

La discriminazione religiosa nel contratto *

Daniele Maffeis

Sommario: 1. La religione come qualità personale rilevante in materia contrattuale e la discriminazione. 2. La religione nelle recenti leggi antidiscriminatorie. 3. La nascita del diritto contrattuale antidiscriminatorio. 4. Il significato del divieto di discriminazione e l'inesistenza di un divieto di disparità di trattamento. 5. Caratteri generali delle leggi antidiscriminatorie. 6. Qualificazione civilistica dell'atto discriminatorio. 7. Fattispecie rilevanti di discriminazione nelle offerte al pubblico e negli inviti ad offrire. 8. Fattispecie rilevanti di discriminazione nell'esecuzione del contratto. 9. L'adesione a contratti associativi. 10. Il sistema dei rimedi. 11. Conclusioni: effettività e giustificazione politica di un nuovo limite all'autonomia contrattuale.

1. La religione come qualità personale rilevante in materia contrattuale e la discriminazione.

Voci autorevoli in dottrina ammoniscono che al contraente dovrebbe essere vietato di porre in essere discriminazioni fondate sulla razza, l'etnia, la nazionalità o la religione; particolare attenzione è stata dedicata al divieto di una discriminazione fondata su motivi religiosi ed ai limiti che ne deriverebbero all'esercizio dell'autonomia privata¹. Naturalmente il divieto di discriminazione concerne anche la discriminazione c.d. multipla in quanto fondata inscindibilmente su più fattori caratterizzanti la irriducibile specificità della personalità del singolo²: e ciò aumenta significativamente la rilevanza della componente religiosa della discriminazione.

La rilevanza della discriminazione nel contratto richiede chiarimenti preliminari su profili dell'autonomia sovente trascurati nel discorso dei civilisti, eppure centrali nell'ottica dell'autonomia come strumento di manifestazione della personalità.

* Il presente scritto è apparso nella rivista *Il diritto ecclesiastico*, 2006, 1/2, pp. 55-141.

¹ G. CASUSCELLI, voce "Uguaglianza e fattore religioso", in *Digesto IV disc pubbl.*, vol. XV, Torino, 1999, 445.

² In tema S. FREDMAN, *Double Trouble: multiple discrimination in EU law*, in *European Anti-Discrimination Law Review*, Brussels, 2005, 2, 13 ss.

Si tratta di un capitolo tra i più delicati ed attuali³ del più ampio fenomeno del riconoscimento dell'*efficacia diretta dei diritti fondamentali nei rapporti tra privati* che – in materia contrattuale⁴ – costituisce la più rilevante cifra della legislazione comunitaria c.d. *costituzionale*, quale si rinviene nella carta di Nizza⁵.

Il divieto di discriminazione colpisce un fenomeno, attualissimo⁶ ma da sempre radicato nella natura umana⁷, che occorre circoscrivere.

La discriminazione consiste nel trattamento della controparte contrattuale diverso e peggiore rispetto al trattamento che *alla stessa* controparte contrattuale *sarebbe stato riservato* se il consenso del contraente non fosse stato determinato, in via esclusiva, da una qualità personale. Ad es., la discriminazione dell'induista rileva come trattamento peggiore rispetto al trattamento che sarebbe stato riservato alla stessa persona se la fede induista non fosse risultata determinante del consenso del contraente.

La condotta discriminatoria può spiegarsi, alternativamente, con tre diversi modi di influenza, sulla psiche del contraente, delle qualità della controparte, in relazione all'ambiente circostante, riconducibili ad un *preconcetto* del contraente o del quale egli si fa comunque portatore in ragione della diffusione del medesimo nell'ambiente nel quale agisce.

Il preconcetto consiste nel far derivare da una qualità *reale* della controparte, ad es. la nazionalità, una qualità *ipotetica*, ad es. il carattere sgradevole, le cattive abitudini, la scarsa affidabilità, la propensione ad arrecare molestie, l'insolvenza e così via. Si assiste così ad una formazione della volontà esclusivamente basata su un fatto storico non conosciuto. Questo fatto storico – la qualità personale ipotetica della controparte – potrà poi sussistere (quello

³ Osserva B. TROISI, *Profili civilistici del divieto di discriminazione*, ne *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista. Atti del I convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (S.I.S.Di.C.)*, Napoli, 2006, 296 che “grande importanza in ambito comunitario viene oggi attribuita al divieto di discriminazione” come “conferma (...) l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali”.

⁴ Così a proposito del divieto di discriminazione G. ALPA, *I diritti fondamentali e la loro efficacia diretta*, in *Rass.for.*, 2005, 768, 771.

⁵ La carta di Nizza costituisce la Parte III della c.d. Costituzione Europea (art. 81).

⁶ “Tema oggi dominante e di drammatico rilievo” è definito da P. SCHLESINGER, *Mercati, diritto privato, valori*, in *Riv.dir.civ.*, 2004, II, 330 quello del “conflitto tra ipotesi di larga accoglienza per gli immigrati extracomunitari (...) ed i timori che questi fenomeni suscitano nella popolazione per il rischio di impatti pericolosi sulla conservazione pacifica dei tratti tipici della nostra cultura e delle nostre abitudini di vita”.

⁷ M. BUSSANI, *La diversità, il diritto e il discorso pubblico*, in G. Alpa – V. Roppo, *Il diritto privato nella società moderna. Seminario in onore di Stefano Rodotà*, Napoli, 2005, 207 sottolinea che “solo il 10% degli Stati poss(o)no n dirsi etnicamente omogenei” ed “il numero di etnie – 4000 – (è) largamente superiore ai circa 200 Stati membri delle Nazioni Unite”. Osserva incisivamente R. CANESTRARI, *Decisione giudiziaria e verità scientifica. Quaderni della Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 2005, 44 che “la propria esperienza port(a) alla generalizzazione tipo *massima di esperienza*” e “con un'azione del pregiudizio (...) una *simpatia* per il gruppo di appartenenza determina una *antipatia* per il gruppo esterno, una *autoesaltazione* per il gruppo di appartenenza determina un'*eterodenigrazione* per il gruppo esterno (i corsivi sono dell'Autore)”.

svizzero è, effettivamente, una persona precisa in maniera maniacale e, quindi, poco elastica) oppure no (quell'immigrato, in realtà, rispetta perfettamente i costumi diffusi fra i condomini della città di Milano). Se la qualità non sussiste, il contraente agisce in base ad una falsa raffigurazione della realtà, ma il suo rifiuto di contrattare o la scelta di contrattare a condizioni peggiori non sono viziati da *errore*, perché il processo psichico di influenza del preconcetto sulla determinazione volitiva è *consapevole*⁸.

(i) La condotta discriminatoria del contraente può spiegarsi con il *preconcetto del singolo*, al quale *non* corrisponda un preconcetto diffuso. Ad es., Tizio, a differenza dei concittadini, convinti cosmopoliti, odia tutte le persone con la pelle scura, perché è cresciuto fino a trentacinque anni in casa, con la madre, in un paese di provincia abitato soltanto da persone con la pelle bianca.

(ii) Alternativamente, la condotta discriminatoria può spiegarsi con il *preconcetto del singolo*, al quale *corrisponde un preconcetto diffuso e radicato*. Ad es., la maggior parte degli abitanti della capitale odia gli abitanti della prima città industriale del paese e per questo nega loro determinati servizi. Gli abitanti della città odiano gli immigrati, unici colpevoli, secondo il sentimento collettivo, dei più efferati delitti.

(iii) Ma la condotta discriminatoria può spiegarsi anche altrimenti. Essa può spiegarsi con il *preconcetto diffuso e radicato*, al quale il contraente è *estraneo*, ma che il contraente asseconda, al fine di non abbattere il valore del proprio minimercato. Così, Caio rispetta gli zingari, ma non li ammette nel locale, perché ciò allontanerebbe i clienti abituali; chi intende concedere in locazione i dieci appartamenti di cui consiste l'edificio di sua proprietà vuole evitare di deprimere il valore delle altre unità concedendo in locazione un'unità ad una persona che, per le tradizioni dell'area geografica di provenienza, abitualmente non porta le scarpe e che per questo è prevedibile che sarebbe invisita agli altri potenziali conduttori.

Interessano il divieto di discriminazione la seconda e la terza condotta, non la prima, che non impedisce al discriminato di procurarsi da altri il bene o il servizio che gli serve.

Il codice civile disciplina l'attribuzione di rilevanza alle qualità personali della controparte, laddove dispone che il contraente può chiedere l'annullamento del contratto

⁸ Se si trattasse di errore, il contraente non potrebbe impugnare il suo rifiuto di contrattare ma potrebbe impugnare il contratto concluso a condizioni peggiori. Perché costituisce principio generale in materia di vizi del consenso che il carattere vantaggioso del contratto non impedisce al contraente di fare valere un vizio del consenso. Così R. SACCO, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, I, Torino, 2004, 360; G. D'AMICO, "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, 34; P. GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv.dir.civ.*, 2002, I, 248. *Contra* F. LUCARELLI, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, Milano, 1964, 73; M. FRANZONI, *Il recupero all'efficacia del contratto invalido*, ne *L'invalidità degli atti privati*, Padova, 2001, 116.

quando è caduto in errore sulle qualità della persona dell'altro contraente che siano state determinanti del consenso (art. 1429, n. 3 cod.civ.).

In linea di fatto il contraente, al momento della conclusione del contratto, può attribuire rilievo determinante a tutte le “condizioni” della controparte, e così, oltre a connotati *obiettivi e durevoli*, anche a connotati *contingenti, transeunti o casuali*⁹; ad es. il contraente può attribuire rilevanza al fatto che la controparte contrattuale, nella seduta della trattativa, sia sozza, villana, ubriaca, parli a voce alta o tenti di derubarlo¹⁰.

