Simboli repressivi ed utopici nel diritto. 
La prospettiva teorica dei Critical Legal Studies 

di Carla Bonazzi

Il movimento statunitense\(^1\) dei Critical Legal Studies, o \(CLS\), come spesso si trova scritto nei testi che lo riguardano, nasce\(^2\) tra la fine degli anni Sessanta e l’inizio degli anni Settanta del secolo scorso.

Esso si caratterizza per l’eterogeneità dei modelli teorici e metodologici impiegati, e per la varietà di tematiche affrontate e di soluzioni prospettate. L’apertura sociale e intellettuale del movimento, e la sua tolleranza nei confronti di posizioni dissi-denti\(^3\), rende però difficile individuare un criterio univoco che consenta di collocare, con sicurezza, un certo autore fra i Critics, o anche di inserire una certa opera nei \(CLS\).

La teoria giuridico-politica prodotta dai \(CLS\) evidenzia, già dalle prime fasi della sua elaborazione, i rapporti esistenti fra diritto positivo e ideologia\(^4\).

L’individuazione della funzione ideologica del diritto, e la correlata considerazione di quest’ultimo come sistema di simboli, costituiscono i temi fondamentali che i Critics sviluppano tra la fine degli anni Settanta e l’inizio degli anni Ottanta, periodo, quest’ultimo, che rappresenta la fase di più intensa elaborazione teorica da parte del nostro movimento.

Come affermano P.Gabel e P.Harris, i \(CLS\) «[…] argue that the legal system is an important public arena through which the State attempts – through manipulation of symbols, images and ideas – to legitimize a social order that most people find alienating and inhumane. Our objective is to show the way that the legal system works at many different levels to shape popular consciousness towards accepting the legitimacy of the status quo […]»\(^5\).

\(^1\) I \(CLS\) sono un movimento tipicamente statunitense e, quantunque siano noti anche in numerosi altri Paesi (ad esempio: Canada, Australia, Gran Bretagna, Germania, Italia, Olanda e Francia), non si può dire che abbiano avuto una reale diffusione all’estero; infatti anche quando vi sono, all’estero, movimenti di pensiero che si autodefiniscono Critical Legal Studies, essi sono, in genere, sostanzialmente diversi dai \(CLS\) statunitensi, e, spesso, l’unica analogia che presentano con questi ultimi è data dal fatto di essere composti da accademici politicamente orientati a sinistra e sostenitori di un pensiero “critico”. L’unica eccezione è costituita dai \(CLS\) canadesi, che sono in realtà integrati nei \(CLS\) statunitensi. Questi ultimi non sono, del resto, tanto interessati a esportare il loro modello all’estero, quanto, piuttosto, a intrattenere rapporti con movimenti affini presenti in altri Paesi. Per una sintesi dei rapporti fra \(CLS\) statunitensi e tali movimenti affini cfr. J. A. Pérez Lledó, El movimiento critical legal studies, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, pp. 68-79.


Secondo i *Critics*\(^6\) il diritto non è, però, semplicemente uno strumento dell’oppressione di classe, ma è anche un ambito nel quale si svolge la lotta di classe; in particolare il contenuto delle norme giuridiche presenta una duplice natura, poiché rispecchia i rapporti di potere dei soggetti sociali confliggenti. Pertanto il diritto, da un lato, tende a riprodurre, in parte, i modi di dominio dei soggetti dotati di maggior potere ma, dall’altro, ingloba anche parte delle pretese avanzate dai soggetti subordinati; di conseguenza R. Gordon può affermare che: «Il discorso del diritto – le sue categorie, argomenti, modi di ragionamento, tropi retorici e rituali procedurali – rientra in un complesso di pratiche discorsive che, sommate, strutturano le percezioni della gente e agiscono quindi in modo da riprodurre o tentare di cambiare la realtà sociale della gente»\(^7\).

