



O. PRZEMYSŁAW MICHOWICZ OFMCONV

Uniwersytet Papieski Jana Pawła II w Krakowie

ORCID: <https://orcid.org//0000-0001-5642-8522> \* [przemyslaw.michowicz@upjp2.du.pl](mailto:przemyslaw.michowicz@upjp2.du.pl)

Zgłoszono: 17.06.2021; recenzowano: 03.08.2021; zaakceptowano do publikacji: 01.09.2021

## DIRITTO COME QUALITÀ O QUALITÀ DEL DIRITTO? QUESTIONI PRELIMINARI

LAW AS QUALITY OR THE QUALITY OF LAW? RESEARCH PATHS

### Abstract

This elaboration, belonging to the field of legal phenomenology, deals with the question of the quality of law; the issues which are naturally, inextricably linked with each contemporary legal system. The study makes certain proposals according to which the quality of law does not belong to the sphere of normative technique nor is it identified with the mere observance of the legislative regulations. Rather, it concerns the field of research; something that is inseparably linked with the concept of the theory of law and its necessary development. The Author distances himself from the traditional ways of dealing with the present topic, proceeding rather towards new methodological and doctrinal horizons.

**Keywords:** law, quality of law, theory of law, legal phenomenology, legal system

### Sommario

Il presente studio, appartenente all'ambito della fenomenologia giuridica, tratta la questione della qualità del diritto; il problema lampante e fortemente presente presso ogni sistema giuridico contemporaneo. Lo studio avanza certe proposte secondo cui la qualità del diritto non appartenga all'ambito della tecnica normativa né si identifichi con la mera osservanza del dettato legislativo. La qualità riguarda piuttosto l'ambito della ricerca, e si collega inseparabilmente con il concetto di teoria del diritto e con il suo necessario sviluppo. L'A. prende le distanze dai modi tradizionali di trattare l'argomento, procedendo piuttosto verso nuovi orizzonti metodologici e dottrinali.

**Parole chiave:** diritto, qualità del diritto, teoria del diritto, fenomenologia giuridica, sistema giuridico

## PRAWO JAKO JAKOŚĆ CZY JAKOŚĆ PRAWA? ZARYS PROBLEMATYKI

## Abstrakt

W prezentowanej pracy autor obiera sobie za cel wstępne zarysowanie szerokiej problematyki jakości prawa. W doktrynie mówiło się już o prestiżu prawa, jednak jego jakość nie została jeszcze dogłębnie przemyślana. Punktem wyjścia rozważań jest zagadnienie jakości w filozofii i fenomenologii, co stanowi podstawę kolejnych propozycji i sugerowanych kierunków dalszych dociekań naukowych w prezentowanym temacie. Zamiarem autora jest próba intuicyjnego nakreślenia definicji jakości prawa oraz wskazanie teorii prawa jako właściwego *locus scientificus* badań nad niniejszym zagadnieniem.

**Słowa kluczowe:** prawo, jakość prawa, teoria prawa, fenomenologia prawa, system prawny

## INTRODUZIONE

È da ritenersi impossibile parlare di diritto se non in modo estremamente concreto e aderente alla realtà, riferendosi a quanto emerge dall'insieme dell'esperienza giuridica umana. Tale esperienza è tipicizzata nei paradigmi genericamente detti occidentali, sintesi ideale della riflessione filosofica di origine greca, tradotta poi nelle categorie operative romanistiche, temperate dall'apporto germanico ed ancor oggi tipologicamente espresse negli ordinamenti giuridici europei, tanto di *civil law* che di *common law*, cui il diritto canonico partecipa come *species* all'interno dell'unico *genus*. Anche il diritto della Chiesa rappresenta la concreta esperienza del vivere giuridico, che la medesima Chiesa ha fatto e continua a fare al proprio interno lungo la storia. L'esperienza poi non può prescindere dalla concretezza dell'ordinamento vigente, con le norme, le fonti, la gerarchia, la prassi conseguente, i principi giuridici di riferimento, la giurisprudenza, le teorizzazioni e sistemazioni che ne rendono possibile un'adeguata comprensione, in vista del suo concreto esercizio. È probabile che questi siano i limiti entro i quali si debba ricercare la qualità del diritto. Può darsi pure che la medesima qualità si manifesti nella concreta attuazione di quanto decretato o che la valutazione decisionale, quale componente sostanziale dell'agire giuridico, costituisca la sua qualità che, in tal caso, sarebbe sinonimo di appropriatezza, realismo, lungimiranza e competenza.

A partire da siffatta premessa teoretica che imposta il presente discorso in modo assolutamente preliminare, sono determinati i presupposti la cui attuazione può/deve garantire la qualità del diritto. Al contempo, si vuole giungere a verificare se lo stesso diritto in sé possieda ontologicamente e originariamente detta qualità, impronta stabilizzante dell'intera vita sociale ed ecclesiale. Avanzando questa riflessione, si deve far conto però che l'ordinamento canonico resta privo della teoria generale del diritto comunemente condivisibile all'interno della quale sarebbe possibile porre le basi della presente indagine. Dato che si tratta di un approccio relativamente innovativo, è difficile documentare la discussione dottrinale in oggetto, non potendo perciò precisare simili teorie presenti nel mondo giuridico sulla mappa concettuale dell'argomento.