Ma dalla corretta interpretazione della previsione del codice civile – la quale si riferisce alle “qualità” – si ricava che è astrattamente idoneo a condurre all’annullamento del contratto soltanto l’errore che cada su un connotato personale *durevole* ed *obiettivo* – non necessariamente immodificabile o immutabile – della controparte¹¹. La soluzione è analoga a quella presente in Germania ed in Francia ed è invece diversa rispetto a quanto si riscontra tradizionalmente negli ordinamenti di common law, in cui è rilevante il solo errore sull’*identità* della controparte e sono irrilevanti i mistakes relativi a meri attributes. una vecchia sentenza di merito dell’inizio del secolo scorso che aveva attribuito rilevanza alla qualità personale della *nobiltà*, pronunciando l’annullamento del contratto per errore,

⁹ L’art. 1435 cod.civ., ai fini del giudizio sulla rilevanza della violenza che sia stata determinante del consenso, si riferisce, oltre che all’“età” ed al “sesso” – che sono “qualità” della persona dell’altro contraente – alla “condizione”. La “condizione” si distingue dalla qualità, poiché è nozione più ampia, la quale ricomprende non solo le “qualità”, e così i connotati obbiettivi e durevoli, bensì anche i connotati del momento in cui il contraente subisce la violenza (momentanei, o durevoli). Dal che discende che sono rilevanti ai fini del giudizio sulla rilevanza della violenza anche connotati obbiettivi e durevoli *diversi* dall’“età” e dal “sesso”. V. PIETROBON, voce “*Errore (diritto civile)*”, in *Enc.giur. Treccani*, s.d. ma Roma, 1989, 9 definisce la “qualità della persona dell’altro contraente” come “ogni connotato obiettivo, durevole, di essa”. Secondo R. SACCO, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, I, Torino, 2004, 579 “il riferimento alla “condizione” delle persone consente al giudice di tenere conto di ogni e qualsiasi circostanza di fatto idonea a rendere più grave un male, o più impressionante una minaccia, nei confronti di una determinata vittima”. *Adde*, contro le letture ingiustificatamente restrittive della nozione di “condizione” della persona, G. D’AMICO, voce “*Violenza in generale (diritto privato)*”, in *Enc.dir.*, s.d. ma Milano, 1993, 868. In tema anche F. ADDIS, *La sospensione dell’esecuzione: dalla vendita con dilazione di pagamento alla Unsicherheitseinrede*, ne *Le riviste ipertestuali, Obbligazioni e contratti*, estratto gennaio 2006, 12 al richiamo della nota 35.

¹⁰ Fra i connotati non durevoli rientra anche la scorrettezza contrattuale (manifestata nella trattativa o in occasione di un contratto precedente o concluso con altri).

¹¹ La nozione di *fattore di discriminazione* si traduce, nel diritto contrattuale antidiscriminatorio, in quella di *rilevante “qualità personale” della controparte*. Così anche B. TROISI, *Profili civilistici del divieto di discriminazione*, ne *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista. Atti del I convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (S.I.S.Di.C.)*, Napoli, 2006, 297. V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 444; *Id.*, voce “*Errore (diritto civile)*”, in *Enc.giur. Treccani*, s.d. ma Roma, 1989, 9 definisce la “qualità della persona dell’altro contraente” come “ogni connotato obiettivo, durevole, di essa”. Accoglie la terminologia anche C. ROSSELLO, *L’errore nel contratto*, in *Codice civile. Commentario fondato da Piero Schlesinger e diretto da Francesco Donato Busnelli*, Milano, 2004, 135 il quale si riferisce alle “qualità personali rilevanti” come “tutti i connotati (obbiettivi e durevoli) che nel linguaggio comune possono essere considerati come qualità della persona”. Cfr., per il riferimento alle “qualità personali” già nella dottrina comunitaria tedesca della parità di trattamento, P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, già pubblicato in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1959, 1515 ss., ora in P. Rescigno, *Per una biblioteca di diritto privato (la seconda metà del novecento)*, Napoli, 2004, 28.

consistente nella convinzione dell'alienante, rivelatasi falsa, che l'acquirente fosse di nobile casato¹².

Nel nostro ordinamento inoltre opera un principio generale ai sensi del quale il contraente può rifiutare di contrattare se la controparte presenta qualità che espongono a pericolo il contraente o i suoi beni¹³. Per quanto concerne invece la fase dell'esecuzione, il principio opera – nel caso in cui il pericolo reso evidente dalle qualità manifestate dalla controparte sia “evidente”¹⁴ – in forza dell'applicazione analogica della regola prevista dall'art. 1461 cod.civ., la quale senza ragione limita il potere di autotutela del contraente alla modificazione delle sole condizioni “patrimoniali”¹⁵.

Le qualità personali della controparte, *naturali* o *giuridiche*, alle quali il contraente può attribuire rilevanza sono infinite¹⁶: un catalogo non potrebbe mai essere esaustivo¹⁷.

La rilevanza del fenomeno è amplificata dalla diffusione di forme di identità sempre nuove¹⁸, spesso favorita dal progresso tecnico¹⁹. La moltiplicazione delle forme di identità

¹² App. Milano, 18 marzo 1927, in *Mon.trib.*, 1927, 430.

¹³ Così, il contraente può rifiutare l'accesso al ristorante ad un noto avvelenatore di cibi. Osserva M. FRAGALI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, 356 che “l'offerta al pubblico esclude tutti coloro che potrebbero recare agli altri destinatari dell'offerta molestia, ribrezzo o pericolo”.

¹⁴ Il pericolo, ovviamente, deve essere reale, non abitare solo nell'immaginazione del contraente: Cass., 3 dicembre 1993, n. 12011, in *Foro it., Rep. 1993*, voce “Contratto in genere”, n. 477.

¹⁵ Condivisibilmente interpreta estensivamente l'espressione “condizioni patrimoniali” V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 990.

¹⁶ A. GALASSO, *Errore sulla persona, personalità della prestazione e intuitus personae*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1973, 1347.

¹⁷ Osserva A. GALASSO, *Errore sulla persona, personalità della prestazione e intuitus personae*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1973, 1347 come sia decisamente “faticosa” la rassegna dei possibili rilevanti attributi personali che è stata tentata in Francia da F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, 1938, 100 ss. R. SACCO, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, II, Torino, 2004, 102 si chiede se sia “lecito discriminare secondo la professione, il livello di cultura, l'età, la foggia dell'abito, le simpatie politiche, le preferenze confessate in materia di sport e di spettacoli”. G. STOLFI, *Persona umana e norma civile*, in *Riv.dir.civ.*, 1974, I, 507 menziona “censo, sesso, religione, razza, mestiere, professione”. D.U. SANTOSUOSSO, *Il principio di libera trasferibilità delle azioni*, Milano, 1993, 289 nt. 184 dubita che sia lecito discriminare secondo il “colore degli occhi”. Una considerazione analoga a quella formulata nel testo è espressa da B. NASCIBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984, 148 il quale scrive che “L'elenco delle cause di discriminazione (...) non può avere che un valore meramente esemplificativo”. Nella Decisione del Consiglio del 27 novembre 2000 che istituisce un programma d'azione comunitario per combattere le discriminazioni (2001-2006) si legge che “Le diverse forme di discriminazione non sono classificabili per ordine di importanza, essendo tutte egualmente intollerabili” e che “le discriminazioni fondate su motivi diversi possono avere caratteristiche simili e possono essere combattute in modi simili. L'esperienza acquisita in numerosi anni di lotta ad alcuni tipi di discriminazione, inclusa quella fondata sul sesso, può essere utilizzata per combattere altri tipi di discriminazione. Occorre, tuttavia, tener conto delle *caratteristiche specifiche delle varie forme di discriminazione*” (il corsivo è mio).

¹⁸ Sulla nuove forme di identità che caratterizzano il mondo globalizzato, con riferimento ai principi della Costituzione quali quelli di cui all'art. 29, D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv.dir.civ.*, 2005, 142 s.

rende formidabilmente più numerose le occasioni in cui l'altra persona può essere percepita come *diversa* e, pertanto, come controparte contrattuale sgradita.

Vi possono essere qualità personali *non scelte*²⁰, quali sono le caratteristiche genetiche, la famiglia di provenienza, lo status di figlio legittimo, naturale o incestuoso, la nobiltà o un quarto di essa, la lingua, il sesso (che può essere modificato).

Per converso vi possono essere qualità *oggetto di una scelta*, rilevanti proprio in quanto oggetto di una scelta e tra le quali non è possibile una graduatoria fondata sulla meritevolezza delle preferenze dei singoli²¹.

È questo il caso della religione²².

Talune fra le qualità – scelte o non scelte – possono dipendere da fatti che appartengono al passato ed hanno segnato l'identità della persona. Così l'essere evaso da un carcere; l'aver riportato una condanna in sede penale; l'aver commesso delitti; l'aver ripudiato la moglie; l'aver praticato su una o più donne l'infibulazione; l'aver sfruttato il lavoro minorile²³.

Un rilievo centrale assumono i caratteri della persona che si presentano legati ad altre qualità secondo un giudizio di normalità. Così, l'attribuzione di rilevanza esclusiva e determinante a qualità come il colore della pelle, la cittadinanza o la pronuncia della lingua italiana coincide normalmente con l'attribuzione di rilevanza ad *altre* qualità, quali la religione, o l'etnia alle quali normalmente quei caratteri si accompagnano.

¹⁹ Le nuove forme di identità – si pensi al cambiamento di sesso o alla fecondazione eterologa – rappresentano spesso una mera conseguenza materiale del progresso tecnico, che la norma giuridica non controlla, ma al quale si adegua: sul punto N. IRTI – E. SEVERINO, *Le domande del giurista e le risposte del filosofo (un dialogo su diritto e tecnica)*, in *Contr.impr.*, 2000, 665 ss., in part. 672. Si potrà osservare che il riconoscimento di una nuova forma di identità è un gioco a somma zero. Ma dovrà obbiertarsi – nella prospettiva che sola interessa il presente studio – che il riconoscimento di una nuova forma di identità non è *un gioco a somma zero* perché limita la libertà del consociato di rifiutare, insindacabilmente, di contrattare o di contrattare a condizioni peggiori.

²⁰ Sulla distinzione tra qualità *scelte* e *non scelte* l'opera di riferimento, com'è noto, è rappresentata da A.K. SEN, *Inequality Reexamined*, Oxford, 1992 ora *La disuguaglianza. Un riesame critico*, Bologna, 1994.

²¹ P. SCHLESINGER, *Mercati, diritto privato, valori*, in *Riv.dir.civ.*, 2004, II, 329 richiama "l'antica disputa se ai valori vada attribuita una rilevanza oggettiva, indifferente alle preferenze individuali, ovvero una rilevanza soggettiva, condizionata dalle scelte e dalla educazione dei singoli".

²² J. LOCKE, *Lettera sulla tolleranza*, in *Scritti sulla tolleranza*, Torino, 2005, 131 scrive che la chiesa "è una società libera e volontaria. Nessuno nasce membro di una chiesa. Altrimenti ciascuno erediterebbe, insieme alle terre, la religione dei padri e degli antenati, e ciascuno sarebbe debitore della fede ai suoi natali: che è la cosa più assurda che si possa immaginare". Ma si pensi anche alle opinioni politiche, alle motivazioni ispirate da convinzioni etiche, alle scelte in senso lato economiche, alla professione o all'attività di impresa o al mestiere esercitati (il professore di diritto, il pilota, la puericultrice), all'abituale abbigliamento, alle preferenze in ambito sportivo, letterario, alimentare, alla qualità – rivelatrice della condivisione di un particolare scopo ideale – di membro di un'associazione o di altre organizzazione intermedie. Un catalogo (dichiaratamente non esaustivo) in M. BUSSANI, *La diversità, il diritto e il discorso pubblico*, in G. Alpa – V. Roppo, *Il diritto privato nella società moderna. Seminario in onore di Stefano Rodotà*, Napoli, 2005, 209.

²³ Si noti che appare indifferente che la persona evasa sia un eroe (l'evaso dal carcere durante una dittatura) o un delinquente impenitente (colui che è evaso dalle patrie galere ove era rinchiuso per essere stato condannato per gravi delitti).

