESPELAND, SAUDER, *Rankings and Reactivity*, cit., pp. 11-16.

⁵⁰ M. TANNINEN, *Contested Technology: Social Scientific Perspectives of Behaviour-Based Insurance*, in *Big Data and Society*, vol. 7, 2020, <<https://doi.org/10.1093/bds/0000000000000000>>

quantificazione stimola l'adozione, da parte di coloro che sono misurati, di strategie di gioco e tattiche così dette di *rank-seeking*, cioè comportamenti formalmente conformi all'ideale abbracciato dalla metrica, ma che implicano un limitato, se non nullo, cambiamento nella pratica⁵¹. Dopo tutto, una volta che una misura è stata introdotta, ciò che il soggetto misurato vuole è spesso solo ottenere un punteggio migliore (in altri termini: che il suo miglioramento sia certificato dalla misurazione). Se questo è il fine, barare – come è ben noto a ogni studente – è un'opzione ragionevole. Ogni volta che si possono ottenere punteggi migliori con uno sforzo minimo o simbolico, o attraverso la manipolazione di dati e numeri apparenti, frodare può rivelarsi l'approccio più efficiente ed economico per affrontare la misurazione, poiché tale scelta non implica alcun costo se non quelli richiesti dalla frode stessa⁵². Inutile dire che le tattiche di *rank-seeking* inquinano le misure e aumentano la possibilità che il 'miglioramento' colto dalle valutazioni quantitative non si rifletta in alcun miglioramento nel mondo reale.

Tutto ciò ci riporta alla domanda iniziale. Abbiamo tratteggiato le ragioni per cui il mito del miglioramento è così insistentemente ribadito. Ma, dato che le misurazioni della performance spesso non hanno presa effettiva sulla qualità delle prestazioni, perché stanno prosperando? Per rispondere, è necessario ricordare che la misurazione delle prestazioni, quando etero-diretta, consente al misuratore di controllare ciò che altrimenti sarebbe fuori dal suo controllo. Ad esempio, in Occidente non è consentito (in linea di principio) interferire con l'indipendenza dei giudici o con la libertà scientifica dei ricercatori, ma è consentito misurare le attività degli uni e degli altri. Obbligare gli Stati ad aderire a standard che sono solo genericamente sanciti da trattati internazionali (come quelli sulla corruzione, sullo stato di diritto, sull'apertura agli investimenti esteri) non è possibile, ma si possono quantificarne le prestazioni. Richiedere alle multinazionali di rispettare gli obblighi ESG/CSR è impossibile in

org/10.1177/2053951720942536>, p. 8; H. JEANNINGROS e L. McFALL, *The Value of Sharing: Branding and Behaviour in a Life and Health Insurance Company*, in *Big Data and Society*, vol. 7, 2020, <<https://doi.org/10.1177/2053951720950350>>, pp. 9-11; COULDRY, MEJIAS, *The Costs of Connection*, cit., pp. 193-194.

⁵¹ ESPELAND, SAUDER, *Rankings and Reactivity*, cit., pp. 29-33.

⁵² KELLEY, SIMMONS, *The Power of Global Performance Indicators*, cit.; N. BHUTA, D.V. MALITO, G. UMBACH, *Introduction: Of Numbers and Narratives – Indicators in Global Governance and the Rise of a Reflexive Indicator Culture*, in D. V. Malito, G. Umbach, N. Bhuta (eds), *The Palgrave Handbook of Indicators in Global Governance*, Palgrave MacMillan, Cham 2018, pp. 1-29; BROOME, QUIRK, *Governing the world at a distance*, cit.; COOLEY, *The emerging politics of international rankings and ratings*, cit.; MERRY, *The Seductions of Quantification*, cit.

assenza di obblighi nazionali o internazionali effettivamente coercibili, ma coinvolgerle in esercizi di (auto)misurazione è fattibile e a molti appare lodevole. Manipolare i desideri delle persone non è un obiettivo nobile, mentre lo è tenere conto delle preferenze degli utenti online e utilizzare simili dati per fornire loro servizi e offerte più ‘personalizzate’. Da questo punto di vista, la misurazione delle prestazioni consente al controllo (qualcuno direbbe: alla sorveglianza) di insinuarsi in aree in cui la normazione ufficiale non può entrare o non sa farlo efficacemente, rafforzando al contempo (o, come spesso accade, semplicemente dando origine di fatto al) l’autorevolezza di chi effettua la misura agli occhi di chi ne è oggetto, degli interessati e più in generale del pubblico⁵³.

Oltre al controllo di ciò che altrimenti sarebbe incontrollato, altre ragioni sostengono la diffusione delle metriche delle prestazioni. Soprattutto se effettuata in relazione alle proprie prestazioni, la misurazione offre spesso un modo per dimostrare o pubblicizzare all’esterno l’impegno personale al miglioramento⁵⁴. Quando a essere misurata è la performance di altri, la misurazione si presta a divenire una strategia commerciale che consente all’attore che la effettua di esistere o sopravvivere in un mercato affollato e competitivo⁵⁵. In occasioni diverse – a prescindere dalle prestazioni oggetto di misurazione –, alcuni indicatori vengono creati a partire da iniziative preesistenti, al fine di contrastare queste ultime oppure di cavalcare l’onda del loro successo⁵⁶.

6. *Gli effetti della quantificazione*

Nei due paragrafi precedenti abbiamo visto come quello del miglioramento delle prestazioni sia un motivo sbandierato e un dogma spesso ribadito quando si tratta di giustificare l’esistenza di un sistema di misurazione dei fenomeni. Quali sono, però, gli esiti pratici prodotti dalle valutazioni quantitative della performance? In questo paragrafo ci occuperemo delle conse-

⁵³ Si v. gli autori citati *supra* n 52.