## 1. CAUTELA FILOSOFICA

Nel linguaggio filosofico la qualità (το ποιόν, ποιότης; *qualis, qualitas*) è una caratteristica della *res* grazie alla quale la cosa stessa si presenta come tale e non come altra. La sua prima definizione viene solitamente attribuita a Platone che per 'qualità' intendeva un grado di perfezione. In numerose discussioni e studi, si è stabilito che la qualità possieda certe caratteristiche oggettive (misurabili) e soggettive (non misurabili) in quanto dipendenti dalla percezione personale (Bielawa 2011, 144). In genere, si presenta come una determinazione e in questo senso latissimo può abbracciare tanto le differenze specifiche che determinano i generi quanto le priorità accidentali che non mutano la specie. Nel suo significato può anche comprendere la quantità che ordinariamente le viene contrapposta. Infine, nella sua polivalenza semantica, può estendersi ai caratteri individuali fino a diventare dimostrativa dell'individuo e applicarsi finalmente alla stessa nota dell'esistenza qualora a questa si volesse attribuire una funzione determinante. È pacifica la tesi che presso la maggioranza dei pensatori prevale il concetto di qualità come determinazione. La qualità, in senso stretto e proprio, sarebbe la terza categoria o predicamento che compete alla sostanza in sé stessa, in conseguenza della sua forma sostanziale (Fossati 1957, 1778).

Lungi dalla presentazione esaustiva del significato della nozione insieme al suo impiego attraverso i secoli, qui è sufficiente affermare che il nucleo determinabile in cui s'innesta la determinazione qualitativa è un soggetto sostanziale. In tal senso, la qualità partecipa all'esistenza del soggetto: non gli conferisce l'*esse simpliciter* ma lo determina ad un *esse secundum quid*, ad essere tale. Secondo gli Scolastici la presenza di qualità non implica ulteriore arricchimento o una trasformazione verso uno stato nuovo, ma è dovuta al dispiegamento della naturale ricchezza e determinatezza della sostanza così come spiega San Tommaso: "Gli accidenti propri emanano dal soggetto non già in virtù di qualche trasformazione, bensì per una naturale risultanza" (*Sum. theol.* I, q. 77, a. 6 ad 3) (von Hagens 1957, 1770-1771).

Se poi viene intesa nel suo senso più ovvio e più proprio di determinazione, la qualità si distingue dalla quantità poiché questa non è determinante e specificante ma meramente ripete – o meglio, rende ripetibile – la sostanza corporea con la sua determinazione. La quantità caratterizza il mondo corporeo come tale, senza distinzione di nature specifiche e si ricollega perciò secondo la dottrina ilemorfica alla materia prima. La qualità invece che, secondo la stessa dottrina, si ricollega alla forma sostanziale, è l'esponente di una natura specifica. Il concetto di qualità si contrappone dunque, ma in modo diverso, alla sostanza ed alla quantità.

Da quanto sinteticamente esposto risulta che il tentativo di definire la qualità si deve necessariamente svolgere all'interno di un impegno trascendentale (mentale), al quale si giunge in modo intuitivo senza poter arrivare alla univocità e omologicità concettuale del termine così astratto come appunto è la qualità. D'al-

tra parte, è sempre possibile avvicinarsi alla qualità intendendola come un giudizio di valore espresso da un utente o destinatario di qualche bene. In tal senso però, diventa pressoché impossibile la formulazione del concetto in termini di un principio oggettivo e invariabile (Horbaczewski 2006, 10).

## 2. ATTENZIONE FENOMENOLOGICA

È opportuno notare che la locuzione ‘qualità del diritto’ è assente nei diversi motori di ricerca giuridica moderna. Non si trova qualora si analizzano le caratteristiche generali del diritto o quando si indaga sul suo dominio particolare. È altrettanto inesistente nei dizionari di teoria generale del diritto o di filosofia del diritto. Perché? Viene quasi spontaneo affermare che l’argomento della qualità del diritto non possa essere espresso tramite un linguaggio proprio di enciclopedie, dizionari o lessici poiché si qualificerebbe, in quanto proprietà caratterizzante di qualsiasi essere, come un giudizio. Si tratta, per l’appunto, di una valutazione, un’opinione o una considerazione appartenente al linguaggio persuasivo per cui essa stessa quale fenomeno anche giuridico deve essere sottoposta a descrizione. Di principio, non si può contestare l’impiego di tale metodo nell’ambito della scienza giuridica, aperta a quanto pare, alla comprensione di elementi centrali a cui si riferisce il termine ‘diritto’. Il suo contenuto è difficilmente esauribile in una sola locuzione. Nonostante ciò, occorre domandarsi se l’approfondimento della scienza giuridica possa realizzarsi con l’omissione del termine ‘qualità’. Sicuramente sì. I risultati di tale ricerca, d’altra parte, non sarebbero esaustivi dal punto di vista del pensiero giuridico in sé e in ordine alla sua essenza epistemica. Questo deve necessariamente implicare l’abbandono di tecniche enciclopediche o sinteticamente descrittive, inutili allo studio della qualità del diritto, optando piuttosto per un’indagine scientifica vera e propria capace di accogliere una metodologia fenomenologica e costruttiva che punti a riscoprire l’essenza del diritto stesso. In realtà, si desidera arrivare al concetto di qualità definendo come cruciali i suoi diversi e giuridicamente rilevanti presupposti. Malgrado questa intuizione, si ravvisa la preferenza di trattare detta problematica come una questione soggettivamente valutativa, sottraendo l’argomento ad un serio dibattito scientifico (Kaźmierczyk 2012, 136). Per contro, il titolo dell’elaborato annuncia una possibile differenziazione del diritto come qualità e la qualità del diritto in modo da salvare l’argomento da una semplificazione concettuale.