2. La religione nelle recenti leggi antidiscriminatorie

L'attribuzione di rilevanza alle qualità personali può porre un problema di discriminazione.

Le “leggi antidiscriminatorie”, di recente introduzione nel nostro ordinamento²⁴, dettano un limite *testuale* alla libertà del contraente che si rivolga al pubblico, sia per quanto attiene al momento della trattativa e della conclusione che per quanto riguarda l'esecuzione del contratto²⁵.

²⁴ Le regole contro la discriminazione razziale, etnica, nazionale, religiosa arricchiscono, con misure di *integrazione sociale*, la disciplina giuridica del *mercato*, già caratterizzata dalle regole della concorrenza, dell'informazione, della protezione dei consumatori. P. BARCELLONA, *Il contratto e l'economia globale, in Contratto e lavoro subordinato. Presentazione degli scritti in onore di Renato Scognamiglio*, Padova, 2000, 33 ss. evidenzia che “l'economia globale fa emergere un tendenziale avvicinamento tra la funzione dell'autonomia contrattuale e la funzione della disciplina della concorrenza” e da P. SCHLESINGER, *Mercati, diritto privato, valori*, in *Riv.dir.civ.*, 2004, II, 327 il quale condivisibilmente aderisce alla “tesi nettamente prevalente che assegna al mercato la natura di *locus artificialis* necessariamente conformato dal complesso di regole che in ciascun ordinamento vengono dettate per la sua organizzazione e per delinearne i limiti di liceità” (la tesi è manifestata da N. IRTI, *Persona e mercato*, in *Riv.dir.civ.*, 1995, I, 290). In tema anche gli insegnamenti di P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 2001, 225 ss.; R. SACCO, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, I, Torino, 2004, 18 ss.; U. MATTEI, *Il nuovo diritto europeo dei contratti, tra efficienza ed uguaglianza. Regole dispositive, inderogabili e coercitive*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1999, 611 ss. Osserva F. CRISCUOLO, *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, Napoli, 2003, 122 che si impone “la necessità di disciplinare fenomeni un tempo non così rilevanti socialmente” e ciò accade con “limitazioni esplicite all'autonomia contrattuale (ricinducibili) alle disposizioni di matrice comunitaria” e che “le disposizioni di matrice comunitaria vanno ad arricchire il nostro ordinamento interno, in quanto esse si nutrono dei valori che appartengono al rango più alto delle nostre fonti di produzione. Sembra insomma che le limitazioni esplicite alla libertà contrattuale, che i più riconducono alle disposizioni di matrice comunitaria, siano semplicemente il segno della necessità di disciplinare fenomeni un tempo non così rilevanti socialmente”. Adde G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv.dir.comm.*, 1999, I, 67 ss.

²⁵ Evocano un “limite interno all'autonomia privata” P. MOROZZO DELLA ROCCA – P. COGNINI, *Immigrazione: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Torino, 2005, 252. Il carattere testuale del limite alla libertà contrattuale non richiede di evocare la categoria dottrinale dell’“abuso dell'autonomia contrattuale”; cfr. R. SACCO, *L'abuso del diritto*, in G. Alpa – M. Graziadei – A. Guarneri – U. Mattei – P.G. Monateri – R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco*, Torino, 2001, 318 s. Alla distinzione tra diritto e singoli atti di esercizio sono dedicate le pagine di R. SACCO, *L'abuso del diritto*, in G. Alpa – M. Graziadei – A. Guarneri – U. Mattei – P.G. Monateri – R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco*, Torino, 2001, 281 ss. *Id.*, *Il fatto, l'atto, il negozio*, Torino, 2005, 134 ss. Cfr. già S. PUGLIATTI, voce “Esercizio del diritto”, ora nel volume *Responsabilità civile*, Milano, 1968, II, 151 ss. Afferma condivisibilmente U. BRECCIA, ne *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone*, XIII, 3, Torino, 1999, 200 che “una (...) idea della parità di trattamento” quale quella per cui sussisterebbe “il dovere indiscriminato dei privati di trattare con tutti, una volta che si decidano a farlo, e di offrire a tutti le stesse condizioni (...) escluderebbe il presupposto stesso del problema, poiché negherebbe alla radice uno dei suoi termini: la libertà di scegliersi la controparte e di contribuire alla formazione delle regole di un contratto senza doversi preoccupare di trattare allo stesso modo i possibili aspiranti al contratto”. Per prevenire in via interpretativa l'antinomia (in concreto), i primi commentatori delle leggi antidiscriminatorie hanno incentrato l'indagine esegetica sui rimedi ed hanno escluso che il divieto del rifiuto discriminatorio di contrattare equivalga ad un obbligo di contrattare ed attribuisca pertanto alla controparte contrattuale il rimedio della condanna alla conclusione del contratto o della pronuncia di una sentenza sostitutiva degli effetti del contratto. G. SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale e la sua tutela giurisdizionale*, in *Riv.dir.civ.*, 2001, I, 832 nota 40 afferma che ai sensi dell'art. 44 d.lgs. 286/98 il giudice può pronunciare un'ordinanza che produca gli effetti del contratto non concluso, ma soltanto se sussista un preesistente obbligo di contrattare (la specialità della tutela risiederebbe nella pronuncia di un'ordinanza in un giudizio d'urgenza, invece che di una

Si apre così una importante stagione del contratto, al servizio della libertà e della tolleranza, in particolare religiosa.

L'attribuzione, ad opera del contraente, di rilevanza ad un connotato *durevole* della controparte contrattuale, qual è la religione, è idonea, per limitarsi al singolo, a lederne un diritto della personalità²⁶, mentre, sul piano collettivo, crea odiosi fenomeni di intolleranza.

Beninteso: le leggi antidiscriminatorie contengono l'esplicito riconoscimento che "Ogni persona gode della libertà contrattuale, inclusa la libertà di scegliere un contraente per una transazione" e che "La persona che fornisce beni o servizi può avere vari motivi soggettivi per la scelta del contraente"²⁷.

Ma il principio subisce una limitazione nel caso in cui il contraente metta beni o servizi a disposizione del pubblico, come accade in una società di massa per i più diffusi scambi di mercato²⁸. In questo caso, è fatto divieto al contraente di *rifiutare l'accesso a beni e servizi e*

sentenza all'esito di un giudizio ordinario). M. MANTELLO, *La tutela civile contro le discriminazioni*, in *Riv.dir.civ.*, 2004, I, 452 afferma che "in un sistema come quello vigente, un privato non può essere costretto in via giudiziale a locare o ad alienare a terzi quando non abbia assunto un obbligo in tal senso (arg. ex art. 2932 c.c.)". Secondo M. BARCELLONA, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur.dir.priv.*, 2005, 647 sarebbero "oggi abbastanza improbabili (...) rimedi correttivi (...) del tipo dell'obbligo a contrarre (ad es., per le prassi contrattuali discriminatorie)".

²⁶ Si tratta di un *diritto fondamentale della persona*, fisica o giuridica: C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, 32. Il diritto trova la sua originaria previsione in fonti sopranazionali ed ha un fondamento costituzionale, in particolare come svolgimento della personalità in ambito economico. R. SACCO, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, I, Torino, 2004, 420, nt. 4: "La volontà è manifestazione della personalità". C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, 32: "L'autonomia privata rappresenta ancora un aspetto ineliminabile della libertà della persona, e cioè la libertà negoziale". G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1995, 39: "La libertà contrattuale è (...) strumento di svolgimento della *personalità individuale*". Anche secondo P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile alla luce degli artt. 43, 44 del T.U. sull'immigrazione*, in *Dir.fam.pers.*, 2002, 116 s. "l'art. 2 della Costituzione (...) sicuramente mira a garantire la posizione di colui che, cittadino o straniero, si trovi ad esser in posizione di utente o di contraente nell'ambito di iniziative economiche sia pubbliche che private". Così anche P. BONETTI, *Prime note sulla tutela costituzionale contro il razzismo e la xenofobia*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1994, 65 ss. Appare incerta la posizione di E. PELLECCCHIA, *Scelte contrattuali e informazioni personali*, Torino, 2005, 118 la quale ritiene che il riferimento a "diritti umani e libertà fondamentali" non possa essere considerato senz'altro applicabile alla libertà contrattuale (del soggetto passivo della discriminazione) bensì si limiti ad "esplicita(re) il riferimento assiologico rispetto al quale valutare se vi sia stato o meno un abuso della libertà contrattuale" (da parte del soggetto attivo della discriminazione). A conferma che la discriminazione costituisce un atto illecito perché lesivo, *oltre che* di interessi patrimoniali, anche di interessi *non patrimoniali*, quali sono quelli connessi alla personalità, troviamo nelle leggi antidiscriminatorie la previsione *testuale* della risarcibilità del danno (anche) *non patrimoniale*, pacificamente identificabile anche nel caso di lesioni arrecate a persone giuridiche o comunque a soggetti collettivi.

²⁷ Considerando n. 14 della Direttiva 2004/113/CE.

²⁸ Le leggi antidiscriminatorie non si applicano – in forza di una previsione *testuale* sia del d.lgs. 286/1998 sia della Direttiva 2000/43/CE – al contratto *individualizzato*, e così né alla fase che precede né a quella che segue la conclusione di un contratto concluso a fronte di una proposta, di un invito ad offrire o di qualsiasi invito a manifestare un interesse *individualizzati*. Nello stesso senso F. STORK, *Comments on the Draft of the New German Private Law Anti-Discrimination Act: Implementing Directives 2000/43/EC and 2004/113/EC in German Private Law*, in *German Law Journal*, vo. 6 n. 2, 2005, 539. In Italia il d.lgs. 286/1998 prevede testualmente che la discriminazione riguarda l'accesso a beni e servizi soltanto quando essi sono *offerta al pubblico* (art. 43, comma 1, lett. b) del d.lgs. 286/1998). Quanto al d.lgs. 215/2003, esso non contiene la stessa restrizione dell'ambito di applicazione, ma si tratta di un errore di traduzione della Direttiva, il cui testo è

di *proporre o di predisporre unilateralmente condizioni diverse e più svantaggiose* alla controparte contrattuale in ragione *della razza, dell'etnia, del colore, dell'ascendenza, della religione, della nazionalità o della provenienza geografica*²⁹.

Il d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286³⁰ reca il “Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero”, attuativo dell'art. 10, comma 2 della Costituzione italiana, sul trattamento dello straniero³¹.

Il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215 disciplina il “principio di non discriminazione” per la “razza e l'origine etnica” in attuazione della Direttiva del Consiglio 2000/43/CE facendo salve le disposizioni vigenti sulle condizioni di ingresso e soggiorno³².

riprodotto pedissequamente dal decreto. Invero la Direttiva nella versione italiana recita “accesso a beni e servizi e alla loro fornitura” mentre compare nel testo inglese la previsione “which are available to the public”, nel testo francese “à la disposition du public”, nel testo tedesco “die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen”, nel testo spagnolo “disponibles para el público”. L'opzione legislativa di limitare la disciplina ai “beni e servizi che sono disponibili al pubblico”, già desumibile dal dettato della Direttiva 2000/43/CE, è divenuta particolarmente consapevole nella Direttiva 2004/113/CE, in materia di discriminazione di sesso, in cui la limitazione compare nel considerando n. 13.