⁵⁴ Si pensi proprio alle auto-valutazioni condotte dalle imprese circa il loro rispetto degli standard ESG/CSR, il cui fine reale è spesso quello di attirare al *brand* le fasce di consumatori eticamente sensibili.

⁵⁵ Si v. COOLEY, *The emerging politics of international rankings and ratings*, cit., pp. 21-22.

⁵⁶ Per alcune illustrazioni circa i progetti spin-off e le iniziative concorrenti che i Doing Business Reports hanno ispirato, v. INFANTINO, *Numera et impera*, cit., p. 75, p. 145 e pp. 147-148.

guenze connesse alla creazione di attese e incentivi, lasciando al prossimo l'analisi dell'impatto della quantificazione sociale come tecnica regolatoria.

Anche qui, un'avvertenza preliminare. Tracciare gli effetti delle metriche che ci occupano è estremamente difficile, perché per farlo sarebbe necessario dimostrare l'esistenza di una relazione di causalità tra la misurazione e qualche cambiamento nel mondo reale, il che è notoriamente complicato per una pluralità di ragioni⁵⁷. Innanzitutto, pur quando sia possibile rilevare qualche modificazione effettiva nel fenomeno misurato, è di norma assai arduo attribuirne inequivocabilmente l'origine alla misurazione effettuata, poiché qualsiasi modificazione è sempre determinata da una molteplicità di fattori. Inoltre, gran parte degli effetti delle valutazioni quantitative spesso rimane invisibile, incidendo sulla posizione e sul potere di chi produce e utilizza quelle valutazioni, nonché sul vocabolario e sul modo in cui i problemi sono percepiti e le soluzioni sollecitate. Per quanto importanti siano questi spostamenti, il loro verificarsi può essere inconsapevole, non verbalizzato, non osteso e quindi quasi impossibile da documentare. Può essere vero anche il contrario: alle volte, per giustificare un cambio di rotta, può darsi che ci si appoggi retoricamente alle opportunità o alle necessità segnalate da una metrica, anche laddove questa poco ha a che fare con la decisione in questione. L'adozione da parte degli attori misurati di *gaming strategies* e di tattiche di *rank-seeking* complica ulteriormente il quadro, obbligando a distinguere tra modificazioni misurate e modificazioni reali. Da ultimo, ma non per importanza, indagare su tutto ciò richiederebbe di lavorare con strumenti metodologici che vanno ben al di là delle competenze usuali dei giuristi (e sicuramente delle nostre).

Detto questo, dalla letteratura disponibile è possibile trarre ed elaborare alcune osservazioni circa le conseguenze reali delle misurazioni basate sulle prestazioni. Partiamo dagli effetti prodotti su coloro che sono misurati per poi guardare all'impatto su altri soggetti.

Per quanto riguarda i misurati, a volte alla valutazione delle prestazioni è chiaramente associato un premio o sanzione. I giudici la cui attività riceve votazioni poco brillanti possono vedersi rifiutare un avanzamento di carriera in Brasile, Cina, India, Messico e Svizzera; in Polonia, la facoltà di giurisprudenza i cui membri svolgono (ciò che la misurazione valuta come) una ricerca eccellente può ottenere un finanziamento ministeriale, mentre la facoltà i cui membri non ottengono buoni risultati perde la possibilità di un supporto analogo⁵⁸. Le iniziative cinesi di misurazione del credito sociale

⁵⁷ Su tutti questi problemi, si v. INFANTINO, *Global Indicators*, cit., pp. 356-360.

⁵⁸ Si v. i contributi alla Parte I di BUSSANI, CASSESE, INFANTINO, *Comparative Legal Metrics*, cit.

premiano i comportamenti positivi offrendo l'accesso gratuito, scontato o allargato a una lunga serie di servizi pubblici e privati (come i prestiti nelle biblioteche, l'uso di mezzi di trasporto collettivi, l'ingresso nelle palestre)⁵⁹. Certo, il più delle volte alle misure non si connette alcuna conseguenza ufficiale: si pensi, ad esempio, alle valutazioni quantitative della conformità agli standard ESG/CSR da parte delle multinazionali o alla misurazione della Banca Mondiale delle prestazioni degli Stati nella promozione degli investimenti esteri⁶⁰. Ma sarebbe ingenuo fermarsi a queste apparenze. Combinando descrizioni apparentemente oggettive con suggerimenti prescrittivi basati sull'evidenza, le misurazioni della performance diventano facilmente creature performative, che spingono l'attore misurato a elaborare strategie (di aderenza, di resistenza, di scavalco e manipolazione) per farvi fronte⁶¹.

L'impatto delle misurazioni delle prestazioni su soggetti diversi da coloro i quali sono misurati è una questione ben diversa. D'abitudine, chi si sottopone ad auto-valutazione quantitativa concepisce l'iniziativa come una procedura puramente interna, mentre chi guarda alle prestazioni altrui mette in conto l'interesse alla misurazione da parte di qualche interessato. Questo è particolarmente evidente quando le valutazioni quantitative sono disponibili solo su abbonamento o dietro compenso (come accade spesso

⁵⁹ INFANTINO e WANG, *Challenging Western Legal Orientalism*, cit. Esempi ulteriori includono l'uso da parte delle banche di sistemi di valutazione del credito per decidere la meritevolezza dei propri clienti attuali e potenziali, oppure la raccolta di dati riguardo gli utilizzatori da parte di piattaforme, motori di ricerca, siti e apps (la quale in effetti è la premessa e la ragione di accesso gratuito ai servizi). Su tutti questi punti, si v. COULDRY, MEJIAS, *The Costs of Connection*, cit., pp. 101-105; O'NEIL, *Weapons of Math Destruction*, cit., pp. 141-160; PASQUALE, *The Black Box Society*, cit., pp. 1-14.

⁶⁰ Si v. il paragrafo 1.

