

Jean Robelin<sup>1</sup>

*La retorica giuridica come produzione politica del luogo del terzo.*

La definizione più elementare della giustizia consiste nel distinguerla dalla vendetta: non mi vendico con la spada in mano, ma c'è una persona terza, che non è parte del litigio, ma esterna, e che decide fra le parti in litigio. Proprio questo luogo del giudice definisce la ragione del diritto: v'è diritto quando trova posto il luogo arbitrato del giudice, che non è luogo arbitrario, ma fissato da regole stabili. Il luogo del terzo non è solo il ruolo del giudice, ma è il luogo simbolico stesso del diritto nella società. Il giudice sentenza in quanto ha il diritto di decidere, ha la competenza giuridica.

Lo dice già Marsilio da Padova. La legge evangelica si rapporta alla salvezza, dunque alla vita futura, pertanto la chiesa non può giudicare nel regno terreno: “ma poiché il prete o il vescovo, chiunque egli sia, dispone e regola gli uomini solo nello stato di vita presente, seppur in vista della vita futura, come quello che propone immediatamente questa legge, cioè Cristo, secondo questa, non gli viene concesso di punire nessuno in questo regno, egli non può correttamente essere chiamato giudice, come qualcuno che ha la potenza coattiva nel terzo senso”<sup>2</sup>. Dunque per Marsilio, v'è una sfera giuridica, solo se giudica chi ha competenza nel giudicare. Dalla distinzione dei due regni, e dal fatto che Cristo non è giudice sulla terra<sup>3</sup>, si conclude che la chiesa non può giudicare in questo mondo, non è in posizione di terzietà.

Ed è anche a ragione della nozione di terzo simbolico che Hegel precisa, nei *Lineamenti della filosofia del diritto*<sup>4</sup>, come un delitto non sia solo delitto contro la vittima, ma contro il diritto stesso. Asserire che la giustizia appartenga allo stato, significa che lo stato occupa il luogo del terzo, e che ciò è necessario per opporre la giustizia a una negoziazione privata. Il luogo del terzo, occupato dal magistrato, è prima di tutto un luogo simbolico. È il luogo stesso della giustizia: nel definire quel che è riprovevole, stabilisce la vita sociale al contrario, definendo il comportamento antisociale.

Tuttavia, questo luogo del terzo non è esso stesso in una posizione fissa, stabile: si costruisce invece tramite momenti di controversia e vacilla, oscillando continuamente. Ed è proprio tale tentennare a definire il carattere politico del diritto.

1 Professore Emerito di filosofia, Nice (UCA).

2 Marsilio da Padova, *Defensor Pacis*, libro II, capitolo 9, § 3 citato dall'edizione della BUR. Milano 2001.

3 “Giudicate secondo la carne, io non giudico nessuno”, Giovanni 8.15.

4 G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, citato dall'edizione Laterza, Roma-Bari, 1991, § 95.

## 1. Quale luogo per il terzo?

A prendere sul serio la definizione della giustizia come luogo del terzo, nasce una conseguenza drammatica: questa definizione funziona per il diritto privato, quando la giustizia dello stato funziona come terzo fra due individui, ma v'è davvero un terzo fra i cittadini e lo stato? Se la giustizia appartiene allo stato, sembra difficile farla divenire luogo terzo fra i cittadini e lo stato stesso.

Nel diritto americano, come è noto, l'accusa è portata in nome del popolo: ad esempio, in seguito a un mio immaginario delitto, il popolo contro Robelin per l'omicidio dei suoi cari colleghi. Il popolo sembra qui essere una delle parti. Allo stesso tempo, però, si trova al posto del terzo, perché è prevista una giuria popolare. La terzietà poi sembra cancellarsi quando il diritto sembra ridursi a una transazione giudiziale, come nel caso della procedura americana che prevede un accordo preliminare.