²⁹ Ai sensi dell'art. 43 d.lgs.286/1998 “costituisce discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica. In ogni caso compie un atto di discriminazione (...) chiunque imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire beni o servizi offerti al pubblico ad uno straniero soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità”. L'art. 2 del d.lgs. 215/2003 statuisce che “ai fini del presente decreto, per principio di parità di trattamento si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a causa della razza o dell'origine etnica” e che “tale principio comporta che non sia praticata alcuna discriminazione diretta o indiretta”. Peraltro “razza” ed “etnia” non sono termini giuridicamente definiti ed anzi la Direttiva 2000/43/CE si premura di chiarire che “L'Unione europea respinge le teorie che tentano di dimostrare l'esistenza di razze umane distinte. L'uso del termine “razza” nella presente direttiva non implica l'accettazione di siffatte teorie”. Il carattere indefinito si spiega agevolmente, considerato che viviamo – a dispetto di precedenti storici tragici – in un mondo di nazioni, non di razze o di etnie.

Sotto altro profilo, la disciplina riguarda la discriminazione “a causa della razza o dell'origine etnica”: ma l'art. 1 prevede che le misure contro la discriminazione sono disposte “anche in un'ottica che tenga conto del diverso impatto che le stesse forme di discriminazione possono avere su donne e uomini, nonché dell'esistenza di forme di discriminazione a carattere culturale e religioso”. È il fenomeno della c.d. discriminazione multipla per cui – così si esprime la Relazione al d.lgs.215/2003 – “spesso le forme di discriminazione sono amplificate quando all'elemento di diversità costituito dalla razza o dall'origine etnica si aggiungono altri fattori di genere, religione e cultura”.

³⁰ Modificato dal d.lgs. 19 ottobre 1998, n. 380, dal d.lgs. 13 aprile 1999, n. 113 e dal d.l. 14 settembre 2004, n. 241, conv. in l. 12 novembre 2004, n. 271. Sul d.lgs. 286/1998 si vedano i saggi di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile alla luce degli artt. 43, 44 del T.U. sull'immigrazione*, in *Dir.fam.pers.*, 2002, 112 ss., G. SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale e la sua tutela giurisdizionale*, in *Riv.dir.civ.*, 2001, I, 805 ss. e M. MANTELLO, *La tutela civile contro le discriminazioni*, in *Riv.dir.civ.*, 2004, I, 439 ss. il quale, per vero, analizza le – omologhe – disposizioni della l. 6 marzo 1998, n. 40.

³¹ Vedi già l. 6 marzo 1998, n. 40 implicitamente abrogata – ad eccezione degli articoli 45 e 47 – dal d.lg. 25 luglio 1998, n. 286.

³² Direttiva 2000/43/CE del Consiglio del 29 giugno 2000, in G.U., 19 luglio 2000, n. L180 il cui termine di recepimento era fissato (art. 16) al 19 luglio 2003. Le differenze tra la disciplina recata dal d.lgs. 286/1998 e quella di cui al successivo d.lgs.215/2003 ed i conseguenti problemi di coordinamento attengono principalmente ai seguenti profili: *i*) i rimedi, in particolare per ciò che attiene alla legittimazione ad agire in via collettiva da

Nel d.lgs. 215/2003 il divieto di discriminazione risulta da un solo precetto dal tenore vago. È nel d.lgs. 286/1998 che si trovano le previsioni più specifiche ed articolate ai sensi delle quali la discriminazione vietata può consistere nel *rifiuto di contrattare* o nella *proposta o predisposizione di condizioni più svantaggiose*³³.

parte delle associazioni previste dal d.lgs.215/2003; ii) la previsione testuale da parte del d.lgs.286/1998, ma non del d.lgs.215/2003, che la discriminazione riguarda l'accesso a beni e servizi *offerta al pubblico*; iii) la distinzione operata dal d.lgs.286/1998 tra straniero regolarmente soggiornante e non, ai fini della disciplina dell'accesso all'alloggio; iv) la previsione testuale da parte del solo d.lgs.286/1998 che il bene protetto è la "libertà fondamentale in campo economico".

Si afferma così (P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile alla luce degli artt. 43, 44 del T.U. sull'immigrazione*, in *Dir.fam.pers.*, 2002, 118) che "ferma restando (...) l'inesistenza di un generale obbligo di parità di trattamento, la libertà differenziatrice dell'operatore privato è comunque limitata dall'esigenza di giustificare razionalmente la disparità". Fra le trattazioni di ampio respiro si segnalano le opere di B. NASCIMBENE (cur.), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004 e quella collettanea P. MOROZZO DELLA ROCCA (cur.), *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, Napoli, 2002. In Italia la bibliografia in materia di discriminazione è pressoché esclusivamente limitata alla discriminazione nel contratto di lavoro ed è vasta. Senza pretesa di completezza: F. AMATO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione. Riflessioni e prospettive per la realizzazione di una società multi-etnica*, in *Lav. e dir.*, 2003, 127ss.; M. BARBERA, *La nozione di discriminazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, 46 ss.; M. BOUCHARD, *Discriminazione a Milano: rifiuto di stipulare contratti di locazione con extracomunitari di colore*, in *Quest.giust.*, 2000, 594 ss.; L. CALAFA', *Le aporie processuali e l'assessamento sostanziale delle leggi sulla parità in una recente controversia in tema di discriminazione collettiva indiretta. Il caso Gloria Bassi*, in *Riv.giur.lav.*, 1999, 235 ss.; *Id.*, *Le direttive antidiscriminatorie di "nuova generazione": il recepimento italiano*, in *Studium iuris*, 2004, 873 ss.; A. CAPUTO, *Verso un diritto speciale per gli immigrati?*, in *Quest.giust.*, 2000, 1179 ss.; L. CASTELVETRI, *Le garanzie contro le discriminazioni sul lavoro per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*, in *Dir.rel.ind.*, 1999, 321 ss.; M. CATTANI, *Un decreto del pretore bolognese in tema di discriminazione indiretta*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1999, II, 298 ss.; P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2002, I, 75 ss.; G. DE SIMONE, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, in M. Barbera (cur.), *Commentario sistematico al d.lgs. 23 maggio 2000, n. 196*, in *Nuove leggi civ.com.*, 2003, 711 ss.; M.G. GIAMMARINARO, *Divieto di discriminazione, differenze, pari opportunità*, in *Quest.giust.*, 2000, 640 ss.; J.A. GOLDSTON, *Nuove prospettive in tema di discriminazione razziale: considerazioni a partire dalla direttiva 43/2000*, in *Dir. immigr. citt.*, 2001, 11 ss.; D. GOTTARDI, *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2003, 447 ss.; *Id.*, *Discriminazioni sul luogo di lavoro: recepita la direttiva comunitaria*, in *Guida al lavoro*, 2003, 39 ss.; D. IZZI, *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie "di seconda generazione"*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2003, 423 ss.; M. KLAER, *Il principio di non discriminazione in materia di trasporti*, in *Dir. econ.*, 1961, 159 ss.; E. MASTINU, *Lavoro a tempo parziale e discriminazione indiretta*, in *Lav.giur.*, 1997, 465 ss.; S. MOLINARI, *Dialogo tra normativa interna e normativa comunitaria in materia di lavoro femminile: divieto di discriminazione*, in *Dir. econ.*, 1994, 763 ss.; M.P. MONACO, *Comitato nazionale delle pari opportunità, premi di produttività e principio di non discriminazione*, in *Riv. crit. lav.*, 1988, 424 ss.; A. MORONE, *Discriminazione per sesso e inquadramento dirigenziale*, in *Orient.giur.lav.*, 1994, 746 ss.; R. NUNIN, *Recepita le direttive comunitarie in materia di lotta contro le discriminazioni*, in *Lav.giur.*, 2003, 905 ss.; D. ROMEO, *Discriminazione sessuale, colpa del datore di lavoro e tecniche risarcitorie*, in *Riv.crit.dir.lav.*, 1997, 733 ss.; B. SASSANI, *L'onere della prova*, in M. Barbera (cur.), *Commentario sistematico al d.lgs. 23 maggio 2000, n. 196*, in *Nuove leggi civ.com.*, 2003, 735 ss.; S. SCARPONI, *Un caso di discriminazione collettiva*, in *Lav.dir.*, 1995, 511 ss.; A. SIMONI, *La discriminazione razziale alla vigilia dell'attuazione della direttiva 43/2000: considerazioni a partire da alcune recenti pronunce giurisprudenziali*, in *Dir.immigr.citt.*, 2002, 81 ss.

³³ Il legislatore non ha in alcun modo coordinato i due decreti legislativi. Pertanto il compito è rimesso all'interprete, che è tenuto a ricavare i singoli precetti in cui si articola il divieto di discriminazione muovendo innanzitutto dall'interpretazione delle più analitiche previsioni del d.lgs. 286/1998, e, da lì, ricostruendo altri ulteriori possibili precetti, ancillari o comunque relativi ad aspetti peculiari, ricavati estensivamente dai primi e comunque ricompresi nelle previsioni del d.lgs. 215/2003. Ciò che è escluso, ovviamente, è che l'interprete elabori due distinte nozioni di discriminazione e due distinti significati del divieto di discriminazione, uno per ogni atto legislativo. È dunque da respingere l'opinione di L. MELICA, *La problematica delle discriminazioni e l'istituzione dell'UNAR*, in *Dir. immigr. citt.*, 2006, 40 il quale propone di attribuire al divieto di discriminazione

Accanto al d.lgs. 286/1998 ed al d.lgs. 215/2003 vi sono anche altre leggi antidiscriminatorie.

È entrata in vigore la l. 1 marzo 2006, n. 67, che reca le “misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni”³⁴. Essa non contiene un’espressa disciplina della discriminazione *nel contratto*³⁵, perché non menziona l’“accesso a beni e servizi”, ma la sua introduzione rende evidente che le regole dedicate alla discriminazione nel contratto contenute nel d.lgs. 286/1998 e nel d.lgs. 215/2003 devono applicarsi *anche* quando il fattore di discriminazione è diverso dalla razza, dall’etnia, dalla nazionalità, dalla religione o dalla provenienza territoriale e consiste nella *disabilità*³⁶.

È, inoltre, fissato alla data del 21 dicembre 2007 il termine per il recepimento della Direttiva del Consiglio 2004/113/CE che disciplina il “principio di non discriminazione” in base al *sex* nell’accesso a beni e servizi e nella loro fornitura e che contiene precetti e rimedi che ricalcano in maniera pedissequa quelli di cui alla Direttiva 2000/43/CE³⁷.