Preme notare come la dottrina si sia ormai espressa su argomenti simili come quello del prestigio del diritto (Podgórecki 1970, *passim*; Przylepa-Lewak 2021, *passim*), mentre l’argomento della sua qualità risulta ancora modesto specialmente in riferimento al suo correlato scientifico. Questo per due motivi: il disinteresse della tematica da parte dei tribunali (non solo ecclesiastici) e la recente strumentalizzazione del diritto, che avviene in ipotesi della produzione normativa, essendo una reazione del legislatore a nuove fattispecie da disciplinare. Di conseguenza, un

operatore di diritto, nell'ambito delle proprie mansioni, spesso diventa un tecnico, mentre il legislatore fornisce nuove soluzioni tecniche (Drinóczi 2015, 211; Stern 2019, 86). In definitiva, il problema della qualità del diritto può sembrare una questione schiettamente formale che per tanti è posto in modo da corrispondere a una teoria del diritto basata su assiomi statici e per questo purtroppo incapaci di diventare una realtà interiormente dinamizzante in vista di un approccio creativo<sup>1</sup>. Ciò inevitabilmente comporta un impoverimento della riflessione giuridica che riduce le proprie funzioni a mere soluzioni situazionistiche, rendendo impossibile la concretizzazione di valori incorporati dal diritto, segno della sua qualità.

### 3. QUALITÀ COME VALORE ACCESSORIO AL DIRITTO

Trattare la qualità del diritto può significare sia l'analisi della qualità riguardante una singola disposizione giuridica intesa principalmente nella sua dimensione sostanziale (*lex*), sia l'esame degli altri atti di valore normativo. La tematica in oggetto, così delineata, documenta dunque un vasto spettro di problemi da affrontare tenendo presente però che ogni dubbio è ugualmente fondato. Si è già affermato che tali interrogativi appartengono al linguaggio altamente allusivo, ragion per cui non è nostra intenzione continuare questo studio a partire dall'analisi della persuasione, che potrebbe essere ritenuta come l'eventuale livello di comunicazione sociale (o meno). Tale ragionamento necessita un'accurata ricerca e implica il possesso di competenze specifiche. Inoltre dubito che esista una comunità capace di accettare leggi secondo un'argomentazione che ritenga sufficiente l'attribuzione della garanzia di qualità al diritto vigente. Ignoro pure se tale motivazione, sostanzialmente vicina al conformismo, potrebbe essere riconosciuta come tesi implicitamente voluta o semplicemente possibile. Se poi a questo si aggiungono dubbi concernenti l'identificazione (se non l'immedesimazione) tra il diritto di alta produzione e il cosiddetto buon diritto, si entra quasi automaticamente in un mondo di dilemmi difficilmente risolvibili.

Di certo, come presupposto può essere accettato il fatto che sulla qualità delle leggi incidono ben determinate tecniche legislative (Pagano 2004, 69-70; Pastore 2009, 13-14). È pienamente legittima tale affermazione poiché le norme vengono prodotte nell'ambito di un'attività legislativa condotta da chi ne ha la competenza. Sotto questo punto di vista, abbiamo una letteratura molto ampia e correlata alla giurisprudenza dei tribunali di autorevolezza ampiamente riconosciuta (Wróblewski 1988, *passim*; *Lezioni di tecnica legislativa* 1990, *passim*; Atre 2006, *passim*; Bowman

---

<sup>1</sup> Per la teoria del diritto intendo una scienza che elabora alcune categorie centrali del diritto per ricavarne le figure di qualificazione e sistematizzarle in una maniera ordinata. Ciò nonostante, ritengo che la teoria del diritto (specie nella scienza canonica) non sia esclusivamente un approccio formale ed estrinseco al diritto, il che vuol dire che non sono fuori del nostro intendimento argomenti quale formazione, interpretazione o valore del diritto. Per meglio dire: la teoria del diritto deve descrivere il diritto 'come' è, non tanto sul piano schiettamente formale e in un contesto sociale in cui si ravvisano, in maniera astratta e generalizzata, determinate pratiche dei propri destinatari.