Lo studio del diritto come insieme di simboli e rituali è ritenuto, dai *Critics*\(^8\), una delle prospettive più feconde per elaborare una nuova concezione del diritto. Gabel e Harris sviluppano questa prospettiva. Essi affermano\(^9\), infatti, che il compito primario del sistema giuridico consiste nella produzione di una cultura politica capace di indurre le persone a considerare le gerarchie sociali esistenti come inevitabili e legittime, e sostengono che tale obiettivo è perseguito dal sistema giuridico sia attraverso il trattamento dei conflitti sociali tramite procedure pubbliche impregnate di simbologie rituali e autoritarie (ad es: i processi davanti alle Corti), sia attraverso il processo di reificazione delle categorie giuridiche.

Per quanto riguarda il primo punto, Gabel e Harris sottolineano che: «This spectacle of symbols is both frightening and perversely exciting. It signifies to people that those in power deserve to be there by virtue of their very majesty and vast learning. When disseminated throughout the culture [...] these symbols help

---


\(^{7}\) *Ibidem*

\(^{8}\) *Ivi*, p. 92.

to generate a belief not only in the authority of the law, but in authority in
general»

Riguardo al secondo punto, i nostri autori sostengono che il legal reasoning
costituisce un supporto di tutta la simbologia autoritaria, in quanto presuppone
l’esistenza e la legittimità delle istituzioni gerarchiche. Essi affermano infatti che:
«[… the conservative power of legal thought is not to be found in legal outcomes
which resolve conflicts in favor of dominant groups, but in the reification of the
very categories through which the nature of social conflict is defined. Since these
categories are themselves justified by the utopian imagery of political democracy,
the legal system can assert that the era of freedom and equality has already
arrived, and that the status quo is the consequence of genuine popular choice. It
is through the association of this legitimizing political imagery with the spectacle
of authoritarian ritual that the legal system acquires its mass-psychological power.
Like religion in previous historical periods, the law becomes an object of belief
which shapes popular consciousness toward a passive acquiescence or
obedience to the status quo»

I nostri autori intendono per “reificazione”
 l’attribuzione di un carattere cosale, oggettivo, a fenomeni che sono, invece,
socialmente costruiti. In particolare il processo di reificazione riguarda le
categorie impiegate per definire il conflitto sociale; tali strutture categoriche si
oggettivizzano, in quanto viene collettivamente dimenticato che esse sono
socialmente costruite, di conseguenza le stesse possibilità di trasformazione
sociale risultano occultate.

Il rapporto fra legal reasoning e processo di reificazione è approfondito da
Gabel, secondo il quale il legal reasoning costituisce un’applicazione del
cosiddetto “metodo scientifico” al settore dei rapporti intersoggettivi. Egli
osserva, infatti, che il ragionamento analogico è un procedimento induttivo
tramite il quale si evidenziano certe presunte analogie, presenti in una serie di
situazioni fattuali, le quali costituiscono il fondamento di una norma giuridica
astratta. Quest’ultima viene successivamente applicata ad altre situazioni fattuali
tramite un procedimento deduttivo definito come «applicazione della legge ai