Dunque, non sono poche le qualità personali che, in forza di testuali previsioni legislative, integrano rilevanti fattori di discriminazione nel contratto.

La religione è al centro della nuova disciplina.

3. La nascita del diritto contrattuale antidiscriminatorio.

L’edificazione di una società tollerante – e che non faccia pesare altre diversità – costituisce, a livello antropologico, un’aspirazione assai recente.

due significati diversi evincibili, rispettivamente, dal d.lgs. 286/1998 e dal d.lgs. 215/2003. Poiché la materia di *entrambi* i decreti è disciplinata da una direttiva – la Direttiva 2000/43/CE – deve farsi ricorso, per l’una e per l’altra delle leggi antidiscriminatorie, all’interpretazione *adeguatrice alle previsioni della Direttiva*. Sull’interpretazione adeguatrice U. BRECCIA, *Considerazioni sul diritto privato sovranazionale fra modelli interpretativi e regole effettive*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, I, 140; P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, 134. In giurisprudenza Trib. Torino, 7 gennaio 1999, in *Foro it., Rep. 2001*, voce “Concorrenza (disciplina)”, n. 314.

³⁴ Ai sensi dell’art. 3 l. 5 febbraio 1992, n. 104 “E’ persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione”. La discriminazione in base agli “*handicap*” della persona è espressamente richiamata dall’art. 21 della carta di Nizza. In tema E. PARIOTTI, *Diritti umani e tutela delle persone con disabilità: per una chiarificazione concettuale*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 2004, 305 ss.

³⁵ Si veda il commento di G. DE MARZO, *La nuova disciplina contro le discriminazioni in danno dei disabili*, in *Foro it.*, 2006, I, 1206 ss.

³⁶ Restano ferme le disposizioni in materia di incapacità naturale e legale e sull’amministrazione di sostegno.

³⁷ F. STORK, *Comments on the Draft of the New German Private Law Anti-Discrimination Act: Implementing Directives 2000/43/EC and 2004/113/EC in German Private Law*, in *German Law Journal*, vo. 6 n. 2, 2005, 535.

La progressiva affermazione della c.d. globalizzazione³⁸ comporta che la sede dove si elaborano i “diritti fondamentali”³⁹ non è più la fonte gerarchicamente sovraordinata all’interno dei singoli ordinamenti – es. la Costituzione italiana e la giurisprudenza della Corte costituzionale – né nell’ordinamento europeo – Trattato; Corte di Giustizia – bensì è una sede esterna all’Unione⁴⁰.

Il dato non incide ovviamente sulla permanente centralità degli istituti di diritto positivo di emanazione dello Stato, e così delle fonti superprimarie e primarie, sia per ciò che attiene alla delineazione dei caratteri strutturali delle fattispecie di diritto sostanziale, sia per ciò che attiene alla specifica previsione di rimedi e di sanzioni e della disciplina processuale applicabile⁴¹. Scelte quali il trattamento dello straniero non regolarmente soggiornante o l’effettività dei rimedi sono decisive ed appartengono per intero alla responsabilità politica degli stati nazionali.

Tuttavia, è la globalizzazione ad avere favorito una generale tendenza degli ordinamenti a fare dell’autonomia privata uno strumento per il perseguimento di interessi generali. La globalizzazione, infatti, è fatta di informazione e di scambi, l’una e gli altri il più possibile

³⁸ R. SACCO, *Intervento al Seminario su Il grande abisso fra diritto pubblico e privato*, in *Nomos*, 2000, 80 avverte che “La globalizzazione non è avvenuta. Non c’è. Si percorrono singole tappe in questa direzione. Il ritmo della marcia in avanti tende ad accelerarsi”.

³⁹ M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Bari, 2006, 78 la quale elabora la categoria del “diritto della necessità” che “trova la sua manifestazione più importante nei diritti umani (...) a prescindere da paesi, regimi, religioni e sistemi tradizionali di riferimento”; U. ALLEGRETTI, *Europa e globalizzazione: un approccio antropologico*, in *Democrazia e diritto*, 2003, 70; F. FRACCHIA, *Combattere povertà ed esclusione: ruolo, strategie e strumenti per i soggetti pubblici*, in *Dir.econ.*, 2004, 48 il quale utilizza la felice espressione “globalizzazione dei diritti fondamentali”.

⁴⁰ Si può affermare con sufficiente approssimazione che il World Economic Forum di Davos del 31 gennaio 2003, in cui l’immigrazione è stata uno dei sei più importanti temi in discussione, abbia rappresentato il momento di più alta sensibilizzazione dall’ingresso dell’integrazione etnica e razziale nell’agenda politica mondiale. Cfr. J. BHAGWATI, *Elogio della globalizzazione*, Bari, 2005, 393. Il tema era ovviamente già esaminato dalla dottrina: cfr. A. ALGOSTINO, *Sull’ambigua universalità dei diritti umani (ovvero, dei diritti della persona umana fra colonizzazione occidentale e sovranità degli Stati)*, in *Nomos*, 2001, 29 ss. Le fonti richiamate fra i considerando della Direttiva 2000/43/CE e della Direttiva 2004/113/CE, oltre alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, sono la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, la Convenzione delle Nazioni Unite sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, la Convenzione internazionale sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, i Patti delle Nazioni Unite relativi ai diritti civili, politici, economici, sociali, culturali.

⁴¹ L’affermazione ricorrente secondo cui “la scienza del diritto e la civilistica in particolare non avrebbe altra scelta che quella di riformulare le proprie categorie tradizionali e soprattutto il proprio atteggiamento complessivo, per riadeguare le une e l’altro alla nuova dimensione, europea e comunitaria, del diritto” è giustamente ridimensionata da P. BARCELLONA, *Il contratto e l’economia globale*, in *Contratto e lavoro subordinato. Presentazione degli scritti in onore di Renato Scognamiglio*, Padova, 2000, 43 il quale evidenzia che “l’espansione dell’autonomia contrattuale ed il processo normativo di integrazione europea non oppongono alla sovranità degli Stati una sovranità gerarchicamente sovraordinata, tale da annullare la potestà coercitiva dei primi. (...) fino a quando permane in capo agli stati nazionali il potere di decidere come e se sanzionare la tutela delle posizioni individuali, attraverso provvedimenti vincolanti e costitutivi delle singole posizioni di diritto e di obbligo, il potere di “normare” (ancorché nell’ambito di principi convenzionalmente accettati dagli Stati) rimane in capo agli organi legislativi di ciascuno Stato aderente alla comunità”.

trasparenti e frequenti. E poiché lo strumento per gli scambi di mercato è il contratto, la globalizzazione richiede che la disciplina del contratto divenga strettamente funzionale al mercato “come istituzione di utilità sociale”⁴² che favorisca “l’inclusione sociale” e così “l’accesso ai servizi di generale interesse economico”⁴³.

Nel processo che ha condotto a fare del *contratto* uno *strumento di integrazione* è utile enucleare tre distinti passaggi fondamentali.

Il primo passaggio è stato compiuto dalle fonti sopranazionali ed è consistito nel distinguere – una volta per tutte – tra divieto di discriminazione e principio di uguaglianza, così liberando la riflessione degli interpreti del diritto interno dal peso, non indifferente, del livello gerarchico della fonte (costituzione e disciplina legislativa primaria del contratto) e superando gli sforzi – che si sono sempre dimostrati vani – di inquadramento del principio in chiave di *Drittwirkung*.

Il secondo passaggio è consistito nel vincolare al rispetto del divieto di discriminazione l’*attività* del soggetto pubblico che sia parte di un *contratto*.

Il terzo passaggio – che è stato preceduto dall’evoluzione delle fonti comunitarie ed è stato portato a compimento dalla Corte di Giustizia – è consistito nell’equiparare, ai fini dell’assoggettamento al divieto di discriminazione, al soggetto pubblico il soggetto privato.

Le fonti sopranazionali distinguono assai nettamente, e linearmente, tra *principio di uguaglianza davanti alla legge* – e, così, limite alla disuguaglianza di trattamento *da parte della legge* – e *divieto di discriminazione* da parte *del contraente*.

La distinzione, particolarmente nitida anche nei considerando delle direttive antidiscriminatorie, mette in chiaro che il divieto di discriminazione risponde all’esigenza di protezione della dignità di ogni *singola* persona.

I più noti regimi razziali del mondo occidentale del secolo scorso erano caratterizzati da una diffusa discriminazione *spontanea*: è noto il fenomeno – ispirato dall’intento di captare il favore degli organi di partito – dell’apposizione, fuori dai negozi, di insegne, ove era scritto che non si sarebbe contrattato con clienti ebrei. La discriminazione rappresentava un fenomeno socialmente diffuso, sicché non occorre che la legge intervenisse per fare *del contratto* uno strumento di difesa della razza.

⁴² L’espressione è di L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa tit.cred.*, 1997, I, 20; *adde* R. SACCO, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, I, Torino, 2004, 16 ss.

⁴³ AA.VV., *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 2005, 123. *Adde* le considerazioni di H. COLLINS, *Giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 2003, 684 s.

Con l'eccezione del Sudafrica, in cui l'apartheid, con il "Reservation of separate amenities Act", limitava l'accesso ai servizi di trasporto e ad altri servizi pubblici⁴⁴, la situazione era tale per cui le leggi razziali naziste e fasciste non prevedevano un dovere di discriminare o un divieto di fornire beni o servizi – anche l'alloggio – agli ebrei⁴⁵. Le leggi razziali naziste e fasciste intervenivano, in radice, sull'*attività*, vietando l'esercizio delle professioni.

Così, in Germania l'Ordinanza di eliminazione degli ebrei dalla vita economica tedesca emanata sulla base del Decreto del 18 ottobre 1936 per l'esecuzione del Piano dei Quattro Anni disponeva un *divieto per gli ebrei di vendere beni o servizi*⁴⁶. Così, in Italia, la Dichiarazione sulla razza del Gran Consiglio del Fascismo di cui al Regio decreto legge 29 giugno 1939 conteneva la riserva di una separata disciplina per l'esercizio delle professioni e disponeva che i "cittadini italiani di razza ebraica" non potessero "essere possessori o dirigenti di aziende di qualsiasi natura che impieghino cento o più persone" (o "essere possessori di oltre cinquanta ettari di terreno"). In questo modo le leggi razziali fasciste prevedevano una *incapacità giuridica speciale*, civile e commerciale⁴⁷.

Come non era strumento di difesa della razza, così il contratto non è stato, tradizionalmente, strumento di integrazione.

La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo contiene all'art. 2 il riferimento a "razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica o di altro genere, origine nazionale o sociale, ricchezza, nascita, altra condizione" ma all'art. 7 limita il divieto di "discriminazione" alla "tutela da parte della legge".