La negazione di un vero luogo terzo fra lo stato e gli cittadini definisce la posizione di Kojève, colui che ha portato Hegel nella cultura francese, il quale nel libro *Esquisse d'une phénoménologie du droit*<sup>5</sup> sosteneva che il diritto pubblico non era vero diritto, perché era senza vero terzo e che pertanto la giustizia amministrativa è una giustizia solo per analogia.

Certo, letta dalla prospettiva di un avvocato, la posizione di Kojève non ha senso: ogni giorno dei cittadini vincono processi contro lo stato. Cattiva risposta, per Kojève, secondo cui dire che una mano dello stato controlla l'altra mano non significa che sia possibile collocare la giustizia amministrativa fuori o sopra lo stato. I consiglieri di stato sono i consulenti del governo, sentenziano con testi di cui, almeno in parte, sono gli autori. È un gioco interno: dunque un vero luogo terzo qui non v'è, si tratta di un processo di regolazione interno allo stato.

La seconda risposta ipotizzabile all'obiezione chiama in causa la separazione dei poteri. La giustizia si dice indipendente dall'esecutivo o dal parlamento. Essa però conduce in un *impasse* ancora peggiore, per Kojève: la separazione è una mitologia del potere, perché non ci sono veramente tre poteri indipendenti, è osservabile solo una divisione del lavoro all'interno dello stato, con una autonomia relativa delle istituzioni. E dunque il diritto funziona appoggiandosi su una mitologia e si compie una grande narrazione per dimostrare la sua indipendenza. Un esempio francese di ciò è fornito dal fatto che la procura è nominata dal ministero e riceve direttive dal ministero. E se si discute anche se un procuratore francese sia veramente un magistrato, è però il procuratore a poter decidere di promuovere o no l'azione, a poter fermare la citazione e una tale decisione, quando tocca delitti di uomini politici, è una decisione indubbiamente politica.

Ricordiamo che nel diritto penale francese un giudice non si adisce direttamente, ma tramite una richiesta di un terzo: il giudice deve essere investito dalla procura, oppure a seguito della promozione di un'azione penale, con costituzione di

5 A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, Paris 1981, libro incompiuto.

parte civile. Così si spiega che nella maggior parte delle questioni di ordine politico non è la procura, dipendente del ministero, ad adire il giudice, ma un'associazione che si costituisce parte civile. Tale procedura presuppone la vita politica degli associazioni, la loro capacità nel sollevare le questioni davanti alla corte. Un'eccezione sono le questioni concernenti ad esempio le leggi finanziarie ed altre, ove è prevista ormai una procura speciale.

La separazione dei poteri diventa così un ideale mai raggiunto, il mito che permette alla giustizia di funzionare, di presentarsi come un vero terzo indipendente da tutti gli interessi particolari della società, cosa impossibile se la giustizia si immergesse nell'agone politico proveniente dall'apparato governativo. Questo non significa che la separazione non abbia alcun valore, ma che è sempre fragile, relativa ed in pericolo, minacciata, come ben si può vedere oggi.

Una conseguenza catastrofica è però ravvisabile: se la giustizia non si stacca totalmente dallo stato, come distinguere un vero processo da un processo meramente politico? Una risposta v'è: fu data da Robespierre, il quale era avvocato, dunque giurista. Nel suo discorso del 3 dicembre 1792, egli sostenne che il processo di re Luigi XVI non fosse un vero processo, ma un atto meramente politico: “ Voi non dovete pronunciare una sentenza *per o contro* un uomo, ma operare una misura di salvezza nazionale ” ed ancora: “ Infatti, se Luigi può ancora essere oggetto di un processo, Luigi può venire assolto. Può essere innocente. Che dico? È presunto esserlo fino alla sentenza. Se però Luigi può essere presunto innocente, cosa diventa la rivoluzione? Non è ancora incerta e dubbiosa<sup>6</sup>?” L'atto politico non giudica un uomo in nome della giustizia, di una legge, ma giudica la giustizia, le leggi, la monarchia stessa in nome della rivoluzione<sup>7</sup>.