⁶¹ Gli esiti di simili strategie possono essere tragici. Nel 2002 il governo colombiano (guidato da Uribe), nel tentativo di porre fine alla guerra civile che da anni affliggeva il paese, creò un indice per incrementare l'efficacia delle azioni di polizia contro le *Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia* (FARC), associando il numero di guerriglieri morti in combattimento a un aumento del salario dei poliziotti responsabili della loro uccisione. Gli effetti dell'indicatore sono stati disastrosi: molti membri delle forze di polizia, invece che tentare pericolose azioni contro i guerriglieri, hanno preferito assassinare civili innocenti nei luoghi più remoti del paese, travestirli con i segni distintivi delle FARC e quindi presentarli ai propri superiori come guerriglieri deceduti in combattimento (J.C. BOTERO, A.M. PINZON-RONDON, C.S. PRATT, *How, When and Why Do Governance, Justice and Rule of Law Indicators Fail Public Policy Decision Making in Practice?*, in *Hague Journal of Rule of Law*, 2016, vol. 8, p. 51). La Colombia è stata sotto indagine da parte della Corte Penale Internazionale per questa prassi (c.d. dei 'falsi-positivi', cioè dei morti contati come rilevanti nella lotta alla guerriglia, ma che in realtà nulla avevano a che fare con quella): <icc-cpi.int/colombia>.

nel campo delle classifiche accademiche, dei rating e del credit scoring personale), così come nei casi che coinvolgono la profilazione online automatizzata poiché il trasferimento e il riutilizzo dei dati sono il cuore pulsante dell'economia digitale⁶². Ad ogni modo, e a prescindere dalla gratuità o meno della misurazione, l'utilizzo dei risultati di queste da parte di terzi è frequente e, di solito, svolge un ruolo fondamentale nel consolidare il successo e la legittimità delle misure stesse nel discorso pubblico.

Del resto, in quanto informazioni semplificate, decontestualizzate e facili da usare, le misurazioni quantitative possono percorrere lunghe distanze e finire in luoghi imprevedibili. Dopo essere state realizzate, le metriche della performance assumono spesso una vita propria, finendo per venir impiegate da chi vi ha accesso, per scopi più e meno lontani da quelli che ne hanno ispirato la creazione. Basti pensare a come i numeri forniti dagli enti che classificano le riviste e gli articoli scientifici sono sovente usati dagli stessi ricercatori, dalle università, dalle case editrici, dalle autorità nazionali in materia di istruzione e ricerca per valutare le prestazioni delle istituzioni accademiche⁶³. Abbiamo già accennato al fatto che i Doing Business Reports hanno ispirato diversi progetti *spin-off* e iniziative concomitanti⁶⁴; ciò che dovremmo aggiungere ora è che i punteggi raccolti ogni anno entro i Reports sono stati utili anche ad altri uffici della Banca Mondiale per valutare la concedibilità ai paesi di finanziamenti in forma di prestiti, identificare i settori maggiormente bisognosi di riforme e verificare l'effettiva realizzazione delle stesse da parte dei beneficiari⁶⁵. Governi, banche centrali, investitori guardano quotidianamente ai rating del credito sovrano per stabilire l'affidabilità degli emittenti statali di obbligazioni e, più in generale, la solidità dell'economia di un determinato Paese⁶⁶. È noto che una pletora di attori diversi dalle banche (tra cui datori di lavoro, compagnie assicurative e proprietari di immobili) ricorrono ai *credit scores* per apprezzare l'affidabilità creditizia complessiva delle loro

⁶² Per simili esempi, si v. il paragrafo 1.

⁶³ Si v. gli autori citati *supra* n 2.

⁶⁴ Si v. *supra* n 56.

⁶⁵ T. KREVER, *Quantifying law. Legal indicator projects and the reproduction of neoliberal common sense*, in *Third World Quarterly*, vol. 34, 2013, p. 145. I punteggi del WBL, uno dei progetti *spin-off* dei Doing Business Reports, sono al momento impiegati dall'agenzia per lo sviluppo americana *Millennium Challenge Corporation* entro la formula che determina la distribuzione dei fondi: C. POWELL, *Gender Indicators as Global Governance: Not Your Father's World Bank*, in *Georgetown Journal of Gender and Law*, 2016, vol. 17, p. 779.

⁶⁶ Si v. gli autori citati *supra* n 2.

potenziali controparti⁶⁷. Allo stesso modo, quando si utilizzano algoritmi per misurare le prestazioni online, è ben documentato come questi dati vengano ripetutamente rivenduti, riutilizzati e aggregati per aiutare a prevedere il comportamento delle persone, aumentando ovviamente il rischio di profezie auto-avverantesi, della perpetuazione di pregiudizi storici, dell'esclusione sociale dei più vulnerabili e svantaggiati⁶⁸.

Sono necessarie ulteriori ricerche, possibilmente combinando l'esperienza giuridica con altre lenti metodologiche, per tracciare le conseguenze delle misurazioni della performance, sia per gli attori misurati che per i soggetti terzi. I nostri risultati ci permettono comunque di evidenziare che le metriche spesso modificano il set di attese e di incentivi per gli attori interessati, producendo effetti che in molti casi sono paragonabili e persino più efficaci di quelli associati alla regolazione. Di questi ultimi si occuperà il prossimo paragrafo.

7. *Le misure come tecnica di regolazione*

Da quanto visto finora emerge chiaramente come la quantificazione sociale sotto forma di misurazione delle prestazioni sia diffusa e operi quale una forma di 'tecnologia di distanza': è cioè una tecnica impiegata per gestire comunità di estranei in cui altri strumenti di controllo del comportamento (in particolare quelli basati sulla conoscenza intima e sulla fiducia personale) sono sostituiti da metodi oggettivi e standardizzati di *governance* sociale⁶⁹. Altrettanto chiaro è che, una volta inaugurata, una metrica spesso innesca cambiamenti comportamentali (voluti e non voluti) in chi è oggetto della misurazione e in chi a essa si affida per i propri fini, modificando così il modo e il mondo in cui questi soggetti operano. A

⁶⁷ BURK, *Algorithmic Legal Metrics*, cit., pp. 1163-1166; O'NEIL, *Weapons of Math Destruction*, cit., p. 141-160; PASQUALE, *The Black Box Society*, cit., pp. 24-26; CITRON e PASQUALE, *The Scored Society*, cit.