⁴⁴ Cfr. A. COLOMBO, voce "Razzismo", in *Noviss.dig.it.*, s.d. ma Torino, 1967, 918. Altre leggi stabilivano: la proibizione dei matrimoni interrazziali; il divieto penalmente sanzionato di avere rapporti sessuali con una persona di razza diversa; l'obbligo dei cittadini di registrarsi come bianchi o neri; proibizione alle persone di diverse razze di entrare in alcune aree urbane; proibizione a persone di razze diverse di utilizzare le stesse facilities pubbliche (fontane, sale d'attesa etc.); provvedimenti tesi a rendere più difficile per i neri l'accesso all'istruzione; discriminazione razziale in ambito lavorativo; istituzione dei bantustan, "riserve" per la popolazione nera.

⁴⁵ Per l'Italia una simile previsione non è menzionata tra le "limitazioni degli ebrei nel campo del diritto privato", voce (anonima) "Razzismo (provvedimenti per la difesa della razza)", in *Nuovo dig.it.*, s.d. ma Torino, 1939, 1167.

⁴⁶ "Dal 1° gennaio 1938, l'esercizio della vendita al dettaglio, la vendita per corrispondenza, il libero esercizio dell'artigianato sono proibiti agli ebrei. Allo stesso modo è proibito agli ebrei a partire dalla stessa data di offrire beni e servizi in qualsiasi mercato, fiera o mostre, di pubblicizzarle o di accettare ordini di acquisto. I negozi giudei che opereranno in violazione di questa ordinanza saranno chiusi dalla polizia".

⁴⁷ Le leggi razziali sono aliene dal sentimento che domina nella dottrina. Così in N. STOLFI, voce "Capacità civile", in *Nuovo dig.it.*, s.d. ma Torino, 1937, 758 si legge – pressoché in concomitanza temporale con la Dichiarazione sulla razza del Gran Consiglio del Fascismo – che "godono della capacità civile tutti i cittadini, senza distinzione di sesso, di professione, di religione. Sono infatti un lontano ricordo storico le restrizioni contro gli ebrei e i protestanti, e ripugnano del resto alla nostra mentalità e al tradizionale spirito di equità cristiana e di gentilezza latina i principi e le persecuzioni di razza, che purtroppo sono accolti presso altri Stati civili".

La Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950 recita all'art. 14 “La jouissance *des droits et libertés reconnus dans la présente Convention* (il corsivo è mio) doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation”⁴⁸.

L'art. 26 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966 dall'Assemblea delle Nazioni Unite – contemporaneamente al patto internazionale relativo ai diritti economici e sociali⁴⁹ – dispone che “Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit *sans discrimination* à une égale protection *de la loi* (il corsivo è mio)”.

La Convenzione di New York sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale adottata il 21 dicembre 1965⁵⁰ non contiene cenni all'autonomia contrattuale. Essa, riferendosi ai privati, si limita ad imporre agli Stati di reprimere “ogni diffusione di idee basate sulla superiorità o l'odio razziale”, “ogni incitamento alla discriminazione razziale”, “ogni atto di violenza ispirato da motivi razziali”⁵¹.

I precetti della Convenzione di New York sono alla base delle fattispecie penalmente rilevanti disciplinate anche nel nostro ordinamento, in cui domina la “condensazione semantica” fra “razza, etnia e nazionalità”⁵².

Così la c.d. legge Mancino prevede il reato di chi “diffonde in qualsiasi modo le idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico” e vieta tra l'altro “ogni tipo di discriminazione, ravvisabile in atti, individuali o collettivi, di incitamento all'offesa” ed i “comportamenti di effettiva offesa”⁵³ posti in essere da chi inciti a commettere violenza per

⁴⁸ Il divieto di discriminazione dettato dall'art. 14 è spesso letto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in combinazione con l'art. 8 il quale disciplina il rispetto della vita privata: *ex plurimis* Corte europea diritti dell'uomo, 16 dicembre 2003, in *Dir.fam.*, 2004, 649.

⁴⁹ Entrato in vigore in Italia il 15 dicembre 1978 in seguito al deposito degli strumenti della ratifica intervenuta in forza della l. 25 ottobre 1977, n. 881.

⁵⁰ Entrata in vigore in data 4 gennaio 1969.

⁵¹ Art. 4: si veda A. SACCUCCI, *Profili di tutela dei diritti umani*, Padova, 2002, 101.

⁵² U. FABIETTI, *L'identità etnica*, ottava ristampa, Urbino, 2005, 29.

⁵³ Art. 3, comma 1 lett. a) l. 13 ottobre 1975, n. 654 adottata in esecuzione della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione e successivamente modificata dalla l. 25 giugno 1993, n. 685. Si veda Cass.pen., 21 dicembre 2005, inedita. L'ipotesi di reato di istigazione all'odio razziale è stata prospettata nell'agosto 2006 con riferimento alla denuncia presentata dai senatori Lucio Malan e Giorgio Stracquadanio a seguito dell'inserzione con la quale l'Unione delle comunità islamiche italiane (UCOII) ha messo sullo stesso piano le stragi naziste compiute in Italia con gli eccidi compiuti dagli israeliani.

motivi razziali, cui va ricondotta anche la propaganda razziale⁵⁴ e che è configurabile anche nell'ipotesi in cui l'incitamento abbia ad oggetto discriminazioni ai danni di cittadini *stranieri*⁵⁵ ed ancora vieta la condotta di chi promuova o diriga organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi fra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi⁵⁶.

Una volta distinto dal principio di uguaglianza lo scopo di vietare la discriminazione, era destinata a rivelarsi insostenibile l'idea di limitare i conseguenti precetti e divieti *allo Stato legislatore o più in generale all'autorità pubblica*. L'attribuzione, ad es., del diritto di voto all'immigrato – al pari di altri diritti normalmente garantiti dallo status di cittadino dell'Unione⁵⁷ – serve a poco se l'immigrato non ha dove dormire, come procurarsi il cibo e le bevande, come vestirsi e svagarsi. E poiché lo Stato affida *al mercato* la messa a disposizione di beni e servizi necessari per soddisfare i bisogni e più in generale ogni interesse, anche voluttuario, era necessaria una disciplina *del contratto*.

La Corte di giustizia, a partire dal 1974, ha inteso garantire il rispetto del principio di non discriminazione in base alla nazionalità, statuito dall'art. 13 del Trattato CE, ed ha mostrato di non considerare rilevante la distinzione tra rapporti di diritto pubblico e rapporti di diritto privato statuendo, senza esitazione, che “se il divieto di discriminazione avesse valore unicamente per gli atti della pubblica autorità potrebbe scaturirne una difformità d'applicazione” e per conseguenza “il principio di non discriminazione, in ragione del suo carattere imperativo, costituisce un parametro inderogabile *per qualsiasi rapporto giuridico*”⁵⁸.

⁵⁴ Art. 3, comma 1 lett. b) l. 654/1975: Cass.pen., 7 maggio 1999, in *Foro it., Rep. 1999*, voce “Diritti civili e politici”, n. 73.

⁵⁵ Cass.pen., 28 febbraio 2001, in *Foro it.*, 2001, II, 457.

⁵⁶ Art. 3, comma 3 l. 654/1975; si veda Cass.pen., 24 gennaio 2001, in *Riv.pen.*, 2001, 1018 ha escluso l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 3 l. 13 ottobre 1975, n. 654 nel testo sostituito dall'art. 1, comma 1 d.l. 26 aprile 1993, n. 122 convertito con modificazioni in l. 25 giugno 1993, n. 205. Un'applicazione equivoca si trova in Trib. Camerino, 15 gennaio 2004, in *Foro it., Rep. 2004*, voce “Ingiuria”, n. 31: “Nel caso di ingiuria «mediata», deve essere assolto per mancanza dell'elemento volitivo del dolo l'intermediario che consegna al destinatario lo scritto ingiurioso senza avere la volontà di ingiuriare il destinatario medesimo (fattispecie in cui l'imputato era accusato del delitto di cui agli art. 81, 1° comma, 612, 339 e 594 c.p., con l'aggravante di cui all'art. 3 d.l. n. 122/1993, e del delitto di cui all'art. 3, 1° comma, lett. b) l. 654/1975, perché avrebbe offeso l'onore ed il decoro della persona offesa di origine straniera, consegnandole un foglio contenente parole ingiuriose nei confronti di cittadini extracomunitari e minacciose per la loro stessa vita ed invitandolo alla lettura dello stesso, con l'aggravante di aver commesso il fatto con scritto anonimo e per finalità di discriminazione e di odio razziale ed incitando in tal modo a commettere violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi)”.

⁵⁷ Si veda P. LOGROSCINO, *La cittadinanza dell'Unione: la crisi dei concetti tradizionali*, in *Dir. Unione Eur.*, 2006, 409 s.

⁵⁸ Corte Giust., 12 dicembre 1974 nella causa 36/74 B.N.O. Walrave, in *Raccolta*, 1974, 1419 s. Rileva L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003, 185 s. che

La legislazione comunitaria è poi intervenuta ed è andata oltre.

La Direttiva 2000/43/CE segna un notevole progresso, atteso che la Corte di Giustizia era ferma alla statuizione di principi *estranei all'ambito dell'offerta al pubblico di beni e servizi*.

Ora dai considerando della Direttiva 2000/43/CE e della Direttiva 2004/113/CE emerge, in particolare, che i divieti di discriminazione ed i correlativi precetti debbono rivolgersi, oltre che allo Stato ed all'autorità pubblica, anche *ai contraenti privati*: “per assicurare lo sviluppo di società democratiche e tolleranti che consentono la partecipazione di tutte le persone a prescindere dalla razza o dall'origine etnica le azioni specifiche nel campo della lotta contro le discriminazioni basate sulla razza o l'origine etnica dovrebbero andare al di là dell'accesso alle attività di lavoro (...) e coprire ambiti quali (...) *l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura*”.

Poiché l'inconveniente che dalla discriminazione del contratto deriva al pubblico interesse è l'ostacolo ad una società tollerante, libera e meritocratica⁵⁹ che possa perseguire gli obiettivi del progresso e del benessere⁶⁰, occorre che il fenomeno della discriminazione si verifichi, o possa verificarsi, su larga scala. Pertanto l'ordinamento non si interessa, per contrastarlo, del *singolo* episodio, il quale non comporti alcuna conseguenza negativa in termini di pubblico interesse, bensì si interessa, per contrastarli, dei singoli episodi di discriminazione, *quando essi sono potenzialmente diffusi*: soltanto se il fenomeno è diffuso la controparte contrattuale si trova realmente nella difficoltà di soddisfare il proprio interesse o è comunque costretta a sostenere extracosti per procurarsi il bene o il servizio.

Ma, anche entro questi confini, il divieto di discriminazione non colpisce tutte le ipotesi di discriminazione.

l'“ambito di operatività (del principio generale di eguaglianza e di non discriminazione) è stato (...) esteso dalla Corte di Giustizia anche ai rapporti contrattuali privati con lo stesso carattere di assolutezza ed inderogabilità espressamente riconosciuto all'art. 81 Tratt. CE”.