Questo processo di una giustizia in nome di un'altra, però, statuisce l'intero corso del diritto stesso: la ragione del diritto si definisce sempre in relazione alla disputa sulle norme di giustizia e il diritto deve decidere in modo continuo a proposito di questa controversia. Talvolta è il legislatore a decidere, talvolta il giudice nella giurisprudenza. Il posto del terzo rappresenta infatti un processo mai compiuto nel bilanciare tendenze opposte. E la risposta che fornisce è politica nel senso esteso di una guida della società. Il diritto respinge o riconosce alcune tendenze sociali. Prende parte, diviene parte nel senso che giudica una giustizia nel nome di un'altra.

## 2. Diritto e ideologia politica

La legge, si dice, è uguale per tutti. Certo, ma chi sono gli uguali? La legge è uguale per tutti gli uguali! Il mio primo esempio sarà il famoso cosiddetto *arrêt*

6 M. Robespierre, *Sur le parti à prendre à l'égard de Louis XVI. Conventio. Séance du 3 Décembre 1792*, in *Oeuvres*, ed. A. Vermorel, F. Coumol, 1887, p. 244.

7 I processi di Norimberga non sono veri processi, ma, si potrebbe dire, “provvedimenti internazionali”. Lascio da parte l'esame della terzietà nel diritto internazionale, ancora più problematica che quella nel diritto interno.

*Popelin*<sup>8</sup>, la decisione della Corte d'Appello belga del 1888, che vietò a una donna di diventare avvocato. Alcuni anni dopo, la corte d'Appello di Parigi ha giudicato un caso simile a quello belga in modo simile. Marie Popelin possedeva tutti i titoli necessari della facoltà di diritto, ma quando volle iscriversi al foro, la domanda fu respinta. La Popelin si oppose e la corte d'appello respinse la sua domanda, allorché non v'era norma che proibisse a una donna di essere avvocato. Uno dei problemi posti era che un avvocato poteva supplire a un giudice se necessario, dunque almeno provvisoriamente diventare magistrato.

Dal momento che non v'era una norma, la corte sondò l'intenzione del legislatore, dunque di Napoleone, perché la giustizia belga era allora organizzata in base alle leggi napoleoniche. E conoscendo il disprezzo di Napoleone per le donne, si può ben comprendere come il caso Popelin risultasse disperato. Quando le leggi di Napoleone dicono "uomo", è chiaro che bisogna capire "maschio", come affermò la Corte, e non essere umano in senso universale. E la Corte sostenne l'argomento della debolezza naturale della donna e della sua funzione naturale e sociale: essere madre ed educare i bambini. Dopo Napoleone, si era però verificato un fatto nuovo, sottolineato dall'avvocato della Popelin nel giudizio: le donne avevano ottenuto l'accesso agli studi universitari, dunque la loro situazione sociale era cambiata.

Per leggere questo cambiamento, la corte invoca un decreto di Napoleone che si pone come fine di garantire "la libertà e la nobiltà del mestiere di avvocato, ponendo i limiti che devono separarlo dalla licenza e dall'insubordinazione". Certamente, l'ammettere le donne al foro significherebbe sottrarle all'evidente subordinazione che le definisce. Come è evidente che, una volta ammesse, le donne si abbandonerebbero alla peggiore licenza sessuale. La Corte va ancora oltre nell'argomentare che se il legislatore non ha detto che la donna non può essere avvocato, è perché "questa disposizione sarebbe sembrata talmente strana da risultare superflua". Dunque la corte, nella sua saggezza, considera che un'idea così assurda come il dare la carica di avvocato a una donna non può neanche venire alla mente del legislatore, né a una persona di mente sana. Per la Corte una donna avvocato è un cerchio quadrato. Gli argomenti fanno appello al verosimile e all'autorità del senso comune, nei fatti a una mitologia sulla donna. La Corte scivola nel suo argomentare dalla natura ai ruoli sociali, in un grande gioco di corrispondenze. Qui si vede una intera retorica che crolla, perché opponeva l'universalità del diritto alla definizione specifica del suo campo. Crolla, però, in seguito a un combattimento politico: Marie Popelin è una delle creatrici della lega belga per i diritti della donna.