10 P. Gabel-P. Harris, Building Power and Breaking Images..., cit., p. 372. Gabel afferma esplicitamente che:
«The ritual is [...] a central element of the law made explicit as law in that it gives to the sign its
axiomatic valence» [P. Gabel, Intention and Structure in Contractual Conditions: Outline of a Method for Critical
11 P. Gabel-P. Harris, Building Power and Breaking Images... cit., pp. 373-374.
12 Ivi, p. 373 (nota 10).
reificazione delle categorie giuridiche tramite le quali viene definito il conflitto sociale, Gabel e Harris
dicono: «Labor law allows workers to unionize in order to improve their bargaining power relative to
owners of capital, but not to challenge the division of people into laborers and capital-owners that
generates antagonistic social relations based upon bargaining power» (P. Gabel-P. Harris, Building Power
and Breaking Images..., cit., p. 373).
fatti». Quando una fattispecie non rientra nell’ambito di una specifica norma, occorre nuovamente ragionare per analogia al fine di decidere se la norma in questione debba essere applicata. Secondo Gabel\(^\text{16}\), il *legal reasoning* comporta una oggettivizzazione delle situazioni intersoggettive, in quanto esse diventano, al tempo stesso, degli insiemi di fatti dai quali vengono dedotte le norme giuridiche e ai quali vengono applicate le norme. Egli ritiene, inoltre, che a ogni situazione fattuale sia aprioristicamente attribuito uno specifico significato culturale, così che diventa possibile conoscere a priori se una situazione è analoga a un’altra; l’individuazione dell’analogia, o della differenza, tra due situazioni fattuali non è dunque tanto il risultato dell’analisi empirica di due insiemi di dati, quanto il prodotto dell’attribuzione, o meno, a essi dello stesso significato culturale. Gabel osserva che: «On the basis of these two a priori epistemological features of legal reasoning, we can say that the first movement of the judge’s consciousness is the apprehension of the entire social field as a synthetic activity that moves like a thing; [...] The pernicious consequence of this first movement of the judge’s consciousness is that it reifies the world as it is. Each discrete ‘fact-situation’ is apprehended in relation to a total context that is experienced as factual a priori. The sense of illegitimacy that everyone feels in response to the system’s normal functioning, and in response to the passivizing violence that this normal functioning imposes on our subjectivity, is denied at the outset by the epistemological assertion that what is, is inevitable, universal, timeless [...] The act of [...] reifying the ‘real world’ also has the consequence of denying that this world is contingent...and that it can be changed [...] In precisely the same way that the natural scientist ‘reifies nature’ by treating the physical world as an object, so the judge as a ‘legitimation scientist’ reifies the social world as if it too were an object, immutably moving according to its own internal dynamic. In his very way of knowing the social world, the judge represents it as natural...»\(^\text{16}\).

Gabel osserva poi che il giudice: «In order [...] to conceptualize the fact-situation ‘legally’, [...] must abstract legitimating concepts from the normal movement of the facts, concretize the abstractions, and then re-describe the facts with the aid of these abstractions», e aggiunge: «This is [...] what it means to apply the law to the facts. Simultaneously, the facts become lawful and the law becomes factual». L’applicazione del diritto non è dunque altro che la descrizione, in chiave normativa, degli accadimenti del mondo reale, e il giudice — aggiunge Gabel — nel formulare la decisione, non fa altro che rivivere, in maniera immaginaria, la sequenza temporale di accadimenti che hanno dato luogo alla disputa. Perciò il nostro autore afferma che il *legal reasoning* del giudice è «[...]
nulling more than a movement of the imaginary – an imaginary that takes on the appearance of the real through the process of reification»

Questa conclusione mi pare importante perché evidenzia come il diritto non sia semplicemente “accompagnato” da simbologie rituali e autoritarie, ma sia esso stesso un insieme di immagini e simboli; infatti Gabel, con riferimento al ruolo della decisione giudiziaria nel sistema sociale, precisa che: «[...] the legal outcome [...] is significant only on its effect on the collective imagination of the culture, because the outcome ‘is’ nothing more than the signification of an image»

Ciò significa che le istituzioni gerarchiche presupposte dal sistema giuridico non hanno altro sostegno se non la convinzione, da parte delle persone, che esse siano naturali e legittime; pertanto qualsiasi conflitto giudiziario può diventare l’occasione per minare tali istituzioni gerarchiche tramite la creazione di nuovi modi di percepire e di pensare la realtà sociale. Se, infatti, si evidenzia la reale natura dei conflitti sociali che stanno alla base delle controversie giuridiche, allora diventa possibile contestare il modo in cui tali conflitti sono rappresentati nelle categorie giuridiche esistenti.

Tale strategia, secondo Gabel e Harris, non è limitata alle controversie giuridiche aventi natura più palesemente politica, ma può essere estesa a qualsiasi controversia che appaia, a prima vista, di natura privata; infatti la stessa distinzione tra ambito pubblico-politico e vita privata ha natura ideologica, in quanto trasforma i problemi sociali in questioni personali individuali.

È a questo punto interessante menzionare alcuni casi giudiziari che Gabel e Harris espongono allo scopo di mostrare come sia possibile rappresentare i conflitti sociali in modo diverso da come sono usualmente descritti nelle categorie giuridiche.

Un primo esempio è costituito dal *Chicago Eight Trial*.