2007, 4). Tuttavia, nonostante questa abbondanza dei contenuti in oggetto, non cessano i pareri critici in riferimento al tema della qualità del diritto. Questo suggerisce che la qualità che viene principalmente ricercata e voluta non dipende solo primordialmente dalle regole con le quali si creano le leggi. Tuttavia, non si può sottovalutare che i valori tecnici del diritto sono del tutto irrilevanti. Gli stessi valori, subito dopo la valutazione dell'attività legislativa, dovrebbero essere attuati secondo i migliori modelli normativi, poiché una singola disposizione giuridica, in quanto categoria da cui si compone il diritto, è il suo costituente primordiale. Questo, combinato con altre disposizioni, fonda un unico sistema entro il quale si stabilisce la giustizia. Il suo carattere dipende anche dalla determinazione della volontà del legislatore.

Tuttavia, sarebbe difficile far equivalere queste due realtà ovvero sia non esiste una piena rispondenza tra la corretta produzione normativa e la qualità della norma prodotta. Ciò che si mette in rilievo è che una normativa lacunosa, piena di errori di merito e formata con l'omissione di tecniche legislative, non può portare al consolidamento delle leggi nelle istituzioni, e quelle poi ad un sistema che garantirebbe minimamente l'effettività, la certezza e la relatività del sistema. Ciò non significa che la qualità del diritto viene cancellata; essa semplicemente non può essere attuata, sebbene la valutazione del diritto sia negativa. Per meglio esplicitare: ciò che decade è il valore del diritto ma non la sua qualità. Si afferma piuttosto che la qualità è immanentemente indispensabile al diritto ed esige, innanzitutto in ambito della dottrina giuridica, una riflessione trascendentale. La qualità del diritto significa pertanto la sua capacità di creare quanto possa essere socialmente utile e pratico, anche in termini di civiltà. A nostro modo di vedere, la qualità del diritto non corrisponde ad una nuova produzione legislativa che sarebbe invece il risultato prescrittivo di una nuova materia normativa.

Per tornare però al punto che interessa maggiormente – al problema della qualità – quel che va osservato *in limine*, è che si continua comunque a stabilire un legame tra la questione della qualità del diritto (doverosa osservanza di norma) e l'ossequio di legge, indipendentemente dalla forza coercitiva che la medesima implica (Carli 2007, 3). Possono formularsi ipotesi secondo le quali il diritto si dice 'qualitativo' quando la regola di diritto produce effettivi risultati espressamente voluti e desiderabili, perché ordinamentalmente previsti. In tal senso, la qualità si addice al diritto solo dopo aver soddisfatto certi presupposti di normatività (efficacia). Non posso essere entusiasta di tal propensione poiché la concezione del diritto inteso 'come' qualità suggerisce che il medesimo diritto è dotato/attrezzato di qualità, analogamente a una *res* o una categoria riconosciuta come socialmente necessaria e/o utile. È probabile che il diritto abbia la sua qualità indipendentemente da fattori esterni, però la preposizione 'come' indica che il diritto sarebbe la qualità, sebbene per poter affermare 'come' è necessario il possesso dello strumentario mentale grazie al quale la qualità del diritto diventa una categoria capace di impiegare il diritto al livello dimostrato nella determinazione di qualità stessa (Każmierczyk 2012, 136). Se ciò fosse omesso, si potrebbe ritenere che la qualità

del diritto e l'attività legislativa siano la medesima realtà. Di conseguenza, la qualità sarebbe una questione tecnica appartenente agli aspetti del diritto; non condivido l'opinione in quanto la meccanicità nel pesare la qualità del diritto deve essere rigorosamente abbandonata. Ritengo inoltre che senza questa semplice preposizione 'come', la locuzione 'qualità del diritto' potrebbe indurre a pensare che la qualità si sovrapponga ai risultati legislativi, all'osservanza della normativa o ai risultati dell'applicazione del diritto e diventi una certa misura dei medesimi effetti. Questo però, applicato alla qualità del diritto, è un problema difficilmente teorizzabile.

Una delle caratteristiche essenziali del diritto detto qualitativo è la sua capacità di orientare la condotta dell'individuo. Tale concordanza è concepibile come un positivo risultato del diritto, sebbene nel caso in cui si equivalgono l'osservanza e il risultato del diritto, sembri che lo stesso diritto non possa essere considerato qualitativamente compiuto. Rileva infatti che la qualità del diritto e la sua osservanza non si possano eguagliarsi; semplicemente perché si tratta di un processo inadeguato. Nell'ipotesi contraria invece, in questo binomio infelice occorrerebbe rinunciare a qualche componente, ad esempio alla qualità poiché la mera osservanza del diritto, nella prassi semplificata, sarebbe più che sufficiente poiché avrebbe perseguito una delle finalità ispiratrici il diritto stesso. È probabile che questa semplificazione avvenga sotto l'influsso delle aspettative sociali che possono essere motivo di trattare il tema della qualità del diritto come qualcosa riducibile a una mera obbedienza al dettato normativo, di certo superficiale.