Secondo esempio. Tutti conoscono il famoso caso *Plessy contro Ferguson* della Corte Suprema degli Stati Uniti, e la sua conclusione nel 1896, a proposito di posti

8 Sul caso Popelin, le fonti disponibili, e i tipi di analisi usati, si può consultare: Françoise de Bueger-Van Lierde: "A l'origine du mouvement féministe en Belgique. L'affaire Popelin" in *Revue belge de philologie et d'histoire*, 1972 n. 4, pp. 1128-1137, e Maxime de Brogniez, "Le fabuleux destin de Marie Popelin et de Jeanne Chauvin", Strada lex, sul sito dell'università di Liège, <https://orbi.ulg.ac.be>, consultato il 18 luglio 2018.

separati nei trasporti pubblici separati tra bianchi e neri: possiamo essere uguali ma separati, frase poi mutata in separati ma uguali<sup>9</sup>. Lo stato era autorizzato a fornire servizi, strutture pubbliche o private, separati, sulla carta di uguale qualità, senza contravvenire all'uguale tutela dei diritti verso tutti i cittadini. La stessa Corte nel 1954 concluse in modo opposto a proposito dell'istruzione: "Siamo giunti alla conclusione che, nei confronti dell'istruzione pubblica, la dottrina "separati ma uguali" non ha ragion d'essere. Strutture educative segregate sono intrinsecamente diseguali". L'eguaglianza formale dei diritti non bastava più: occorreva passare all'eguaglianza d'accesso, eguaglianza anche nella circolazione sociale. In questa pronuncia giurisprudenziale muta la definizione stessa dell'eguaglianza.

### 3. Il diritto naturale come finzione fantastica

La ragione del diritto è una ragione limitata in due sensi della parola: è legata dalle condizioni dell'esercizio del diritto ed è una ragione formalmente limitata, mai totalmente coerente, mai capace di giustificarsi totalmente. E dunque la ragione giuridica dondola fra i modi di concepire, di tradurre le situazioni sociali e i modi di razionalizzare il diritto, di organizzarlo, i quali sono anche modi di integrare i fatti sociali nel diritto. Per esempio: i diritti sociali devono essere trattati dalla legge o dalla negoziazione?

Così il terzo giuridico vacilla fra la simbolica sociale e la razionalizzazione, e le due non coincidono mai.

Qui c'è ancora una storia francese cui riferirsi. Come è noto, il codice civile francese definisce la proprietà come diritto di usare e di cedere, dunque una definizione meramente funzionale, senza riferimento al diritto naturale. Non è difficile capire perché: la rivoluzione francese ha spogliato la chiesa dei beni senza fornire corrispettivo. Dunque è difficile fondare storicamente l'istituto della proprietà su un diritto inviolabile.

Purtroppo, però, il diritto francese non poteva fare a meno del ricorso al diritto naturale nel suo argomentare e questo si vede bene nella decisione del Consiglio Costituzionale francese del gennaio 1982 sulle nazionalizzazioni di François Mitterand<sup>10</sup>. Perché, se la definizione della proprietà è meramente funzionale, il problema della società diviene allora come fare funzionare al meglio la proprietà, sia privata, statale, o pubblica, ma non statale. E il Consiglio con la sua decisione non può negare il diritto dello stato a cercare soluzioni funzionali, però intende limitare il ricorrere alla proprietà pubblica, dunque deve difendere la proprietà privata dei mezzi di produzione. Allora il Consiglio nel suo argomentare trova lo stratagemma

9 Su questo famoso caso, l'analisi classica di Ronald Dworkin, *L'impero del diritto*, Il sagggiatore, Milano 1989, mi sembra sempre di grande importanza.