In questo processo la pubblica accusa configurò il fatto da sottoporre a giudizio nei termini del quesito se gli imputati, i quali avevano contribuito, nel 1968, a organizzare le manifestazioni contrarie alla guerra in Vietnam all’esterno della *Democratic National Convention*, avevano cospirato con l’intento di istigare alla rivolta. Il significato politico di queste manifestazioni era quello di mettere in discussione la moralità della guerra e il processo politico che serviva a giustificarla, ma tale significato – osservano i nostri autori – era, ovviamente,

---

19 Ibidem.
20 Ibidem. Gabel riconosce che la decisione giudiziaria comporta anche conseguenze pratiche, in quanto a un soggetto viene ordinato di fare qualcosa e, se questi non ottempera volontariamente, viene costretto con la forza. Ma questa conseguenza, secondo Gabel, non ha a che fare tanto con il ruolo del diritto, quanto con il ruolo della forza (cfr. ivi, p. 41).
24 Ivì, pp. 380-381.
giuridicamente irrilevante al fine di stabilire se vi era stata o meno la cospirazione. Se gli avvocati avessero impostato la difesa nei modi consueti, essi avrebbero dovuto tentare di dimostrare che gli imputati non intendevano incitare alla rivolta, oppure che non avevano cospirato. Ma una vittoria legale ottenuta su queste basi avrebbe, comunque, significato una sconfitta politica del movimento al quale gli imputati appartenevano. Gabel e Harris notano che: «[…] the prosecutor’s real purpose was to channel the political struggle in the streets into an official public chamber, to recharacterize the protestors as hooligans, and to substitute a narrow and depoliticized legal description of the meaning of the Chicago events for their true meaning. In this context State power consists not so much in the use of direct force, but in the use of the sanctity of the legal process to recast the meaning of the disruption that took place».

Gli avvocati, invece, furono in grado di rovesciare questa strategia: servendosi dei mezzi di informazione per rinforzare la protesta sorta nelle strade, disattendendo le norme che regolano il comportamento in aula, e ridicolizzando il giudice, il pubblico ministero e lo stesso contenuto delle accuse. Il significato di questo comportamento era il rifiuto di quelle stesse forme di autorità sulle quali si fondava la legittimità della guerra, e la conferma, ai milioni di sostenitori che seguivano il processo, che il significato da loro attribuito alle dimostrazioni di Chicago era esatto.

I nostri autori espongono poi, come secondo esempio, i due processi per omicidio contro Inez Garcia, tenutisi circa dieci anni dopo i fatti di Chicago.

Venti minuti dopo aver subito violenza carnale, Inez Garcia trovò i suoi aggressori e, mentre uno di essi estraeva un coltello, sparò uccidendo quest’ultimo, e sparò all’altro, mentre fuggiva, mancandolo.


Dal punto di vista politico, però, il risultato fu un fallimento; infatti, come osservano Gabel e Harris, la linea difensiva costringeva l’imputato a riconoscere l’illegittimità della propria azione, e rinunciava a collocare tale azione nell’ambito della richiesta di riconoscimento, da parte del movimento delle donne, della violenza carnale e delle molestie sessuali come forme di aggressione violenta nei confronti delle donne. I nostri autori rilevano che: «The contradiction between […] legal characterization of her conduct and her true feelings erupted on the stand when she testified: ‘I took my gun, I loaded it, and I went out after them.