⁶⁸ *Ex multis*: BURK, *Algorithmic Legal Metrics*, cit., pp. 1163-1166, pp. 1181-1186; ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, cit.; UMOJA NOBLE, *Algorithms of Oppression*, cit.; EUBANKS, *Automating Inequality*, cit.; S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, in *California Law Review*, vol. 104, 2016, pp. 671-732; O'NEIL, *Weapons of Math Destruction*, cit.; CITRON, PASQUALE, *The Scored Society*, cit., pp. 1-33.

⁶⁹ Questo è stato indagato con studi ineguagliati da DESROSIÈRES, *La politique des grands nombres*, cit.; PORTER, *Trust in Numbers*, cit. Si v. anche, più recentemente, COULDRY, MEJIAS, *The Costs of Connection*, cit., pp. 122-151; BROOME, QUIRK, *Governing the world at a distance*, cit.

causa di questa tendenza a diventare performativi e a cambiare (e allo stesso tempo essere cambiati dal)la realtà cui si applicano, si è da tempo notato che le misure della performance possono facilmente trasformarsi in strumenti di *governance* e di regolazione, controllando e diffondendo standard di comportamento in modo simile (se non più efficace) di ciò che tradizionalmente il diritto ufficiale mira a realizzare⁷⁰.

È noto che le nozioni di ‘*governance*’ e ‘regolazione’ hanno significati plurimi e ambigui. Se con ‘*governance*’ si intendono le molte modalità di governo dei fenomeni sociali non formalizzate nei crismi del diritto pubblico (domestico o internazionale), ‘regolazione’ si riferisce a una vasta gamma di elementi, tra cui i provvedimenti normativi, le decisioni e tendenze giudiziali, la loro attuazione, le spinte gentili⁷¹, la co-progettazione⁷², i controlli formali e informali⁷³. Sia la *governance* che la regolazione sono esse stesse il prodotto di dinamiche di potere⁷⁴. Per entrambe, l’obiettivo comunemente immaginato come benefico per l’interesse pubblico non può essere dato per scontato: è difficile immaginare che tutti gli attori che operano in un ambiente economico, sociale e politico in competizione fra loro condividano gli stessi valori, bisogni e interessi⁷⁵. Ai nostri fini, ciò che importa sottolineare è, piuttosto, come le misure della performance abbiano, in modo del tutto analogo agli strumenti di *governance* e regolazione, la capacità di proiettare silenziosamente gli ideali e le visioni

⁷⁰ Oltre agli autori richiamati *supra* n 52, si v. BORGES FORTES, BAQUERO, RESTREPO AMARILES, *Artificial Intelligence Risks and Algorithmic Regulation*, cit.; L. ULBRICHT, K. YEUNG, *Algorithmic Regulation: A Maturing Concept for Investigating Regulation of and through Algorithms*, in *Regulation and Governance*, 2022, vol. 16, pp. 3-22; BROOME, HOMOLAR, KRANKE, *Bad science*, cit.; M. SIEMS, D. NELKEN, *Global social indicators and the concept of legitimacy*, in *International Journal of Law in Context*, vol. 13, 2017, pp. 436-449; DAVIS, KINGSBURY, ENGLE MERRY, *Introduction: Global Governance by Indicators*, cit.; HILDEBRANDT, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, cit., p. 11.

⁷¹ Seminale, al riguardo, lo studio di R.H. THALER e C.R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, Yale University Press, New Haven 2021.

⁷² Si v., e.g., C. EINFELD, E. BLOMKAMP, *Nudge and co-design: complementary or contradictory approaches to policy innovation?*, in *Policy Studies*, vol. 43, 2021, pp. 901-919.

⁷³ Si v. in generale D. LEVI-FAUR, *Regulation and Regulatory Governance*, in D. Levi Faur (ed), *Handbook on the Politics of Regulation*, EE, Cheltenham 2011, pp. 3-21.

⁷⁴ Un autorevole tentativo di distinzione è quella secondo cui la *governance* concerne il “providing, distributing, and regulating”, mentre la regolazione può essere intesa come “that large subset of governance that is about steering the flow of events and behavior, as opposed to providing and distributing”: J. BRAITHWAITE, C. COGLIANESE, D. LEVI-FAUR, *Can regulation and governance make a difference?*, in *Regulation and Governance*, vol. 1, 2007, p. 3.

⁷⁵ C. PAPAEOANGELOU, *The existential stakes of platform governance and online content regulation: a critical conceptual model*, in *Open Research Europe*, 2021, p. 31.

che le ispirano su attori misurati e altri *stakeholders*, stimolando da parte loro reazioni che rafforzano la validità e la cogenza di quegli ideali e quelle visioni. Nella misura in cui incarnano principi e valori percepiti come vincolanti dalla comunità di riferimento, si può dire che le misurazioni della performance abbiano implicazioni giuridiche⁷⁶.