10 Le decisioni del Consiglio sono disponibili in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2016.

di subordinare l'uso funzionale della proprietà al diritto naturale, proclamato principio fondamentale come diritto naturale e imprescrittibile.

Il problema di questa soluzione è che si tratta di una palese finzione storica: alla fine della guerra, l'industria automobilistica Renault venne statalizzata a titolo di conseguenza (punitiva) per la precedente collaborazione coi nazisti, allorché la costituzione del 1946 considerava la proprietà privata come principio del diritto francese.

Il Consiglio dunque invoca la dichiarazione del 1789 per asserire che le nazionalizzazioni sono lecite “ dal momento che non è accertato che i trasferimenti di beni ed imprese attualmente compiuti restringono il campo della proprietà privata e della libertà d'impresa a tal punto da ignorare le disposizioni della dichiarazione del 1789”. Nella dichiarazione, tuttavia, la libertà d'impresa non viene menzionata, si fa riferimento solo alla proprietà come inviolabile e sacra. Il consiglio senza dubbio sovrappone le due libertà, affermando così che i principi della dichiarazione hanno pieno valore costituzionale: il che si può comprendere, perché nel diritto francese non ci sono principi al di sopra della costituzione, la quale è la norma suprema.

Dunque è chiaro che la Francia non può cambiare il suo regime economico senza cambiare costituzione. Ma perché no? Non si tratta di una questione giuridica, ma di calcolo economico o di opportunità politica, forse etica. Si può discutere se sia buono, opportuno, cambiare il regime economico, ma se la volontà del popolo fosse quella di cambiare in una sola volta la costituzione e il regime economico, cosa potrebbe dire il Consiglio?

Per difendere la proprietà privata dei mezzi di produzione, il consiglio aggiunge che preservare il diritto di proprietà “ costituisce uno dei fini della società politica”. Non dice: un fine della società capitalistica, in quanto sarebbe una tautologia. Dunque questo fine diviene proprio di ogni società politica, un principio che determina ogni vera costituzione. Il principio diventa un fine posto al di là della storia e di ogni politica concreta. Per dirlo in modo più chiaro: un principio sopra la costituzione, una tradizione come gli emendamenti della costituzione americana, ma che limita il potere democratico, l'azione politica del popolo.

Il diritto di proprietà diventa così un romanzo, una narrativa giuridica e ideologica della proprietà e della società. Una finzione fantastica, una mitologia per fare funzionare la giustificazione propria del diritto. E il consiglio costruisce così il posto del terzo, la funzione di arbitro del diritto attraverso questa mitologia politica. Il funzionale non lo si può considerare al di fuori dei rapporti di forze, di dominazione sociale. E quando il diritto regola le funzioni sociali, risolve, o almeno tenta di risolvere, la questione dei rapporti di forza, strutturandoli come organizzazione del diritto.

#### 4. L'articolazione interna del diritto come struttura politica

Il diritto maneggia i propri diversi strati, i differenti livelli di norme ed anche i diversi modi di creare norme. E cambiare questi modi di organizzare il diritto significa anche mutare i rapporti di dominazione nella società.

In Francia, nel novecento, la protezione del lavoro dipendente era compiuta dal diritto sociale, strutturato dal cosiddetto principio di favore. In questa logica, di fronte a diverse norme, la norma valida è quella più favorevole al lavoratore. Se la legge non statuisce in materia, l'impresa non può fare a meno del contratto nazionale di lavoro. La norma più universale domina: il contratto nazionale di lavoro ha la precedenza sugli accordi di settore e questi sugli accordi aziendali. Quest'organizzazione rendeva possibile unificare le condizioni sociali del lavoro. Funzionava come una scala diretta verso l'alto.

Ormai, dopo la cosiddetta riforma Macron del diritto del lavoro del 2017, la situazione è assai più complicata. La legge definisce un ambito nel quale i contratti di settore prevalgono. La maggior parte dei temi già disciplinati da accordi settoriali (gerarchie dei salari minimi, classificazioni, ecc.), sono elencati in questo ambito, al quale deve ora essere aggiunta la gestione dei fondi per la formazione professionale.