Quanto sin qui sollecitato in via teoretica generale, documenta che il fenomeno della qualità del diritto identificabile con l'ossequio del diritto può solo limitare il presente discorso. Per contro, il diritto inteso come la qualità potrebbe fungere da categoria ripiena di efficienza che sa costruirsi esternamente rispetto al diritto per farlo diventare un valore. La sua riduzione a mera osservanza delle disposizioni giuridiche lo priva di quel carattere. In tale prospettiva, la qualità non può che essere una categoria di indole mentale orientata all'effetto empiricamente verificabile, esterno rispetto al diritto e capace di gestirlo per creare delle aspirazioni incluse nella determinazione della qualità stessa. Inoltre, è un valore che rimane in una relazione al diritto essendo nei suoi confronti una forza di comando diversamente operativa nella fase della sua intellettualizzazione e nella tappa della sua gestione.

Per continuare ad attenerci alle prime sommarie considerazioni, va osservato che la qualità del diritto non viene solitamente raggiunta a partire da determinazioni concettualistiche del diritto qualificato come uno strumento dotato di un'innata forza regolatrice (=il diritto sancisce) (Stelmach 2011, 15-20). Per meglio esplicitare: è inadeguato ritenere che il diritto non corrisponda pienamente all'affermazione: il diritto prescrive. Il diritto quale attività stabilizzante e stabilizzatrice del vissuto sociale ha portato ormai alla superficialità nel riflettere sulla qualità del diritto e, purtroppo, pensata come attività generica rimane tale indipendentemente dalla considerazione positivista o meno della base concettuale del diritto. In verità, ciò che il diritto stesso regola/statuisce/prevede sono aspirazioni dei destinatari ma

non le loro condotte poiché le stesse sono l'espressione fondamentale del diritto. La qualità del diritto invece dovrebbe essere la questione di orientamenti e aspirazioni capaci di trasformare il diritto. È auspicabile, dunque, il cambiamento del carattere di forza regolatrice pertinente a disposizioni giuridiche in modo che gli effetti di questa modifica non si misurino solo tramite il parametro della corrispondenza tra condotte e determinate disposizioni giuridiche ma che riflettano la qualità derivante da quanto disciplinato per il bene comune.

Se non ci inganniamo, siamo arrivati ai primi risultati della presente ricerca: né la nuova materia legislativa né l'osservanza delle leggi corrispettiva al fatto che esso prescrive e disciplina, possono esaustivamente costituirsi criteri determinanti per cui si dice che il diritto gode di certa qualità o, ontologicamente, si definisce in termini di qualità o, semplicemente, lo è (Medel 1962, 147). Detti parametri indicano piuttosto che la qualità è una caratteristica accessoria al diritto, cioè una realtà esternamente ad esso aggiunta. Il diritto si separa dalla qualità poiché altrimenti la stessa potrebbe essere definita come la pluralità di valutazioni positive combinate attorno al diritto e pronunciate nella convinzione che esse assolutamente lo caratterizzano. In verità, tutte queste valutazioni positive, considerate in termini di qualità, diventano un valore accessorio al diritto ma la qualità, così pensata, perde l'opportunità di essere liberamente scambiata col diritto, premettendo ovviamente che essa stessa sarebbe diritto con tutte le caratteristiche giuridiche ad esso proprie.

#### 4. QUALITÀ COME CONTENUTO EQUIVALENTE AL DIRITTO

Ciò che maggiormente interessa però gravita sostanzialmente sulla qualità dell'idea di diritto; un po' di meno invece sul processo di formazione. Questa ultima problematica va lasciata per un ulteriore elaborato il cui oggetto verterebbe piuttosto sull'argomentazione di qualità del diritto, sotto il profilo della sua corretta composizione tecnica e della capacità propria di sottomettersi a tale formazione, in reazione alla dinamica dei cambiamenti sociali in genere.

Per giungere all'obiettivo indicato, occorre di nuovo invocare il titolo delle presenti riflessioni: si parla del diritto come qualità o della qualità del diritto appartenente al diritto? Tale incertezza aiuta a comprendere come la qualità – anche al livello linguistico – debba riferirsi al diritto: tramite la frase aggettiva o senza l'impiego dell'aggettivo? Detta diversificazione, solo apparentemente lessicale e semantica, può segnalare delle differenze, anche profonde, nel senso della comprensione del termine 'diritto'.

Quanto alla prima locuzione ('diritto come qualità'), va osservato che può trattarsi di una certa forma di diritto, quale strumento portatore di qualità all'interno di una logica più ampia qual è quella di diventare la qualità a servizio dell'originaria *missio* di ogni *societas* (Gherri 2004, 314). Secondo chi scrive, detta percezione sembra la più significativa e possibilmente avverabile, fatto salvo che per diritto comprendiamo una realtà potenzialmente esprimibile, in termini di

qualità giuridicamente determinabile. Per quanto invece riguarda la frase nella sua redazione aggettivale ('qualità del diritto appartenente al diritto'), si suggerisce che la qualità del diritto vada compresa nei termini di una realtà che al diritto si addice dall'esterno.

