

## CONSENSO E LIBERTÀ

Di Muriel Fabre-Magnan

| 369

ABSTRACT. Il contributo descrive criticamente il rapporto che intercorre tra libertà e consenso. The paper critically depicts the connection between freedom and consent.

La libertà è onnipresente nei dibattiti di oggi. Tutti vogliono essere dalla sua parte, e invocarla è spesso coronato da successo. È così che l'ultraliberista e nazionalista Javier Milei è stato eletto in Argentina lo scorso novembre con lo slogan: “La libertad avanza”!

Lo scopo del mio ultimo libro<sup>1</sup> era quello di spiegare alcuni degli attuali malintesi che circondano la nozione di libertà e di mostrare come questi malintesi portino in realtà a un'inversione della libertà. Mi concentrerò qui su alcune tesi che riguardano più specificamente il tema del consenso.

Uno degli obiettivi principali era quello di criticare l'idea che la libertà sarebbe sempre dalla parte del consenso.

La nozione di libertà ha interessato i più grandi filosofi, che hanno tutti dimostrato la complessità della sua definizione. I dibattiti contemporanei, tuttavia, si accontentano spesso di una definizione particolarmente povera, in cui la libertà viene concepita come il diritto di fare ciò che si vuole o ancora come la semplice non ingerenza dello Stato.

Senza nemmeno tentare di riassumere le diverse concezioni filosofiche della libertà, vale la pena ricordare le classiche distinzioni proposte dal grande filosofo Isaiah Berlin, perché aiutano a ordinare i diversi significati giuridici del concetto di libertà e a mostrarne l'evoluzione.

Nel suo famoso saggio del 1958 su “Le due concezioni della libertà”, il filosofo distingue tra libertà negativa e positiva. La libertà negativa è quella che garantisce all'agente una sfera di non interferenza; è la libertà come assenza di vincoli esterni. In questa sfera protetta, la libertà positiva permette all'agente di essere padrone di sé stesso e di autodeterminarsi, in altre parole di scegliere la vita che vuole condurre.

Qualcosa di questa distinzione si può vedere nell'evoluzione del significato giuridico di libertà.

Inizialmente, la libertà era un diritto alla sicurezza, come nella *Magna Charta* (il cui titolo completo era *Magna Charta Libertatum*) del 1215 o nell'*Habeas corpus* del 1679, ossia il diritto di non essere imprigionati senza un giusto e preventivo processo davanti a un giudice. Nella Convenzione europea dei diritti umani del 1950, la libertà è ancora indicata come diritto alla sicurezza.

<sup>1</sup> *L'institution de la liberté*, Presses Universitaires de France, seconda edizione, Quadrige, 2023.

Poi c'erano le libertà al plurale, che sono libertà positive ma specifiche, come si vede nelle grandi dichiarazioni dei diritti del diciottesimo secolo, che sancivano la libertà di agire (o non agire) in un determinato ambito come la libertà di espressione o la libertà di religione.

Negli ultimi vent'anni circa, abbiamo assistito all'emergere in Europa (influenzata dagli Stati Uniti, la cui storia ho brevemente delineato nel libro) di un terzo significato molto generale del concetto giuridico di libertà, la libertà come autonomia personale, che è ancora una libertà positiva nel senso di Berlin, ma questa volta una libertà positiva generale.

Nella famosa sentenza *Pretty contro Regno Unito* del 2002, un caso che riguardava la questione del suicidio assistito, la Corte europea ha dedotto per la prima volta dall'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti umani (diritto al rispetto della vita privata e familiare) il diritto all'"autonomia personale".

La lingua inglese, che contiene due parole diverse per indicare la libertà (*freedom* e *liberty*), è una buona illustrazione di questa evoluzione. Questo è particolarmente chiaro nel diritto canadese, che si esprime sia in francese che in inglese. La Carta canadese dei diritti e delle libertà, entrata in vigore nel 1982, fa riferimento alle "freedom", che sono libertà positive specifiche come la libertà di pensiero, di coscienza o di religione, e alla "liberty", che tradizionalmente si riferiva alla sicurezza, ma che successivamente è stata interpretata dalla Corte Suprema canadese come implicante anche un diritto positivo all'autonomia personale.

Per la Corte europea, il criterio della libertà come autonomia personale è la libera scelta dell'individuo. Nella causa *K.A. e A.D. contro il Belgio* del 2005 (una sentenza per molti aspetti problematica, emessa in un caso di sadomasochismo), la Corte ha affermato che il concetto di autonomia personale include, cito, "la capacità di ogni persona di condurre la propria vita come meglio crede".