V'è un secondo blocco di questioni, facoltativo, in cui il contratto settoriale può restare muto e lasciare la soluzione all'accordo aziendale. Anche se facoltativo, si tratta di un blocco di primaria importanza per il lavoratore, in cui il fatto che non sia la legge, o almeno il contratto nazionale, a decidere ha conseguenze terribili, perché il padronato non ha certo interesse alla negoziazione collettiva: si tratta di ambiti attinenti la salute del lavoratore, quale la prevenzione degli effetti dell'esposizione a fattori di rischio professionale, l'integrazione professionale e il mantenimento di posti di lavoro di persone disabili, i premi per lavori pericolosi o malsani.

Il terzo blocco è definito per difetto: in qualsiasi ambito non appartenente al primo o al secondo blocco, il contratto aziendale ha la precedenza sulle clausole dell'accordo settoriale che ha lo stesso scopo. Per esempio, è teoricamente possibile mettere in discussione, con un accordo aziendale, l'ammontare di "un bonus festivo di origine convenzionale, o addirittura rimuoverlo (sostituendolo con qualcos'altro, anche senza compensazione), a condizione, naturalmente, che i sindacati acconsentano a firmare un simile accordo. Soprattutto, però, questa inversione delle norme riguarda la durata dell'orario lavorativo, la parte essenziale della vita del lavoratore.

Tre temi principali si possono individuare a questo proposito: il passaggio della legge alla negoziazione, anche di settore; la posizione del caso al posto dell'universale e l'inversione delle norme, che impedisce di concentrare unitariamente le rivendicazioni sindacali.

L'altro modo di eliminare il diritto sociale è piegarlo all'opera della giurisprudenza. In Francia questo lavoro è svolto con profitto dalla Corte di Cassazione.

Dunque possiamo sostenere che l'assetto normativo finale naviga e cambia colla giurisprudenza, di cui si può verificare il ruolo in questo processo: la Corte di Cassazione francese per esempio, con una decisione del 3 maggio 2003, prevede che il menzionare il luogo di lavoro nel contratto di lavoro ha solo un valore informativo, salva stipulazione esplicita che il lavoro si svolgerà nel luogo indicato. Una decisione del 22 gennaio 2003 indica poi che il trasferimento imposto al lavoratore fuori dall'area geografica ove lavora non costituisce una modifica del contratto di lavoro, ma solo un cambiamento delle condizioni di lavoro, dal

momento che è giustificato dall'interesse dell'impresa. Dunque potremmo sintetizzare in modo un poco sbrigativo che il lavoratore deve accettare qualsiasi trasferimento e il potere dell'impresa è discrezionale. Si tratta certo di decisioni che sono funzionali all'operare entro un'economia internazionale, ma tutte le difese del lavoratore contro il carattere discrezionale delle scelte del centro direzionale dell'impresa sono di fatto cancellate.

Questo movimento si è sviluppato anche a livello europeo: è la Corte Europea di Giustizia a definire la norma, o piuttosto l'assenza di norma, in tema di diritti sociali: prevedendo il diritto di un'impresa di retribuire nel paese ove si svolge la prestazione lavorativa con la retribuzione del paese di origine, e ancora la possibilità di non applicare i contratti collettivi del paese ove l'impresa lavora (si tratta della nota sentenza *Rüffert* in tema di lavori pubblici in Sassonia inferiore)<sup>11</sup>.