Le valutazioni quantitative possono addirittura essere considerate strumenti più potenti della regolazione, nella misura in cui esse contemporaneamente articolano uno standard di comportamento e lo applicano, premiando la conformità allo stesso e sanzionandone automaticamente le deviazioni⁷⁷. Questa conclusione trova conforto nella (limitata) letteratura giuridica che si è occupata di tali questioni. Ad esempio, alcuni fra gli studiosi degli indicatori hanno sottolineato come questi ultimi «possiedano una qualità normativa intrinseca»⁷⁸, «funzionino come norme implicite o addirittura esplicite»⁷⁹, operino come «dispositivi di regolamentazione»⁸⁰, siano «paragonabili al diritto»⁸¹ o costituiscano essi stessi un «diritto soft»⁸². Lo stesso tipo di osservazioni viene oggi comunemente fatto con riguardo alla quantificazione algoritmica. L'intuizione rivoluzionaria di Lessig, secondo cui il codice agisce come una regola giuridica nella misura in cui fornisce un'infrastruttura socio-tecnica che determina ciò che le persone possono fare e modella le loro reciproche aspettative di interazione⁸³, è ora abitualmente veicolata dall'idea che

⁷⁶ DAVIS, KINGSBURY, ENGLE MERRY, *Introduction. The Local-Global Life of Indicators*, cit., pp. 18-19; ciò è particolarmente evidente ogni qual volta la misurazione sia automatizzata: BURK, *Algorithmic Legal Metrics*, cit..

⁷⁷ Si v. n. 29-30.

⁷⁸ MALITO, BHUTA, UMBACH, *Conclusions: Knowing and Governing*, cit., p. 507.

⁷⁹ KREVER, *Quantifying law*, cit., p. 132; similmente, DAVIS, KINGSBURY, ENGLE MERRY, *Introduction: Global Governance by Indicators*, cit., p. 15; DAVIS, KINGSBURY, ENGLE MERRY, *Introduction. The Local-Global Life of Indicators*, cit., pp. 18-19.

⁸⁰ CASSESE, CASINI, *Public Regulation of Global Indicators*, cit., p. 466; si v. pure B. FRYDMAN e W. TWINING, *Preface. A symposium on global law, legal pluralism and legal indicators*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 47, 2015, pp. 1-8.

⁸¹ DAVIS, KINGSBURY, ENGLE MERRY, *Introduction. The Local-Global Life of Indicators*, cit., p. 2.

⁸² S. MURTHY, *Translating Legal Norms into Quantitative Indicators: Lessons from the Global Water, Sanitation, and Hygiene Sector*, in *William & Mary Environmental Law and Policy Review*, vol. 42, 2018, p. 390; v. anche M. BUSSANI, *Deglobalizing Rule of Law and Democracy: Hunting Down Rhetoric Through Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 2019, pp. 718-720; RESTREPO AMARILES, *Legal indicators, global law and legal pluralism*, cit., p. 17; MERRY, *The Seductions of Quantification*, cit., p. 11.

⁸³ LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, cit., pp. 77-84.

il codice produca «*algo norms*»⁸⁴, «*algorithmic law*»⁸⁵ e «*algorithmic regulation*»⁸⁶. Ci issiamo quindi sulle spalle di giganti quando affermiamo che le misurazioni delle prestazioni possono qualificarsi come «nuove forme di regolazione [che] possono essere studiate e insegnate come tali, indipendentemente dal fatto che siano concepite o no come “diritto”»⁸⁷.

Ma quali sono gli effetti del ricorso a questa tecnica normativa? La scelta di affidarsi alla misurazione non è neutrale. È una scelta che ha un impatto articolato sul sistema giuridico e sulle sue derivate, istituzionali, sociali ed economiche. Alcune di queste implicazioni sono positive; altre lo sono decisamente meno.

8. Criticità palesi e occulte

La decisione di governare e regolare attraverso la misurazione della performance implica conseguenze peculiari⁸⁸.

Una prima specificità di tali misure riguarda il modo in cui queste agiscono sul mondo. Come già osservato, le metriche delle prestazioni hanno la rara capacità di incarnare uno standard di comportamento, di fornire incentivi a rispettare tale standard e di verificare il livello di suo rispetto, tutto allo stesso tempo (in ispecie, e tanto più, quando la misurazione è automatizzata).

Un'altra caratteristica tipica si connette al fatto che le metriche delle prestazioni sono solitamente concepite come strumenti tecnici che forniscono una conoscenza empirica, basata su evidenze e quindi apparentemente 'neutrale' dei fenomeni sociali ed economici. La presunta neutralità delle iniziative di quantificazione implica che i loro risultati vengono spesso supinamente accettati dai loro destinatari e dalle parti interessate come una base affidabile per definire i loro orientamenti di *policy* e per assumere le proprie decisioni e azioni.

⁸⁴ H. HYDÉN, *AI, Norms, Big Data, and the Law*, in *Asian Journal of Law & Society*, vol. 7, 2020, pp. 409-436.

⁸⁵ CATÁ BACKER, McQUILLA, *The algorithmic law of business and human rights*, cit., p. 1; HILDEBRANDT, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, cit., pp. 11-12.

⁸⁶ BORGES FORTES, BAQUERO, RESTREPO AMARILES, *Artificial Intelligence Risks and Algorithmic Regulation*, cit.; ULBRICHT, YEUNG, *Algorithmic Regulation*, cit.; J. GRIMMELMANN, *Regulation by Software*, in *Yale Law Journal*, 2005, pp. 1719-1742.

⁸⁷ FRYDMAN, TWINING, *Preface*, cit., p. 5.

⁸⁸ Su tutto ciò, si v. gli autori menzionati *supra* n. 29.

Le misurazioni delle prestazioni presentano però dei lati ancor meno apprezzabili. Cominciamo col notare che, come sottolineato anche da una pletera di ricerche sulla quantificazione sociale⁸⁹, le misure trasmettono una conoscenza oggettiva ed empirica su ciò che misurano solo se riescono a catturare informazioni complete sui fenomeni misurati. Il più delle volte, però, le metriche non sono in grado di farlo: quali forme di controllo routinizzate, le valutazioni quantitative delle prestazioni si basano su variabili standardizzate e semplificate (ad esempio, il numero di sentenze emesse in un determinato arco di tempo, l'*impact factor* della rivista in cui viene pubblicato un articolo scientifico, la velocità di navigazione online degli utenti della rete) che richiedono la marginalizzazione del contesto e della complessità, al fine di ottenere risultati comparabili. Se qualcosa non rientra nelle categorie standardizzate, viene inserito a forza o scartato. Anche a questo proposito, più la valutazione è quantitativa e automatizzata, più tende a essere inflessibile e a perdere informazioni rilevanti.