26 Ivi, pp. 381-384.
I am not sorry that I did it. The only thing I am sorry about is that I missed Louis.\(^27\)

La linea difensiva adottata dal nuovo avvocato nel processo d’appello si basava, invece, sull’estensione della norma che prevede la legittima difesa al comportamento dell’imputato, e sul rifiuto di interpretare i rapporti tra donna e uomo sulla base degli stereotipi correnti, i quali rivelano una realtà sociale nella quale le donne si trovano in uno stato di subordinazione nei confronti degli uomini. La norma che prevede la legittima difesa fonda il diritto di ricorrere alla forza sulla ragionevole convinzione, da parte del soggetto agente, dell’esistenza del pericolo imminente di un’aggressione violenta; occorre cioè convincere la giuria che l’imputato ha agito ragionevolmente in base alle circostanze. Come notano i nostri autori, nel caso in questione, la risposta, da parte della giuria, alla domanda se l’imputato aveva agito ragionevolmente, sarebbe stata quasi certamente influenzata da quei pregiudizi culturali secondo i quali le donne incoraggiano e/o gradiscono la violenza carnale e, se ne restano vittime, non possono che addebitare la colpa a loro stesse. Per evitare ciò, l’avvocato sottopose ciascun giurato a una serie di domande aventi lo scopo di scoprire se questi era influenzato dai pregiudizi culturali accennati; il risultato fu che la giuria finale, composta da dieci uomini e da due donne, considerò la violenza carnale non come una possibile modalità di rapporto sessuale causata dal normale interagire tra uomo e donna, ma, piuttosto, come un’aggressione violenta contro la persona. Di conseguenza fu accettata la tesi della legittima difesa.

L’avvocato si trovò anche di fronte al problema della palese collera che Inez Garcia aveva manifestato nei confronti dei suoi aggressori; se infatti la giuria avesse considerato tale collera come il motivo che l’aveva indotta a sparare, essa avrebbe rifiutato di ammettere la legittima difesa. Invece di tentare di nascondere la collera della vittima nei confronti dei suoi aggressori, l’avvocato tentò di dimostrare che tale collera era una reazione giustificata e ragionevole alla violenza subita, abbandando così i pregiudizi maschilisti incorporati nel concetto tradizionale di “persona ragionevole” accolto dal diritto. Il risultato del processo fu l’assoluzione con formula piena. La differenza tra il processo di primo grado e quello di appello è radicale in quanto «The form of the first trial turned Garcia into an isolated object of the legal system, a mere ‘defendant’ requesting mercy from a ‘masculine’ legal structure. Even a victory in the first trial would have had negative political consequences because it would have affirmed the wrongness of both her action and the feeling that provoked it, while legitimizing the authority of a benevolent State. [...] the second trial [...] reversed the power relations upon which the first trial was premised. The defense [...] affirmed the validity of Garcia’s action [...] Thus the conduct of the second trial [...] served to expand the power of the movement from which the political basis of the case derived,\(^27\)

\(^{27}\) Ivi, p. 382.
and to delegitimate the apparent necessity of existing legal consciousness. [...] breaking through the sedimented authoritarian forms of a legal proceeding in an overtly political case has radical implications beyond those of the particular case itself: it signifies that the existing order is merely possible, and that people have the freedom and power to act upon it. In the special context of a public trial, such action demonstrates the living disintegration of symbolic State power in a heavily ritualized setting, one that is normally a principal medium for the transmission of authoritarian imagery»


Il significato giuridico attribuito al caso stava nella domanda se la libertà di parola, garantita dal primo emendamento, poteva essere invocata per difendere il diritto degli studenti di indossare fasce all’interno della scuola. Ma, come osservano Gabel e Harris, la rilevanza politica del caso era molto maggiore della rilevanza giuridica ad esso attribuita. Nel dicembre del 1965, infatti, negli Stati Uniti si stava sviluppando, da un lato, un movimento contrario alla guerra che metteva sotto accusa le linee fondamentali della politica estera dello stato, e, dall’altro, un movimento degli studenti che criticava le forme di controllo autoritarie del sistema scolastico.

Come notano i nostri autori, il comportamento delle corti, in casi di questo tipo, è generalmente riconducibile a un modello che prevede due fasi: in primo luogo viene completamente negata la legittimità della pretesa dell’attore con la speranza che, di fronte a una netta asserzione di autorità, la pretesa stessa e il movimento che la sostiene si dissolvano entrambi, se invece tale tattica fallisce,