Questo caso è altamente rivelatore di due sviluppi seguenti. Da un lato, si suppone che la scelta della persona si esprima attraverso il suo consenso, dall'altro, questa scelta, e quindi questo consenso, diventa l'unico criterio di legittimità degli atti. Quando la persona acconsente a qualcosa, non sarebbe più possibile vietarla senza dare prova di un paternalismo superato. E la Corte europea aggiunge in questa sentenza che nell'ambito delle pratiche sessuali il diritto penale stesso non si applica più in caso di consenso della vittima ("il diritto penale non può, in linea di principio, intervenire nell'ambito delle pratiche sessuali consensuali, che sono una questione di libera scelta individuale"). Ciascuno sarebbe libero di fare tutte le scelte per sé stesso, compreso quello di perdere la propria libertà.

Questa identificazione della libertà con il consenso contiene molte illusioni e inganni. Mi limiterò a elencarli.

In primo luogo, il consenso non è il modo naturale di esercitare la libertà. La libertà implica la capacità di agire o non agire e di cambiare idea se si vuole. Se dico che ho acconsentito ad andare da qualche parte, o che ho acconsentito a tenere una conferenza oggi, c'è dietro un'idea di rassegnazione piuttosto che di affermazione.



Quindi la libertà non è sempre dalla parte del consenso, e lo è ancora meno dalla parte del contratto a cui il consenso spesso si riferisce.

I giuristi sanno bene che il contratto non libera, ma obbliga. È l'espressione di un atto primario di libertà, ma libertà di impegnarsi e obbligarsi a fare qualcosa, anche se non si vuole più farlo il giorno dell'esecuzione.

Il modello del contratto permea l'immaginario e le rappresentazioni dei teorici di oggi. Si dice che le società pluraliste siano società contrattuali, in cui la norma è concordata dai cittadini. Questa visione porta a una contrattualizzazione delle relazioni umani individuali, come vediamo ad esempio nell'ambito delle relazioni sessuali.

C'è però un'enorme differenza tra il contratto di Rousseau, atto fondante della società e dell'idea di bene comune, e il contratto di alcuni pensatori ultraliberisti, concepito come modello unico e insuperabile per tutte le relazioni umane.

È questa seconda concezione che oggi costituisce il paradigma dominante. Quella che porta Hayek, ad esempio, ad affermare che la "catallassi", l'ordine spontaneo prodotto dal mercato, che solo può portare a una società libera, presuppone, cito testualmente, "la decisione di affidarsi a contratti volontari tra gli individui, e di considerarli come il principale strumento di organizzazione delle relazioni interpersonali".

Soprattutto, la storia della libertà contrattuale dimostra che è andata di pari passo con l'ascesa del liberalismo e che ora è stato promosso di nuovo con l'emergere dell'ultraliberalismo.

Vale la pena di leggere in particolare il capolavoro di Patrick Atiyah (*Rise and fall of freedom of contract*). In quello che è senza dubbio il libro più famoso sull'argomento, il grande giurista ha analizzato l'ascesa e il declino del principio della libertà contrattuale.

La sua nascita è legata alla proprietà, sotto l'influenza delle idee di Hobbes e Locke. Il periodo tra il 1870 e il 1970, invece, segna il suo graduale declino, inaugurato dalle prime importanti legislazioni sociali e dei consumatori. La storia americana illustra particolarmente bene questi movimenti. In quella che oggi viene comunemente chiamata "era Lochner", dal nome di un famoso caso del 1905 (*Lochner vs People of State of New York*), la Corte Suprema degli Stati Uniti utilizzò la nozione di libertà (economica o contrattuale) per invalidare le prime leggi sociali, con un linguaggio che ci ricorda alcuni dei dibattiti di oggi.

La promozione della libertà contrattuale, e in particolare la sua costituzionalizzazione relativamente recente (come nel caso della Francia), segna un'inversione di tendenza e va di pari passo con un'ideologia ultraliberista in cui ognuno è lasciato a sé stesso. La versione aggiornata del libro di Atiyah dovrebbe intitolarsi, dopo *Rise and fall of freedom of contract: Rise again*.

In questo contesto, la finzione del libero consenso confina con la menzogna. Basti pensare alle condizioni di lavoro che alcune persone sono costrette ad accettare, o alla massa di dati personale che accettiamo di fornire su Internet.

Esiste inoltre un mito dell'individuo trasparente, che avrebbe il controllo dei propri pensieri e della propria volontà e che direbbe sempre ciò che vuole. In realtà, non c'è continuità di volontà e oggi ne vediamo chiaramente le

conseguenze in alcuni ambiti (ad esempio, il caso dei transessuali o dell'eutanasia).

Il consenso non può essere in diritto l'unico criterio di legittimità degli atti, se non altro perché è incontrollabile dal punto di vista giuridico. In particolare, quando le persone dicono di essere consenzienti, in democrazia non possiamo mettere in dubbio la loro parola dicendo loro: "Dici di essere consenziente ma in realtà non lo sei" o, come direbbe uno psicanalista, "il tuo consenso è stato determinato da una mancanza o addirittura da un'aggressione in gioventù" (gli esempi sono molti).

Quando una persona dice di acconsentire, il diritto deve dare il consenso per scontato.