Dal momento che, nel diritto sociale, l'universale viene ormai così sacrificato a vantaggio del casistico, la legge diviene la mera organizzazione procedurale del casistico e il vero contenuto del diritto è quindi definito dalla giurisprudenza. L'individuazione e l'organizzazione del casistico intendono così statuire che il lavoratore si definisce solo per la sua flessibilità e non è altra cosa che una variabile dipendente del sistema economico. La giurisprudenza opera qui la frantumazione delle forze sociali, la negazione della resistenza dei subalterni. Vivere non è più un movimento autonomo, come voluto dal pensiero filosofico classico, ma si riduce alla dipendenza dal funzionamento del mercato. Lo stato attuale della mobilità e della flessibilità come valori sociali si rivela dunque una torsione volta a piegare i lavoratori sotto di esse.

Tutto ciò sembra dimostrare come il contratto di lavoro sia in sé vuoto, se non ci sono limiti alle pratiche che Marx avrebbe chiamato di sussunzione del lavoratore al capitale, perché sono queste nelle quali è in gioco la dignità dello stesso. Nel sedicente stato sociale di oggi, il disoccupato deve dare la prova che è in stato di difficoltà e che merita l'aiuto. Non c'è più alcuna reciprocità tra diritto e dovere, perché l'aiuto diventa un baratto individuale. All'idea che il lavoratore ha diritti si sostituisce quella che è una funzione. La colpa viene prima, i diritti dopo. È la fine dell'idea della rivoluzione francese, per la quale la società era debitrice nei con-

11 Si tratta del caso di una società polacca, cui erano stati affidati lavori di costruzione di un penitenziario in Germania da un'azienda tedesca vincitrice di una gara pubblica, condannata penalmente per il mancato rispetto dei livelli minimi sindacali tedeschi (la retribuzione era pari a meno della metà di un lavoratore tedesco). La Corte di Giustizia ha ritenuto che la retribuzione al ribasso fosse funzionale al diritto dell'impresa alla libera prestazione di servizi, sfruttando il testo del par. 8 dell'art. 3 della direttiva 96/71/CE, prescrivente che, in mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale dei contratti collettivi, è riservata agli stati membri la scelta di ritenerli tali, purché la loro applicazioni assicurino alle imprese straniere una parità di trattamento rispetto alle imprese locali, il che nel linguaggio della Corte rispetto al caso significherebbe non impedire che i lavoratori polacchi possano trovare lavoro in Germania (sollevando però il dubbio su quale sia il valore da attribuire ancora alla soglia di protezione del salario minimo). Si veda L. Patruno, *Il caso Rüffert: la Corte di Giustizia CE fa un altro passo avanti nella 'via giudiziaria' al dumping sociale*, in *Il Costituzionalismo, it*, 2008, <http://www.constituzionalismo.it/articoli/273/>, consultato il 19 agosto 2018 (ndr).

fronti degli indigenti. Il diritto soggettivo non è più diritto, perché si subordina al costo. Senza diritti sociali per una delle parti, non c'è più, però, terzo.

## 5. Il diritto come controversia giuridica

E da molto tempo e da lontano riconosciuto come il diritto sia controversia. Per rendere la mia causa indifendibile, cito il Marx del *Capitale*, opponendo il diritto soggettivo del capitalista a utilizzare la merce che ha acquistato, al diritto del lavoratore di limitare questo uso per poterlo rinnovare, che conclude, a proposito della giornata di lavoro: “C'è dunque qui un'antinomia, diritto contro diritto, tutti e due portanti il sigillo della legge che regola lo scambio delle merci. Tra due diritti uguali cosa decide? La forza”<sup>12</sup>.

Qui il terzo sembra venire meno, perché il capitalista e il lavoratore secondo Marx non parlano neanche la stessa lingua. Ciò che il capitalista chiama valorizzazione, il lavoratore lo chiama sfruttamento. Non ci sono più principi per risolvere e troncane la controversia. Questa impossibilità nel trovare un linguaggio comune si vede anche in casi come il diritto alla vita. Perché non ha lo stesso significato per esempio per un prete cattolico, che considera l'aborto come proibito e un delitto contro una vita sacra e per un miscredente, per cui la vera vita è la vita attuale della donna, che vede l'embrione come una persona solo potenziale.