Nel primo caso va sottolineata l'evoluzione del diritto nel senso che esso, in seguito a un certo processo di evoluzione, può diventare qualità. A partire da questi dati, infatti, sarebbe consentito scambiare agevolmente il termine 'diritto' con quello di 'qualità', ma solo nell'ipotesi in cui essa abbia tutte le caratteristiche necessarie per definirsi 'diritto'. Nel secondo caso invece, la qualità potrebbe godere di una certa potenzialità, avente per fine il divenire un valore complementare o ausiliare al diritto stesso. La qualità così formata non potrebbe però pretendere di supplire delle aspettative del diritto nei termini indicati tramite le presenti pagine (*v. supra*).

Stando a quanto abbiamo affermato, preme rilevare che la problematica della qualità del diritto è una materia profonda, specie in relazione a domande il cui oggetto verte soprattutto sulla possibilità di rivelare dei contesti di ricerca nel processo della sua formazione (Kaźmierczyk 2015, 93). È molto probabile che detti contesti potrebbero portare allo sviluppo scientifico della teoria del diritto, con la quale si pongono le fondamenta del presente studio poiché la 'qualità' non può essere vista come un punto di arrivo in un contesto statico. Se fosse così, si negherebbe l'essenza del diritto stesso che significa dinamismo, trasformazione e rinnovamento continuo. La qualità invece dovrebbe essere percepita come un percorso di crescita continua, strutturata, intenzionale e misurabile in un contesto dinamico. In tal senso, la riflessione sulla funzione della qualità all'interno della scienza giuridica appartiene all'ambito di ricerca il cui oggetto gravita sostanzialmente attorno al vocabolo 'diritto'. Il contesto della presente indagine dimostra che a risultati soddisfacenti e tendenzialmente accettabili non si arriva se non tramite lo sviluppo della teoria del diritto. È fondata però la domanda se detta teoria sia da intendersi sotto l'aspetto strumentale (la qualità si fa?) oppure si tratti dell'identità totale (semantica, ontologica, significativa) tra il diritto e la qualità? Nonostante l'importanza di queste domande, qui devono essere omesse perché sono traccia di un tradizionale cammino già percorso per tanti. In verità, detto itinerario ha voluto sistemare la teoria del diritto dentro il recinto contenutistico previamente stabilito e trattare poi il presente argomento solo entro i confini così comunicati. Sostanzialmente, si suggeriva un approccio [a] tecnico (Bobbio 1976, 9; *Szkice z teorii prawa* 1990, 89; Wróblewski 1990, 30; *La teoria funzionale del diritto* 2017, *passim*) e [b] tecnologico (Bigavi 1940, 33-58; Ziemiński 1992, 45), in cui i valori del diritto erano considerati una realtà collocabile su un alto livello del diritto. Si noti infatti, che sia la prima sia la seconda proposta limitava la teoria del diritto poiché la strumentalità del diritto si esaurisce nella presentazione descrittiva, pertinente a meccanismi inducenti agli effetti del diritto e all'effetto stesso. Quanto invece ad un metodo applicato alla soluzione di problemi pratici o all'ottimizzazione

di procedure (approccio tecnologico), non si avvertono le novità ricercate poiché ciò che viene alla luce sono solo le peculiarità della teoria fortemente presente nel contesto odierno del diritto.

Per contro, occorrerebbe valutare la dominazione di questi interrogativi nel processo di formazione del pensiero teorico, nel quadro della teoria del diritto, anche perché la teoria e il pensiero non sono la medesima realtà: lo sviluppo della teoria del diritto avviene grazie alla riflessione teorica, non il contrario. Questa osservazione è importante perché svela un ulteriore dilemma che interessa l'urgenza di trattare separatamente il pensiero teorico, in quanto argomento di continua ricerca, e la teoria del diritto. Sembra che detti ambiti non siano sempre ben distinti per cui ogni tentativo di potenziare la riflessione teorica avviene senza una lineare indicazione di regole e direttive o, addirittura, senza rendersi conto di tal bisogno. Questi dati vanno invocati poiché risultano utili al fine di suggerire una metodologia alternativa concernente la teoria del diritto che sappia apporre novità ricercata all'argomento della qualità del diritto, ammettendo però che la teoria, pensata in tal modo, potrebbe essere anche la qualità. Tuttavia, impostando il discorso in quest'ottica, si moltiplicano vari contesti di ricerca inerenti ad esempio il corretto intendimento della teoria del diritto in genere e la sua vera funzione, ogniqualvolta però la qualità sarebbe intesa in termini empiricamente orientati. Accanto ad essi sorgono altri interrogativi: la teoria del diritto può essere capace di gestire il fenomeno di qualità al livello della comprensione di diritto o del diritto in sé? Sono i temi di vasto contenuto a cui solo si può far riferimento.