⁵⁹ Così P. SCHLESINGER, *Mercati, diritto privato, valori*, in *Riv.dir.civ.*, 2004, II, 329 s. Osserva M. LIBERTINI, *L'azienda e il mercato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. Galgano*, Padova, 1979, 359 s. che uno dei vantaggi dell'economia di mercato risiede nel fatto che a livello di scelta dei dirigenti economici “il mercato consente una irrogazione capillare, automatica e non autoritaria dei premi e delle sanzioni, in condizioni di eguaglianza per tutti gli operatori”.

⁶⁰ “L'ideologia dell'autosufficienza culturale è solamente il nome che si è dato all'ideologia dell'arretratezza”; R. SACCO, *La diversità nel diritto (a proposito dei problemi di unificazione)*, in *Riv.dir.civ.*, 2000, I, 21. “I rapporti interpersonali non possono che ispirarsi a principi di carità e di tolleranza, cosicché qualsiasi forma di aprioristica condanna dei “diversi” va rifiutata”; così P. SCHLESINGER, *Una risoluzione del parlamento europeo sugli omosessuali*, in *Corr.giur.*, 1994, 394. Scriveva N. STOLFI, voce “Capacità civile”, in *Nuovo dig.it.*, s.d. ma Torino, 1937, 758 che “godono della capacità civile tutti i cittadini, senza distinzione di sesso, di professione, di religione (...) Ripugnano (...) alla nostra mentalità e al tradizionale spirito di equità cristiana e di gentilezza latina i principi e le persecuzioni di razza”.

Integra discriminazione, ma non è vietata, quella posta in essere in occasione di contratti conclusi a seguito di una trattativa individualizzata che non faccia seguito ad alcuna dichiarazione, anche tacita (“messa a disposizione”), al pubblico.

Integra discriminazione, ma non è vietata, quella posta in essere in base a qualità non rilevanti in forza delle leggi antidiscriminatorie o del principio generale di non discriminazione, per la mancanza della diffusione di un corrispondente fenomeno sociale.

Integra discriminazione, ma non è vietata, quella posta in essere dal consumatore nei confronti del contraente professionale.

Integra discriminazione, ma non è vietata, quella posta in essere nei confronti dello straniero non regolarmente soggiornante, quando il contratto della cui conclusione si tratta, anche in presenza di una dichiarazione al pubblico, ha ad oggetto l’accesso all’abitazione (vendita; locazione; permuta).

La “restrizione” all’accesso agli scambi di mercato – secondo quanto risulta dalla definizione offerta già dalla Convenzione di New York sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale adottata il 21 dicembre 1965 – comporta, *di riflesso*, una “distinzione” rispetto alle altre controparti contrattuali che non presentano quella qualità, non dal punto di vista della diversità del contenuto del contratto – come accadrebbe in presenza di un divieto della disparità di trattamento – bensì dal punto di vista della libertà della controparte contrattuale di perseguire i propri interessi.

La Convenzione di New York è al riguardo chiarissima, laddove definisce la discriminazione come la “restrizione” che può “distruggere o compromettere (...) l’esercizio, *in condizioni di parità*, dell(a) libertà fondamentale in campo (...) economico”⁶¹.

Se ora muoviamo verso l’identificazione del bene giuridico più prossimo protetto dal divieto di discriminazione, constatiamo come la giustificazione politica del divieto di discriminazione nel contratto possa ricercarsi in almeno tre direzioni, che corrispondono ad almeno tre effetti notevolmente indesiderabili.

Innanzitutto, in presenza di una discriminazione è impedito al singolo di affermare la sua personalità nel campo degli interessi economici (ad es., contratto di compravendita,

⁶¹ Le leggi antidiscriminatorie rispondono all’obiettivo di politica del diritto di favorire, con un’apposita disciplina del mercato, l’integrazione sociale dei numerosissimi immigrati, anche in Italia ormai in gran parte di seconda o terza generazione, ed in generale delle persone appartenenti a gruppi considerati a rischio di esclusione sociale: cfr. S. QUADRI, *Prospettive di evoluzione della condizione dei migranti nei diritto internazionale, comunitario e interno*, in *Comun.internaz.*, 2005, 311 s. Un cenno alla circostanza che “l’affermarsi dei c.d. diritti sociali (...) comporta (...) nuove responsabilità” in G. VISINTINI, *La responsabilità civile nei grandi orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1998, 829.

mutuo o locazione) e più in generale delle sue aspirazioni ideali (ad es., contratto di associazione).

In secondo luogo, al singolo è sottratta la possibilità di concludere un affare che rispondeva ad un suo interesse, al prezzo che egli era disposto a pagare, sicché viene meno un'occasione di benessere e di arricchimento individuale.

Notiamo – in terzo luogo – che anche il benessere collettivo risulta pregiudicato in presenza di una discriminazione, posto che vengono meno occasioni di scambio e che il meccanismo dei prezzi e dei costi di procacciamento di beni e servizi restituisce al mercato informazioni false (quegli appartamenti, ai quali la domanda attribuisce il valore di 100, sono stati venduti a 130 perché il proprietario aumentando il prezzo d'offerta sperava di indurre la controparte a recedere dalla trattativa; ora, coloro che sarebbero stati disposti a pagare fino a 110 per gli appartamenti della stessa palazzina rinunciano a formulare un'offerta).

Esistono dunque diverse possibili spiegazioni della scelta di fare del contratto uno strumento di contrasto della discriminazione.

Per ciò che attiene alla qualità personale – oggetto di una scelta – consistente nella religione, v'è da registrare che *l'assenza di un divieto di discriminazione potrebbe tradursi in una forte limitazione della libertà religiosa*, la quale esige invece di essere fortemente tutelata e garantita⁶².

Il diritto contrattuale antidiscriminatorio non è il frutto dell'ideologia “marxista/socialista” né di quella “solidarista/cattolica” sicché non può essere piegato all'obiettivo di rimettere in gioco le scelte di fondo dell'economia di mercato⁶³, bensì si ispira

⁶² Di recente G. CASUSCELLI, *Appunti sulle recenti proposte di legge in tema di libertà religiosa, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica – gennaio 2007. È sempre attuale l'osservazione di J. LOCKE, *Lettera sulla tolleranza, in Scritti sulla tolleranza*, Torino, 2005, 131 secondo cui “(tutti) possono vantare l'ortodossia della loro fede, perché ciascuno è ortodosso per se stesso”.

⁶³ Si consulti, in senso opposto a quanto sostenuto nel testo, D. LA ROCCA, *Politiche di pari opportunità: un paradigma?*, in *Democrazia e diritto*, 2003, 139 ad avviso della quale i precetti di cui all'art. 3 Cost. it sarebbero ispirati non già ai criteri nordamericani della “*equal opportunity*” e delle “*affirmative actions*” bensì alla “critica di matrice sia marxista o socialista, che solidarista/cattolica all'impostazione liberale dell'eguaglianza giuridica”. M. BUSSANI, *La diversità, il diritto e il discorso pubblico*, in G. Alpa – V. Roppo, *Il diritto privato nella società moderna. Seminario in onore di Stefano Rodotà*, Napoli, 2005, 208 esamina la “dicotomia discriminazione – non discriminazione” che, secondo F. DI MARZIO, *Appunti sul contratto immeritevole*, in *Riv.dir.priv.*, 2005, 323, si inserisce nella “questione epocale del governo della conflittualità nelle società complesse, caratterizzate dal tramonto di ogni universalismo naturalistico e dal prorompere della frammentazione e del trasversalismo politico, sociale, religioso, etnico ed economico che si riassumono nel fenomeno del *multiculturalismo* e più in generale del *pluralismo*”. Le leggi antidiscriminatorie non contengono alcuna menzione dell'art. 3 della Costituzione: l'una recepisce l'art. 10, comma 2 sulla condizione dello straniero, l'altra recepisce una direttiva comunitaria. Invece l'art. 1 l. 1 marzo 2006, n. 67 recante “Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni” contiene all'art. 1 l'inciso “ai sensi dell'art. 3 della Costituzione”; ma manca un riferimento al comma 1 o al comma 2. Contro la rigida distinzione tra comma 1 e comma 2 dell'art. 3 della Costituzione P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, 178.

alla *equal opportunity*⁶⁴ secondo il modello importato dagli Stati Uniti d’America (coincidente con un approccio in termini di *Gleichbehandlung*)⁶⁵ volto a garantire la massima efficienza del sistema di scambi costitutivo del mercato⁶⁶.

L’obbiettivo del divieto di discriminazione non è la *rimozione* di disuguaglianze di fatto – quasi sempre ricondotte, nelle discussioni paludate sui principi, alla sola disuguaglianza in termini economici e sociali (art. 3, comma 2 Cost.) – bensì, tutto al contrario, è *il riconoscimento, su un piano di effettività, della pari dignità* di tutte le persone *indipendentemente dalle qualità personali* (cfr. art. 3, comma 1 Cost.)

4. Il significato del divieto di discriminazione e l’inesistenza di un divieto di disparità di trattamento.

Il d.lgs. 215/ 2003, in conformità alla Direttiva del Consiglio 2000/43/CE, identica sul punto alla Direttiva 20004/113/CE, utilizza il sintagma “parità di trattamento” per indicare, con una definizione *ad hoc*, lo scopo sotteso al “divieto di discriminazione”.

Si tratta di una definizione legislativa non soltanto non vincolante, e da rileggere anche alla luce dei principi del diritto interno, ma dalla quale occorre guardarsi in sede di ricostruzione del significato del precetto⁶⁷, atteso che uno tra i passaggi più significativi nel

⁶⁴ Distingue P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Appunti sulla questione dei cittadini extracomunitari in Italia. Stranieri dell’interno e stranieri dell’esterno*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1990, 585 il quale in prospettiva storica osserva che “i due archetipi del principio di eguaglianza sono stati opposti, tradizionalmente, l’uno all’altro, come espressioni di due diverse ricostruzioni ideologiche e totali della realtà: eguaglianza formale da una parte, materiale dall’altra; eguaglianza di opportunità da un lato, parità di risultati dall’altro”. In senso diverso circa i rapporti tra “eguaglianza formale” e “sostanziale” P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, 177 s.

⁶⁵ U. MATTEI, *Intervento al Seminario su Il grande abisso fra diritto pubblico e privato*, in *Nomos*, 2000, 67 mostra come si potrebbe senz’altro ritenere che “globalizzazione significhi in realtà americanizzazione del diritto”

⁶⁶ È stato condivisibilmente osservato che “è ovvio che (la funzione immunitaria del contratto) intervenga per lo più su condizioni di asimmetria economica e/o sociale delle parti contrattuali” perché “prassi contrattuali che discriminano sulla base della razza, del sesso, della religione, del ceto ecc. suppongono evidentemente condizioni di emarginazione sociale dei soggetti discriminati (...) ma (...) la socialità è, qui, sempre un *accidente*” ed “il punto è che il controllo ascrivibile a siffatta *funzione immunitaria* non è preordinato, fondamentalmente, a contrapporre e sovrapporre un’*altra giustizia* a quella incorporata nel sistema giuridico, ma, tutt’al contrario, è inteso a preservare sino in fondo, e magari ora in modo radicale, decisioni costitutive dell’ordinamento (...) che discendono, innanzitutto, dalle stesse premesse dell’individualismo moderno e da generali valori democratici”; così M. BARCELLONA, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur.dir.priv.*, 2005, 645 ss.