Il posto del terzo è qui un luogo vuoto, luogo di politica, di antagonismi. Il che non significa che il diritto debba essere distrutto. Anche Marx, che descrive la società comunista nella *Critica del programma di Gotha*, come posta al di là del diritto e delle giustizia, fa appello a forme diverse di normatività quando fa appello, nel *Capitale*, ad una *magna carta* del lavoro<sup>13</sup> per sostituirla al diritto naturale. E la *Critica* stessa oppone implicitamente l'equità alla giustizia, rievocando una fonte aristotelica. L'esempio di Marx, quello di una famiglia che ha più bambini, dunque più bisogni, non è assente dai meccanismi di redistribuzione sociale, come gli assegni familiari. Anche Marx dunque, in sintesi, rivendica la trasformazione delle norme piuttosto che la loro soppressione. Nell'URSS, l'assenza di concezione del diritto e della giustizia significava il trionfo della violenza politica e di una morale nei fatti reazionaria.

Certo, la critica del diritto è del tutto legittima. Ho provato a criticare il Consiglio Costituzionale francese, che non è certamente indipendente della politica. È popolato da ex ministri, onorevoli, eretti a cosiddetti “savi”. Al Consiglio spetta fermare la deriva del diritto francese e dell'azione pubblica verso la xenofobia di una parte della popolazione a proposito degli migranti<sup>14</sup>. Egli ha fornito valore

12 *Il Capitale*, Marx Engels Werke, Dietz Verlag, Berlin, 1970, T.23, p. 249.

13 *Ibid.*, p. 320.

14 In una decisione totalmente inaspettata del 6 Luglio 2018, il governo francese provava a tornare al principio dell'Ottocento: i cittadini appartengono alla competenza della giustizia, i forestieri (migranti) alla competenza della polizia, vale a dire ai procedimenti amministrativi. Dunque provava a ritenere che anche il dare consigli giuridici, o il tentare di fare rispettare gli

costituzionale all'azione umanitaria, rendendo costituzionale il principio di fraternità contenuto nel motto della repubblica: *Liberté Egalité Fraternité*. Il Consiglio ha depenalizzato l'azione umanitaria, distinguendola dell'azione criminale dei traghettatori compiuta per lucro<sup>15</sup>.

Si vede qui un secondo uso retorico: creare distinzioni per separare le condotte sociali da quelle asociali e definire così la società. Se il diritto costruisce definizioni operative, lo fa anche basandosi su finzioni operative. Nessuno ha mai pranzato con una persona giuridica, diceva il giurista francese Léon Duguit. La personalità giuridica è però una costruzione operativa che permette di trattare un agente collettivo come un soggetto: pone un'analogia tra il soggetto individuale e la propria azione e l'agente collettivo e la sua azione. L'analogia cessa di essere una grande narrativa, per diventare creatrice. Ogni impresa, ogni organizzazione, suppone una catena di responsabilità che la rende responsabile in caso di corruzione o di inquinamento. La persona giuridica è la maschera dell'organizzazione, che mette in luce il fatto che un'organizzazione non si riduce a una somma di individui. La finzione operativa si distingue della finzione meramente giustificatrice.

Certo il posto del terzo è un luogo vuoto. Appartiene però alla nobiltà e alla debolezza del diritto il mantenere questo luogo inaccessibile.

diritti dei migranti e gli accordi internazionali firmati dalla Francia, fossero tentativi di ostacolare l'azione amministrativa dello stato. Il Consiglio ha vietato queste deviazioni.

15 Un aspetto della decisione non sufficientemente preso in considerazione riguarda le ragioni della condanna dell'azione umanitaria. Un contadino è stato condannato a quattro mesi condizionali di carcere perché la Corte ha sospettato che traesse una contropartita militante dalla sua azione, vale a dire che non fosse disinteressato. Tale ragione ha trasformato il suo processo in un processo direttamente politico. Non è più possibile ora invocare tale motivo.