La prima sfida sarebbe quella di smentire che la qualità del diritto sia ripetutamente trattata come un argomento schiettamente teorico (Bix 2006, 62). La teoricità applicabile alla presente indagine potrebbe suggerire che questo impegno venga identificato solo con la teoria; tesi che renderebbe inutile la ricerca in oggetto. La qualità in sé appartiene invece a quel catalogo di categorie giuridiche che devono essere *ex natura rei* teoriche senza aver bisogno di alcuna dimostrazione. In questo contesto, ciò che determina la teoricità è un semplice soggettivismo che spesso si fa presente sotto diverse forme ma sempre semplici da identificare. Questo avviene qualora si dichiara che una cosa è teorica o si ricorre a discorsi abbastanza generici. Sfortunatamente, detto approccio non può portare nessuna creatività in riferimento alla teoria del diritto e alla sua qualità. Partendo dal presupposto che qualcosa sia teorico si arriva a qualificare l'oggetto dell'indagine come qualcosa di teorico. È tipico per ogni fase del ragionamento pregiudizievole (il risultato incluso) in cui si svela la propria incapacità di rompere l'incatenamento dei presupposti erroneamente combinati. Quindi un altro vicolo cieco.

In corrispondenza alle correnti che dominano, per completare il discorso occorrerebbe poi analizzare detta qualità, forse anche definirla e, alla fine, sinteticamente presentare i risultati di tale 'ricerca'. È indubbio però che detta metodologia non possa garantire alcuna novità nella comprensione di una tematica tanto complessa e articolata come quella della qualità. Non si può determinare un

cambiamento sostanziale semplicemente perché si impiegano strumenti e metodi inadeguati. Un ragionamento che può aggiungere qualcosa di innovativo al tema della teoria del diritto si realizza quando, al posto del soggettivismo nel metodo, si ricorre all'uso di metodi ricostruttivi, in quanto garanti dell'orientamento creativo (Czepita 1996, *passim*; Gianformaggio 2008, 33). Approfittando della metodologia sin qui proposta, si origina l'opportunità di (ri)determinare la qualità, essendo consapevoli però che non sarà un affare facile poiché è complicato descrivere una realtà che per sua natura è progressiva e dinamica, interiormente dinamizzante e dinamizzabile, esigente – quanto al metodo – di un approccio innovativo (Diciotti 2006, 340). Considerando empirico il carattere del diritto, è molto probabile che siffatto metodo possa essere utile nel processo di estrazione, dallo stesso diritto, delle strutture più profonde per arrivare a riscoprire la funzione della sua qualità. Sembra che la qualità abbia un modo tutto suo per perforare il diritto nella sua totalità di contenuti. Inoltre, non si può ammettere a priori che la qualità significhi questo o certamente quello e, conseguenzialmente, metterla in rapporto con il diritto. Occorre invece ricavarla dal diritto e per il diritto tramite l'impiego dei presupposti di carattere costruttivo il cui ruolo sarebbe quello di fondare e motivare la sua presenza contestualizzata.

Ammetto che nel presente ragionamento emergono dei contesti di ricerca più che delle soluzioni al problema, che potrebbero legittimare detti contesti. La pluralità di questi ultimi, forse anche esagerata, rappresenta quasi la giustificazione della mancanza di soluzioni in oggetto. D'altra parte, grazie alla pluralità di contestualizzazione del problema, si rende fattibile la scelta di argomenti atti a chiarire quanto problematico può essere l'argomento della 'qualità del diritto' dimostrando, al contempo, la complessità del tema. Nonostante detti dubbi o certe riserve, ritengo che questo sarebbe il cammino più idoneo a fornire il corretto e possibile chiarimento del presente problema. Prendo le distanze dalla sua frequente critica che non è produttiva e si trasforma solo in una negazione del fenomeno della qualità nel mondo del diritto. È indubbio che la critica scientifica dovrebbe operare secondo una concezione preventivamente determinata e dovrebbe essere indirizzata non al corretto impiego di tecniche legislative, quanto piuttosto al concetto di qualità precedentemente stabilito.

## CONCLUSIONI

In definitiva, vista l'economia delle presenti osservazioni che non consente di diffonderci ulteriormente su altre considerazioni e rispettive conseguenze, è opportuno asserire che la qualità è soprattutto la problematica di ricerca e non invece l'argomento risolvibile tramite il richiamo di soluzioni predeterminate. La stessa qualità deve essere ricavata dal diritto in un ragionamento prestabilito e secondo una metodologia orientata ad un fine a cui si tende. Prendendo in considerazione le tesi avanzate in questo studio, ritengo che la qualità possieda in sé

l'indispensabilità di sviluppo del diritto, compiuto in seguito all'evoluzione della teoria del diritto che, per la sua parte, avrebbe potuto intendere detta qualità in termini di progresso.

La qualità è un prodotto di carattere mentale, atto a causare degli effetti empiricamente verificabili. Essa deve essere un ente esterno rispetto al diritto; deve essere capace di gestirlo in modo tale che vengano formulate le sue aspettative precluse nella determinazione della qualità. Così formata, resterebbe in una certa relazione al diritto e, nei suoi confronti, potrebbe avere una forza manovrante sia il processo della sua intellettualizzazione sia la verifica contenutistica della dottrina. Lo stesso, ma in modo diverso, potrebbe avvenire nel corso della sua gestione. Sono questi i processi considerabili come una tappa fondamentale nella teorizzazione della qualità del diritto.