Ma allora se il consenso, in una società democratica, deve essere ovviamente una condizione necessaria per la libertà e la libera scelta, non può essere sufficiente. Deve esistere anche un criterio oggettivo relativo agli atti stessi.

Perché altrimenti il consenso viene di fatto interpretato in direzione delle opinioni di ciascuno. Questo è per esempio chiaro quando si tratta del velo. Chi è a favore dice che è sempre una libera scelta e che le donne sono consenzienti, e chi è contrario dice che in realtà il loro consenso è sempre forzato, quando è ovvio che la verità sta nel mezzo.

La tesi principale del libro è che se facciamo del consenso l'unico criterio di legittimità degli atti, la libertà viene stravolta e, paradossalmente, questo capovolgimento avviene proprio in nome della libertà.

Nel caso di K.A. e A.D. sopra citato, la Corte europea dei diritti umani ha infatti aggiunto che "la capacità di condurre la propria vita come si desidera può anche includere la possibilità di impegnarsi in attività che sono percepite come fisicamente o moralmente dannose o pericolose per la propria persona".

Contrariamente a tutto il pensiero filosofico, anche in uno dei pensatori più liberali come Stuart Mill, oggi chiamiamo consenso, e quindi libertà, il fatto di accettare di mettersi a disposizione di altri.

Ma se chiamiamo libertà il diritto di acconsentire alla perdita della propria libertà, allora tutto è potenzialmente capovolto: la libertà non è più uno spazio inviolabile protetto dall'invasione altrui, ma il diritto di acconsentire a questa invasione; non è più la capacità di dominare le proprie passioni, ma il diritto di cedere ad esse; non è più uno strumento di resistenza all'oppressione, ma lo strumento stesso della servitù volontaria.

Come disse il famoso socialista francese Jean Jaurès, "L'homme est-il condamné à ne comprendre la liberté que comme la faculté d'exploiter d'autres hommes?" ("è l'uomo condannato a intendere la libertà solo come capacità di sfruttare altri uomini?").

Per concludere, vorrei fare una breve panoramica sulle diverse culture della libertà, e quindi del consenso.

La libertà è diventata il valore supremo e indiscusso della civilizzazione occidentale. Ma questa supremazia è tutt'altro che universale. In altri tempi e/o luoghi, altri valori l'hanno superata: la gloria, l'onore, la pietà filiale, il coraggio militare, l'armonia del cielo e della terra, la patria, o anche la giu-



stizia. Altre grandi culture non avevano nemmeno una parola per definirla, ad esempio i giapponesi prima dell'epoca Meiji, durante la quale furono tradotti molti concetti occidentali; significativamente, la parola allora usata per indicare la libertà - *jiyu* - significava qualcosa di licenzioso.

In realtà, anche nel mondo occidentale, le culture della libertà sono radicalmente diverse.

La storia angloamericana mostra un intimo legame tra l'idea di libertà e quella di proprietà. Il modello della proprietà sembrava il più assoluto e il più protettivo, ed è per questo che veniva utilizzato per pensare alla libertà individuale. Per estendere il diritto al rispetto della vita privata (*privacy*), i due grandi giuristi Warren e Brandeis utilizzarono la proprietà privata, da sempre concepita come l'esempio paradigmatico di una sfera protetta, cioè nella quale lo Stato non aveva il diritto di penetrare: secondo un famoso adagio derivato da una frase del giudice inglese Sir Edward Coke, "a man's home is his castle" (la casa di un uomo è il suo castello). Ciò che valeva per la proprietà nel senso materiale del termine, secondo i due autori doveva valere a maggior ragione per l'intimità della vita privata.

Nel modello tedesco, la visione dell'uomo libero è piuttosto quella di un membro di una comunità che quindi ha voce in capitolo. Habermas continua questa tradizione, in cui le norme emergono dalla discussione comune.

Tutto questo è molto estraneo alla cultura francese. Nella visione francese, la libertà è legata a un atteggiamento nobile, quello di chi non chiede nulla e non si abbassa davanti agli altri, di chi non si arrende ed è pronto a pagarne il prezzo. L'immaginario francese è quello della favola di La Fontaine, *Il cane e il lupo*, in cui il lupo preferisce rinunciare al cibo piuttosto che vivere, come il cane, legato da un collare. In questa concezione, "la figura della libertà è quella del martire e dell'eroe: colui che non ammette mai la sconfitta, colui che non acconsente mai"; "la libertà è nel 'no'; il consenso è nel 'sì'"<sup>2</sup>.

Anche gli Italiani sono, mi pare, da questa parte come dimostra questa magnifica frase del grande Pasolini, che mi permette di concludere. Pasolini diceva infatti: "I pochi che hanno fatto la storia sono quelli che hanno detto di no".

Cioè, coloro che non hanno acconsentito!

<sup>2</sup> MARIE-ANNE FRISON-ROCHE, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1995, p. 573-574.