---


30 Gabel e Harris affermano che: «To understand the political potential of a case like *Tinker*, one must remember that wars like the one in Vietnam do not result simply from economic or political ‘interests’, narrowly conceived; they result also from the disciplinary hierarchies of the school-system, which train students to become passive recipients of the dominant ideology through which those interests are justified [...]» (ivi, pp. 385-386.).
viene riconosciuta la pretesa in modo da neutralizzare il potenziale di sfida, in essa contenuto, nei confronti dell’autorità dello stato; ma il riconoscimento della pretesa viene attuato nella forma di un diritto soggettivo che, in quanto tale, può essere integrato nella cornice ideologica dominante. Ciò è infatti accaduto anche nel caso Tinker, dove la corte distrettuale federale ha sostenuto la decisione del consiglio scolastico, mentre la Corte Suprema ha riconosciuto il diritto di indossare fasce all’interno della scuola, considerandolo una forma di espressione simbolica analoga alla libertà di parola; ma tale diritto è stato formulato come un’eccezione al potere (presupposto) dell’amministrazione scolastica di controllare tutti gli altri aspetti del comportamento degli studenti all’interno della scuola, quali, ad esempio, il modo di vestire e la lunghezza dei capelli. Inoltre, la Corte ha stabilito che anche le forme legittime di espressione da essa riconosciute possono essere negate nella misura in cui esse interferiscano con la disciplina o con l’attività scolastica. Pertanto – concludono Gabel e Harris – «The liberal message that a student may wear an armband is thus accompanied by a conservative meta-message that firmly reestablishes the essential authoritarian structure of the high school»  

R. Austin offre un altro interessante esempio di come il diritto sia, contemporaneamente, una costruzione sociale repressiva, e una fonte inesauribile sia di immagini utopiche che permettono di ripensare il mondo sociale, che di simboli utilizzabili per produrre mutamenti politici.

L’autrice analizza il fenomeno degli abusi commessi dai datori di lavoro nei confronti dei lavoratori subordinati, intendendo per “abuso” un trattamento «[...] that is intentionally emotionally painful, offensive, or insulting». Tali abusi non sono infatti, secondo l’autrice, manifestazioni sporadiche, ma rappresentano un fenomeno diffuso che produce, sui lavoratori, danni sia di ordine economico-sociale che di tipo emotivo. Austin rileva che le corti inquadra la intentional infliction of emotional distress, lamentata dai lavoratori, nel tort of outrage, e che le decisioni, solitamente, ritengono legittimi gli abusi, nonostante la natura generale della tort doctrine permetta di tutelare i lavoratori nei confronti degli abusi medesimi. Il tort of outrage, infatti, prevede che l’abuso è inaccettabile quando può essere definito eccessivo, e non prevede che debba essere stabilito se, nel caso

31 Ivi, p. 387. Riferendosi, più in generale, al legal reasoning, Gabel e Harris affermano che: «the courts [...] respond to the granting of [...] a right by trying to limit the ‘region of power’ protected by it through the time-honored process of distinguishing cases. Distinguishing cases is a central stabilizing feature of legal reasoning because it allows judges to conceptualize new assertions of power, sanctioned by the creation of the new right, as fitting within the background hierarchical categories out of which the new right was granted» (ivi, p. 388).
33 Ivi, p. 1.
34 Ivi, pp. 5-19.
35 Cfr. Restatement (Second) of Torts Section 46 (1965), il quale prevede: «One who by extreme and outrageous conduct intentionally or recklessly causes severe emotional distress to another is subject to
concreto, era giustificato un abuso di qualsivoglia entità. Ciò, infatti, metterebbe in discussione la legittimità stessa della coercizione\textsuperscript{36}.

Austin esamina poi i meccanismi e le tattiche culturali poste in atto dai lavoratori per difendersi dagli abusi che essi subiscono nei luoghi di lavoro. I comportamenti messi in atto dai lavoratori hanno però natura ambigua, poiché in certi casi producono resistenza, ma, in altri, producono acquiescenza. L’autrice sostiene, infatti, che vi sono dei vincoli strutturali che vanificano i comportamenti autodifensivi dei lavoratori, e auspica la confluenza delle forme di resistenza culturale, poste in atto nei singoli luoghi di lavoro, in un più ampio movimento sociale. Austin sostiene che:

«Since it is virtually impossible to determine how much of a role the law plays in maintaining and legitimating the coercive status quo, it seems doubtful that merely modifying the law will have a significant effect on working conditions. Legal change is more a response to, than a product of, political ferment. [...] Despite these limitations, common law claims of entitlement might be useful in enhancing local worker resistance and fostering broader movement activity. [...] Even if invoked in a losing effort, legal claims, communicated in ways that are accessible to a lay audience, might be useful in spreading the word of resistance among otherwise isolated communities. Victories, however limited, should fuel optimism and generate greater local participation. [...] Tort law will not be the catalyst for worker organizing, nor will it prompt the restructuring of...working conditions. [...] The maxims of justice and fairness that the law selectively and narrowly disseminates do, however, affect the messages disseminated by other institutions. [...] There is accordingly no real contradiction in hoping for favorable case rulings and at the same time expecting little to come of them»\textsuperscript{39}.

liability for such emotional distress, and if bodily harm to the other results from it, for such bodily harm».

\textsuperscript{36} Austin cita, tra le altre, una sentenza secondo la quale «[...] if the claimed distress is of the type that people commonly encounter and endure in their lives, the claim should not even be submitted to the jury» \cite{Cafferty v. Garcia’s of Scottsdale, Inc., 375 N.W. 2d 850, 853 (Minn. Ct. App. 1985)}, e osserva che: «The result of this reasoning is that the more pervasive the form of abuse, the more ordinary it is, and the more it must be tolerated» (R. Austin, \textit{Employer Abuse,..., cit.}, p. 16).

\textsuperscript{37} R. Austin, \textit{Employer Abuse,..., cit.}, pp. 20-36.

\textsuperscript{38} Ivi, pp. 36-49.

\textsuperscript{39} Ivi, pp. 49-51. In particolare Austin auspica la creazione di un tort of worker harassment come figura giuridica generale in grado di proteggere i lavoratori dipendenti da qualsiasi forma di abuso. È qui opportuno ricordare che i Critics, analogamente a quanto sostengono riguardo al legal reasoning, negano la razionalità e l’oggettività del concetto di “diritto soggettivo” (intendendo, con quest’ultimo termine, sia il “diritto” recepito dall’ordinamento giuridico positivo, che il “diritto” esterno all’ordinamento in quanto non, o non ancora, recepito). Essi, però, non negano che i diritti soggettivi possano essere utilizzati per favorire il mutamento sociale; e ciò non solo, e non tanto, perché i diritti soggettivi abbiano assunto, storicamente, il valore di simboli di progresso sociale, quanto perché il loro uso “critico”, cioè consapevole della loro reale natura, evoca un insieme di emozioni che si associano alla crisi del concetto di “razionalità”. A tale proposito dice D. Kennedy: «In the Western democracies, rights ‘exist’ in the sense that there are legal rules limiting what people can do to one another and limiting the executive and the legislature. The critique of rights recognizes the reality of rule-making, rule-following, and rule-enforcing behavior. It is about faith in the rational procedures through which legislators, adjudicators, and enforcers elaborate gaps, conflicts, and ambiguities in the ‘text’ of inside or
outside rights. [...] Having lost one’s faith in rights discourse is perfectly consistent with, indeed often associated with, a passionate belief in radical expansion of citizen rights [...]. The mpm (modernist/postmodernist) counter to rights and the rule of law looks, at first, like the more traditional mode of left theory, based, say, on the model of alienated powers. It deploys internal critique to loosen the sense of closure or necessity that legal and rights analyses try to generate. But rather than putting a new theory in place, it looks to induce, through the artifactual construction of the critique, the modernist emotions associated with the death of reason: ecstasy, irony, depression, and so forth. [...] it can be leftist in two senses: when it is carried out by people who see themselves as doing to leftism what mpm artists see themselves as doing to “art”, that is, moving it along by attacking its presuppositions and opening it up to what it wants to deny; and when it proposes that the left should confront those with whom it is ideologically engaged through transgressive artifacts as well as (or instead of) rational analysis» [D. Kennedy, *The Critique of Rights in Critical Legal Studies*, in «Left Legalism/Left Critique», 178, W. Brown & J. Halley (ed.), Duke University Press, Durham, London, 2002, pp. 213-220].