Facendo un passo avanti, si potrebbe anche asserire che la qualità è un argomento linguistico, sempre però di secondo livello di comprensione. Intesa come il primo livello invece è quasi inavvertita a meno che qualcuno dica che essa sarebbe la qualità della materia ormai trattata dal legislatore. Questa però non è più la qualità del diritto, piuttosto è un arretrato legislativo.

#### BIBLIOGRAFIA:

- Atre, Bruno Roman. 2006<sup>2</sup>. *Legislative Drafting. Principles and Techniques*. New Delhi: Universal Law Publishing.
- Bielawa, Anna. 2011. Postrzeganie i rozumienie jakości – przegląd definicji jakości. *Studia i Prace Wydziału Nauk Ekonomicznych i Zarządzania*, 21, 143-152.
- Bigiavi, Walter. 1940. Il controllo di logicità da parte della Corte di Cassazione. *Il Foro Italiano*, 65, 33-58.
- Bix, Brian. 2006. Teoría del derecho: Tipos y propósitos. *Isonomía*, 25, 75-58.
- Bobbio, Norberto. 1976. Hacia una teoría funcional del derecho. W: *Derecho, Filosofía y Lenguaje*, red. Gennaro Carrio, 14-30. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Bowman, Geoffrey. 2007. Art of Legislative Drafting. *European Journal of Law Reform*, 7(1-2), 3-18.
- Carli, Massimo. 2007. Come garantire il rispetto delle regole sulla 'buona qualità' delle leggi dello Stato. W: *La qualità della regolazione*, red. Caretti Paolo, 1-6. Torino: Giappichelli.
- Czepita, Stanisław. 1996. *Reguły konstytucyjne a zagadnienie prawoznawstwa*. Szczecin: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego.
- Diciotti, Enrico. 2006. La filosofia del diritto di Letizia Gianformaggio. *Ragion pratica*, 27, 329-349.
- Drinóczi, Tímea. 2015. Concept of Quality of Legislation – Revisited: Matter of Perspective and a General Overview. *Statute Law Review*, 36(3), 211-227.
- Fossati, Andrea. 1957. Qualità: distinzioni scolastici. W: *Enciclopedia Filosofica*, t. 3, red. Centro di Studi Filosofici di Gallarate, 1778. Venezia-Roma: Casa Editrice G. C. Sansoni.

- Gherri, Paolo. 2004. *Lezioni di Teologia del diritto canonico*. Città del Vaticano: Lateran Univeristy Press.
- Gianformaggio, Letizia. 2008. Il filosofo del diritto e il diritto positivo (1991). W: *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, red. Diciotti Enrico i Velluzzi Romano, 25-40. Torino: Giappichelli.
- Hagens, Bernard von. 1957. Qualità. W: *Enciclopedia Filosofica*, t. 3, red. Studi Filosofici di Gallarate, 1770-1778. Venezia-Roma: Casa Editrice G.C. Sansoni.
- Horbaczewski, Dariusz. 2006. Filozoficzne źródła współczesnego pojmowania jakości. *Problemy Jakości*, 10, 9-12.
- Kaźmierczyk, Stanisław. 2012. Jakość prawa w dyskursie teoretycznoprawnym. *Zeszyty Naukowe DWSPiT. Studia z Nauk Społecznych*, 5, 125-138.
- La teoria funzionale del diritto*, red. Antonio Giansanti i Valerio Pocar. 2017. Milano: Unicopli.
- Lezioni di tecnica legislativa*, red. Sergio Bartole. 1990. Padova: CEDAM Ed.
- Medel, Jesus Lopez. 1962. La cualidad como entidad jurídica. *Anuario de filosofia del derecho*, 9, 145-150.
- Pagano, Rodolfo. 2004. *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*. Milano: Giuffrè.
- Pastore, Gemma. 2009. Il valore delle regole di tecnica legislativa nel discorso del legislatore. *Rivista di scienze di comunicazione*, 1, 11-30.
- Podgórecki, Adam. 1970. *Prestiż prawa*. Warszawa: Książka i Wiedza.
- Przylepa-Lewak, Agata. 2021. Legal-Sociological research of the prestige of law. *Studia Iuridica Lublinensia*, 30, 219-235. DOI: 10.17951/sil.2021.30.1.219-235 .
- Stelmach, Jerzy. 2011. And if there is no 'ought'. W: *Studies in the Philosophy of Law 6: The Normativity of Law*, red. Jerzy Stelmach i Bartosz Brożek, 15-20. Kraków: Copernicus Center Press.
- Stern, Rebecca Thorburn. 2019. When the ends justify the means? Quality of law making in times of urgency. *The Theory and Practice of Legislation*, 7(2), 85-100.
- Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, red. Sławomira Wronkowska i Maciej Zieliński. 1990. Poznań: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza.
- Wróblewski, Jerzy. 1988. *Sądowe stosowanie prawa*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Wróblewski, Jerzy. 1990. *Rozumienie prawa i jego wykładnia*. Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich.
- Ziemiński, Zygmunt. 1992. Teoria prawa a filozofia prawa i jurysprudencja ogólna. W: *Filosofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa*, red. Bronisław Czech, 80-92. Katowice: Instytut Wydawniczy Katowice.