A perdersi in questo processo è soprattutto il gusto per la qualità: quando si misura la performance, non importa se una decisione giudiziale sia stata equa, quanto eccellente sia un articolo scientifico o quale fosse lo scopo della navigazione sul web; nel migliore dei casi, questi aspetti possono essere presi in considerazione indirettamente (ad esempio, aggiungendo al quadro dei risultati se la sentenza è stata ribaltata, il numero di citazioni ricevute dall'articolo e la tipologia di siti visitati). La misurazione, in altre parole, sposta l'attenzione dalla sostanza di ciò che viene fatto alla forma di ciò che può essere considerato (come correttamente) fatto.

Un simile spostamento dalla sostanza alla forma ha implicazioni maggiori sul piano dell'analisi dei fenomeni. Fare qualcosa ha poca importanza ai fini di una misurazione se non esiste una prova di quanto si è fatto. Di solito, nell'ambito oggetto del presente studio, la prova è fornita utilizzando le forme standardizzate (ad esempio, autodichiarazioni, audit di terze parti, *log-in*, registrazioni meccaniche) che la metrica stessa richiede come unica evidenza rilevante. Anche su questo punto, ogni volta che una

⁸⁹ Oltre ai lavori di DESROSIÈRES, *La politique des grands nombres*, cit. e PORTER, *Trust in Numbers*, cit., cfr. DE SOUZA, *Designing Indicators for a Plural Legal World*, cit., pp. 27-50, pp. 112-173; MALITO, BHUTA, UMBACH, *Conclusions*, cit., pp. 503-512; RESTREPO, AMARILES, McLACHLAN, *Legal Indicators in Transnational Law Practice*, cit.; BROOME, HOMOLAR, KRANKE, *Bad science*, cit.; BROOME, QUIRK, *Governing the world at a distance*, cit.; MERRY, *The Seductions of Quantification*, cit., pp. 27-43, pp. 212-216; J. SNYDER, A. COOLEY, *Conclusion: Rating the ratings craze: From consumer choice to public policy outcomes*, in A. Cooley e J. Snyder (eds), *Ranking the World*, cit., pp. 178-193; JERVEN, *Poor Numbers*, cit.; DAVIS, KINGSBURY, ENGLE MERRY, *Introduction: Global Governance by Indicators*, cit.; KREVER, *Quantifying law*, cit. ; ESPELAND, SAUDER, *Rankings and Reactivity*, cit.

misurazione incorpora degli elementi tecnologici, la rigidità complessiva del sistema aumenta. Se la performance deve essere dimostrata compilando un modulo, che viene poi controllato automaticamente da una macchina, qualsiasi mancata compilazione del modulo o mancata lettura da parte della macchina equivale a una cattiva performance, indipendentemente da quanto sia accurata tale conclusione – il che, sia detto per inciso, rende particolarmente agevole manipolare il sistema per chi volesse, o fosse dotato di risorse sufficienti per farlo.

È quindi evidente che tutti gli elementi metodologici menzionati finora – la decisione circa quali variabili debbano essere conteggiate e come, basandosi su quali prove, fornite da chi, e così via – sono importanti nel determinare la maniera di operare e l'effetto complessivo delle misurazioni. Come si è detto, le scelte in questione sono influenzate tanto da vincoli pratici e tecnologici, quanto da pregiudizi e assunzioni ideologiche su cosa significhi buona/cattiva performance, quali fattori siano causalmente rilevanti nel determinare il 'miglioramento', quale mondo ideale la misurazione cerchi di realizzare⁹⁰. Da questo punto di vista, qualsiasi misurazione della performance incarna una visione nei confronti dei fenomeni misurati che è determinata sia dai vincoli tecnici che da quelli culturali, politici ed economici che determinano l'orizzonte di chi concepisce e gestisce le metriche. Meno trasparente è una misura con riguardo alle sue opzioni di fondo, più difficile sarà contestarne i suoi risultati, specie allorché questi sono espressi in un linguaggio statistico o eseguiti automaticamente da algoritmi e codici (protetti o no da diritti di proprietà intellettuale e industriale)⁹¹.

La tecnicità che connota le misurazioni della performance (siano esse analogiche o automatizzate) reca con sé conseguenze ulteriori. In quanto artefatti specializzati e complessi, la valutazione quantitativa della qualità delle prestazioni richiede la formazione di una tecnocrazia in grado di concepire l'intrapresa e di una burocrazia in grado di gestirla. Per concepire una metrica sono solitamente necessari esperti di quantificazione sociale; una volta che questa è stabilita, le misure devono essere ripetute, la metodologia deve essere messa a punto e i risultati devono essere

⁹⁰ Si v. retro, paragrafo 6.

⁹¹ Fra i tanti, BURK, *Algorithmic Legal Metrics*, cit., pp. 301-302; L. CATÁ BACKER, *Next Generation Law: Data-Driven Governance and Accountability-Based Regulatory Systems in the West, and Social Credit Regimes in China*, in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 2018, p. 166; A.D. SELBST, S. BAROCAS, *The Intuitive Appeal of Explainable Machines*, in *Fordham Law Review*, vol. 87, 2018, p. 1093-1094; PASQUALE, *The Black Box Society*, cit., p. 8 e p. 16; GRIMMELMANN, *Regulation by Software*, cit., p. 1736.

interpretati e confezionati in un formato pubblicabile – il tutto ad opera di persone e uffici a ciò dedicati. Può anche essere necessario ricorrere a personale specializzato per gestire le procedure (se presenti) finalizzate a garantire alle parti interessate i diritti di accesso, partecipazione e revisione alla misurazione. In altri termini, misurare chiama alla creazione e al coinvolgimento di una burocrazia tecnocratica. Ciò comporta, da un lato, il fatto che molte scelte metodologiche fondamentali siano lasciate nelle mani di statistici, programmatori e *data scientists*, depoliticizzando decisioni che potrebbero, o, a seconda dei contesti, dovrebbero, essere negoziate e dibattute pubblicamente – aggiungendo, peraltro, uno strato di opacità al processo di misurazione, giacché i processi tecnico-matematici alla base di tali misurazioni spesso sfuggono alla comprensione dei non addetti ai lavori. D'altro lato, la necessità di formare una burocrazia per gestire le metriche attribuisce un grande potere a persone che restano invisibili e che non sono chiamate a rispondere delle loro decisioni, stabilendo una modalità di *governance* manageriale in cui le questioni di sostanza e di metodologia sono routinariamente limitate ai controlli tecnici necessari a verificare il rispetto di procedure e forme.

9. *Poteri irresponsabili*

Essendo concepite come esercizi di natura tecnica, una caratteristica ulteriore delle misure della performance è la loro apparente imparzialità. L'ideazione e la realizzazione di una valutazione quantitativa non richiedono in genere alcuna decisione politica o contrattazione diplomatica; la gestione delle misurazioni, per di più, non è vincolata dai requisiti ordinariamente applicati (per lo meno in Occidente) agli apparati amministrativi, come la trasparenza e la partecipazione. «*The traditional contentions inherent in the formation of policy choices and the legal structures that support them [are] transferred to the development of data, its analytics, and the algorithms that are meant to reflect judgment*»⁹². In altre parole, la presunta tecnicità della quantificazione contribuisce a isolarla dal circuito politico e dal controllo giurisdizionale⁹³. Ogni volta che la quantificazione è automatizzata, la

⁹² CATÁ BACKER, *Next Generation Law*, cit., p. 166. L'invisibilità politica delle misurazioni sociali forse vale a spiegare perché queste ultime siano diffuse soprattutto in contesti che non sono ampiamente regolati dal diritto ufficiale.

⁹³ Su tutte queste caratteristiche, cfr. INFANTINO, *Global Indicators*, cit., p. 356; DAVIS, KINGSBURY, ENGLE MERRY, *Introduction: Global Governance by Indicators*, cit.

valenza di tutte queste caratteristiche – la combinazione di regolazione-controllo-applicazione, la rapidità, la tecnicità, l'apparente neutralità e incontestabilità del processo di misurazione – aumenta esponenzialmente⁹⁴.

In sintesi, grazie alla forza della sua presunta oggettività e all'operare sotterraneo di tecnocrazie invisibili, la misurazione delle prestazioni agisce come tecnica di regolazione, modellando e trasmettendo standard di comportamento difficilmente percepibili, ma anche difficilmente negoziabili e contestabili. Siamo cioè di fronte a tecniche regolatorie che prendono le forme di vincoli ubiquamente e silenziosamente pre-imposti dalle scelte tecniche di design e operabilità delle misurazioni.

Queste regolazioni, viste da lontano, potrebbero apparire come una informe rete orizzontale, piatta, che si stende sulle materie oggetto di disciplina senza picchi gerarchici. Vista da più vicino, quella maglia regolatoria disvela invece un massiccio, seppur clandestino, ricorso agli strumentari del diritto 'di autorità', fra 'diseguali', ove i 'meno uguali' hanno mezzi scarsi per forgiare quel diritto e sindacare le 'autorità'. Se quando le misurazioni sono predisposte da attori non istituzionali – come ONG e imprese –, gli esperti coinvolti non incontrano alcun limite circa le scelte metodologiche e operative, di cui non debbono rendere conto ad alcuno⁹⁵. Anche in ragione della matrice occidentali degli indicatori, prodotti a Washington, New York o Berlino, da persone e organizzazioni che prendono come orizzonte di riferimento la realtà che meglio conoscono,

⁹⁴ Fra gli altri, BURK, *Algorithmic Legal Metrics*, cit.; SELBST, BAROCAS, *The Intuitive Appeal of Explainable Machines*, cit., pp. 1092-1096; BAROCAS, SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, cit., pp. 671-731, at pp. 677-694; HILDEBRANDT, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, cit., pp. 11-12; CITRON, PASQUALE, *The Scored Society*, cit., pp. 5-6 e pp. 11-16; GRIMMELMANN, cit., pp. 1729-1730.

⁹⁵ Anche questo punto è stato notato da molti: si v., a titolo illustrativo, DE SOUZA, *Designing Indicators for a Plural Legal World*, cit., pp. 112-162; CATÁ BACKER e MCQUILLA, *The algorithmic law of business and human rights*, cit., p. 16; CATÁ BACKER, *Next Generation Law: Data-Driven Governance and Accountability-Based Regulatory Systems in the West, and Social Credit Regimes in China*, cit., pp.166-167; D. MCGROGAN, *Human Rights Indicators and the Sovereignty of Technique*, in *European Journal of International Law*, vol. 27, 2016, pp. 385-408; ENGLE MERRY, *The Seductions of Quantification*, cit., pp. 27-35; SNYDER, COOLEY, *Conclusion*, cit., p. 178; W. EASTERLY, *The Tyranny of Experts. Economists, Dictators, and the Forgotten rights of the Poor*, Basic Books, New York 2013; DAVIS, KINGSBURY, ENGLE MERRY, *Introduction: Global Governance by Indicators*, cit., pp. 19-21; CASSESE e CASINI, *Public Regulation of Global Indicators*, cit., pp. 465-466; RESTREPO AMARILES, *Legal indicators, global law and legal pluralism*, cit., pp. 12-14; J. SHKABATUR, *A Global Panopticon? The Changing Role of International Organizations in the Information Age*, in *Michigan Journal of International Law*, vol. 33, 2011, pp. 159-214; M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino 2010, pp. 94-99 e pp. 189-191.

ossia il Nord del mondo, sono in genere gli stati più poveri a occupare le posizioni più basse delle classifiche. Questi sono però anche i paesi che maggiormente dipendono dagli aiuti e dagli investimenti internazionali, e dunque dalla qualità del loro capitale reputazionale; sono, in altri termini, paesi che hanno minori possibilità di sottrarsi alla corsa delle misurazioni globali. Al contempo, sono paesi le cui infrastrutture interne sono più distanti e meno comprese dai produttori di numeri globali, e pure quelli che più hanno da investire (e da perdere) nel dirottare risorse ed energie verso obiettivi tanto etero-diretti quanto indifferenti alle loro specificità. Ma di tutto ciò non risponde nessuno, né politicamente, né giuridicamente.

Conta insomma chiarire come le metriche operino nelle diverse arene senza che i loro artefici siano sottoposti a quei controlli circa le ragioni e le modalità di violazione degli interessi altrui (e alle eventuali conseguenti responsabilità, giuridiche e istituzionali), che in Occidente dovrebbero rappresentare invece pilastri fermi nella produzione, esecuzione e amministrazione del diritto. Siamo allora in presenza di una duplice linea di frattura: tra fenomeni in corso e la capacità di governarli; nonché fra i valori fondanti la tradizione giuridica occidentale, al cui interno germinano gran parte dei misuratori globali, e il diritto che quegli stessi attori producono⁹⁶.

10. Conclusioni

In questo breve saggio, abbiamo cercato di dimostrare quanto la quantificazione sia onnipresente. A ogni livello della società, sono richieste e raccolte informazioni quantitative, che vengono poi utilizzate per prendere decisioni e guidare i comportamenti, influenzando materialmente la vita quotidiana di persone, istituzioni, organizzazioni e imprese.

Questo impiego della quantificazione quale tecnica di regolazione è indubbiamente destinato a continuare. La tesi principale qui sostenuta è che la quantificazione ripetuta delle prestazioni inneschi cambiamenti più e meno intenzionali nei processi e nelle attività oggetto di misurazione, operando quale – e come tale dovrebbe essere considerata – una tecnica di *governance* e una forma di intervento regolatorio, sostanzialmente irresponsabili e sottratti a circuiti ordinari di controllo politico e giurisdizionale.

⁹⁶ Le metriche non rappresentano l'unico ambito ove le fratture di cui al testo sono andate producendosi: si v. BUSSANI, *Geopolitica delle regole globali*, cit., pp. 80-86 e pp. 99-109.

In quanto strumenti tecnici, meccanici e basati su apparenti evidenze fattuali, tali strumenti regolatori generano molte ricadute positive. Sottolineano o portano alla luce correlazioni altrimenti poco visibili, semplificano e velocizzano alcune procedure, consentono di elaborare politiche informate, promuovono buone prassi, stimolano comportamenti che possono socialmente risultare commendevoli o utili. Tuttavia, gli strumenti quantitativi della performance sono esposti e (ci) espongono a molti rischi. Soffrono di debolezze metodologiche e tendono a distogliere l'attenzione pubblica da ciò che conta, a favore invece di ciò che può essere contato. Influiscono sulle tecniche di governo e *governance*, agendo quali fattori di promozione di un eccessivo affidamento sugli approcci da 'bastone e carota', nonché sulla forma piuttosto che sulla sostanza. Quando la quantificazione delle prestazioni diviene importante, la qualità delle prestazioni finisce per essere meno rilevante delle evidenze che l'attore misurato può produrre (e che un'autorità di controllo può verificare). L'ubiquità delle misure della performance comporta anche l'emergere di nuove metodologie e nuove competenze per intervenire nel mondo sociale: il conteggio richiede persone, uffici e strumenti per raccogliere dati e monitorare le attività. La competenza quantitativa diventa così un fattore di specializzazione e una fonte di legittimità tecnocratica, che conferisce alle élites, che quelle competenze possiedono, un potere regolatorio (irresponsabile). Inoltre, la quantificazione delle prestazioni può produrre effetti indesiderati più o meno perniciosi (tra cui l'induzione di strategie di *gaming* e *rank-seeking*) che possono vanificare o contrastare lo scopo stesso della misurazione.

La nostra ricerca ha anche dimostrato che le metriche in questione sono in aumento ovunque, anche se la loro progettazione e i loro effetti sono disomogenei. Le misure della performance sono realizzate, utilizzate e consumate in modi diversi, e permeano i sistemi giuridici, gli ordini e i settori in modo diverso. È infatti intuitivo che classificare le università non è come (e non solleva le stesse implicazioni di) pubblicare il rating del credito sovrano, o premiare la fedeltà dei consumatori, recensire un servizio di consegne a domicilio, valutare la qualità della giustizia, misurare il rispetto dei diritti umani all'interno di una *supply chain*. Altrettanto chiaro è che la crescente varietà di valutazioni della performance richiede un maggiore impegno della dottrina comparatistica. Dobbiamo capire meglio, e granularmente, quali forme di misure quantitative sono diffuse, in quali settori e regioni, da chi sono prodotte e con quali effetti, con quale impatto sociale ed economico nei vari contesti. Dobbiamo verificare come e quanto la quantificazione della performance sia consentita e accettata in differenti

contesti giuridici – quelli domestici come quelli inter- e trans-nazionali. Dobbiamo anche comprendere meglio quali regole si applicano o possano essere applicate a tali misurazioni, e dove. A nostro avviso, indagare come il *ruling* metrico funzioni in una molteplicità di direzioni, a seconda dello stile e del luogo di applicazione, è altrettanto importante che riconoscere il potenziale normativo.