⁶⁷ Cfr. artt. 20, 21 della Carta di Nizza.

processo che ha condotto all'enucleazione del divieto di discriminazione risiede precisamente nella distinzione tra divieto di discriminazione e principio di uguaglianza⁶⁸.

Discorrere di “parità di trattamento” in tanto potrebbe risultare utile in quanto con il sintagma si intendesse richiamare la *regola dell'identità del contenuto del contratto concluso con tutte le controparti contrattuali indistintamente*. Ma così certamente non è per diritto *contrattuale* antidiscriminatorio. Quando “parità di trattamento” sia la formula per individuare un principio cui corrisponde, in materia contrattuale, una regola *diversa – il divieto di discriminazione* – il suo richiamo appare, alternativamente, foriero della confusione tra due regole diverse, o, nella migliore delle ipotesi, fumoso, quanto lo è la ricorrente e sterile evocazione dottrinale di un “principio di parità di trattamento” quale preteso fondamento, fra le altre regole, del divieto del patto commissorio – che dovrebbe spiegarsi con la parità di trattamento dei creditori –⁶⁹ o dell'istituto della collazione – che dovrebbe spiegarsi con la parità di trattamento dei coeredi –⁷⁰.

Il divieto di discriminazione non impone l'identità tra il contenuto del contratto ed il contenuto di altri contratti conclusi con controparti contrattuali diverse, ma ha riguardo al trattamento deteriore della singola controparte contrattuale, causato in via esclusiva da una sua qualità personale. Non si richiede necessariamente un confronto fra i trattamenti riservati dal contraente a controparti contrattuali diverse. Ciò che si richiede è un *giudizio intorno all'incidenza, sul consenso del contraente, di una qualità personale della controparte, rispetto al quale il confronto con gli altri trattamenti rappresenta un indizio*⁷¹.

⁶⁸ La disparità di trattamento va tenuta distinta dalla discriminazione: G. OPPO, *Eguaglianza e contratto nelle società per azioni*, in *Riv.dir.civ.*, 1974, I, 635; G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1995, 45; U. BRECCIA, ne *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone*, XIII, 3, Torino, 1999, 202. La prevalente dottrina ha invece assai sovente considerato indistintamente discriminazione e disparità di trattamento.

⁶⁹ L'opinione che riconduce alla *ratio* della “parità di trattamento” il divieto del patto commissorio era stata originariamente formulata da F. CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in *Riv.dir.comm.*, 1916, II, 887 ss. e ad essa sembrava aderire V. ANDRIOLI, *Tutela dei diritti*, in *Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Bologna – Roma, 1945, 51. Una critica in V. ROPPO, *Tutela dei diritti*, t. I, in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, Torino, 1985, 19, 437 il quale osserva che “una simile tesi sembra attribuire al principio di parità di trattamento dei creditori una generalità ed una forza che in realtà esso non conosce”. Nello stesso senso E. GABRIELLI, *Contratti di garanzia finanziaria, stabilità del mercato e procedure concorsuali*, in *Riv.dir.priv.*, 2005, 528 il quale annovera fra gli “antichi dogmi” quello della “parità di trattamento dei creditori concorrenti”.

⁷⁰ L'opinione che riconduce alla *ratio* della “parità di trattamento” l'istituto della collazione era ricorrente: per tutti G.P. CHIRONI, *Della collazione secondo la legge romana ed il codice civile italiano*, I, Cagliari, 1881, 427. Una critica già in P. FORCHIELLI, *La collazione*, Padova, 1958, 37 ss. *Adde* G. AMADIO, *Liberalità non donativa e collazione*, in *Contratti*, 2000, 526.

⁷¹ Non così B. TROISI, *Profili civilistici del divieto di discriminazione*, ne *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista. Atti del I convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (S.I.S.Di.C.)*, Napoli, 2006, 297 il quale equipara senz'altro la discriminazione al trattamento diverso rispetto a quello riservato ad un'altra controparte contrattuale.

Il sintagma “parità di trattamento” costituisce un semplice portato del linguaggio invalso dalla metà degli anni ‘70 del secolo scorso a proposito delle varie fattispecie di discriminazione *della donna nel rapporto di lavoro*⁷². Ciò è confermato anche dalle definizioni contenute nella Carta di Nizza, la quale, dopo avere disciplinato separatamente la “non discriminazione” (art. 21) e la “uguaglianza” (art. 20), ha dettato un autonomo art. 23, che disciplina la *discriminazione* della donna ma è rubricato “parità tra uomini e donne”.

Per diritto contrattuale antidiscriminatorio, risulta evidente come non possa considerarsi vincolante lo strascico di una terminologia che si è diffusa per uno solo tra i molti che oggi si rivelano come possibili rilevanti fattori di discriminazione – il sesso – e per un rapporto – quello di lavoro – i cui principi sono estranei all’ambito del diritto civile, e, segnatamente, del diritto dei contratti⁷³.

Pertanto con il sintagma “parità di trattamento”, utilizzato dalle leggi antidiscriminatorie, si definisce, per diritto contrattuale antidiscriminatorio, niente altro che un precetto di *non discriminazione* che non vieta di trattare *diversamente da altri*, bensì vieta di riservare *al singolo* un trattamento *peggiore* sulla base di un *preconcetto*⁷⁴.

⁷² R. NUNIN, *Recepito le direttive comunitarie in materia di lotta contro le discriminazioni*, in *Lav.giur.*, 2003, 906.

⁷³ Non è possibile considerare unitariamente il tema della discriminazione nel diritto dei contratti di scambio e nel diritto del contratto di lavoro; così anche F. STORK, *Comments on the Draft of the New German Private Law Anti-Discrimination Act: Implementing Directives 2000/43/EC and 2004/113/EC in German Private Law*, in *German Law Journal*, vo. 6 n. 2, 2005, 534. ⁷³ come del resto ben si spiega alla luce della consapevolezza, da tempo acquisita, che il diritto del lavoro costituisce “un diritto speciale” ed è “estromesso dal sistema generale del diritto delle obbligazioni”: Così L. MENGONI, *Le obbligazioni*, ne *I cinquant’anni del codice civile*, Milano, 1993, I, 242 cui *adde* G. CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d’impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv.dir.civ.*, 2004, I, 859. Sul fenomeno speculare ed inverso dell’opportunità di una emancipazione del diritto del lavoro dal diritto civile U. ROMAGNOLI, *Prefazione* ad O. Mazzotta, *Diritto del lavoro e diritto civile*, Torino, 1994, 1 ss.

⁷⁴ B. NASCIMBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984, 147 chiarisce il “significato negativo del termine (discriminazione) quale trattamento diseguale *ed arbitrario* nei confronti *dell’individuo* (i corsivi sono miei)”. L’espressione “trattare” si presta utilmente a riassumere le possibili condotte del contraente nei confronti della controparte contrattuale nelle fasi dell’indirizzamento di una dichiarazione al pubblico o di una proposta o un invito individuale, nello svolgimento della trattativa, nella formazione del contratto, nell’esecuzione della prestazione ed in generale nell’esercizio dei poteri contrattuali. L’espressione è utilizzata dall’art. 2597 cod.civ. per ciò che riguarda il trattamento “uguale” al quale è tenuto il monopolista legale e dall’art. 21 T.U.F. (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) per ciò che riguarda il trattamento “equo” al quale è tenuto il soggetto autorizzato nella prestazione al cliente dei servizi di investimento. Così interpretata, la c.d. “parità di trattamento” recata dalla recente legislazione comunitaria presenta gli stessi tratti caratterizzanti già delineati dalla più autorevole dottrina civilistica, la quale aveva enucleato una fattispecie incentrata sul “*fine della discriminazione*”, non su una “*qualsiasi disuguaglianza*”: G. OPPO, *Eguaglianza e contratto nelle società per azioni*, in *Riv.dir.civ.*, 1974, I, 634 s. richiamato da U. BRECCIA, ne *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone*, XIII, 3, Torino, 1999, 203. Nello stesso senso C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, 205 il quale osserva che “Il rifiuto discriminatorio è quello motivato da ragioni politiche, religiose, razziali o da disparità di condizioni personali o sociali. Una tale discriminazione (...) è contraria ad una scelta di fondo del nostro ordinamento, e cioè contraria all’ordine pubblico. Ne consegue che sono nulle le clausole che limitano l’offerta per ragioni discriminatorie”.

Non risulta pertanto evocato alcun rinvio ad una preesistente nozione comunitaria né ad alcun enunciato legislativo dell'ordinamento interno il quale, com'è riconosciuto dalla giurisprudenza e dalla dottrina⁷⁵, non conosce alcuna previsione generale di una regola di parità di trattamento: e sarà sufficiente al riguardo ricordare fra i molti l'autorevole insegnamento di Cesare Grasseti secondo cui il contraente, al di fuori di previsioni *speciali*⁷⁶,

⁷⁵ L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa tit.cred.*, 1997, I, 7 s.

Nella materia del lavoro subordinato, in cui maggiormente la dottrina si è impegnata a favore dell'accoglimento di una regola di parità, la giurisprudenza è ferma alla statuizione delle Sezioni Unite della Corte Suprema, secondo la quale "non esiste un principio di parità di trattamento in diritto privato" (lo evidenzia G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Riv.dir.priv.*, 2000, 655).

La Corte di cassazione a Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 29 maggio 1993, n. 6031, in *Foro it.*, 1993, I, 1794 ss.) ha statuito che "nel nostro ordinamento non esiste un principio di parità di trattamento nei rapporti tra privati (non essendo esso desumibile dagli art. 3, 36, 37 e 41 cost., né dagli art. 1175 e 1375 c.c.)" così risolvendo il contrasto che era sorto fra le numerose pronunce a sezioni semplici che negavano l'esistenza di un principio di parità di trattamento e due pronunce a sezioni semplici di segno opposto, Cass., 9 febbraio 1990, n. 947 (in *Foro it.*, 1990, I, 827) e Cass., 8 marzo 1990, n. 1988 (in *Foro it.*, 1990, I, 826). Ha subito approvato l'indirizzo confermato dalle Sezioni Unite O. MAZZOTTA, *La resistibile ascesa della parità di trattamento nel rapporto di lavoro*, in *Diritto del lavoro e diritto civile*, Torino, 1994, 193 ss. Dopo la nuova presa di posizione di Cass., 8 luglio 1994, n. 6448 (in *Foro it.*, 1995, I, 168 ss.) secondo cui le differenze retributive a parità di mansioni non sono compatibili con il criterio della correttezza ove totalmente prive di apprezzabili e giustificate ragioni, di nuovo Cass., Sez. Un., 17 maggio 1996 n. 4570 (in *Guida al diritto*, 1996, 23) è intervenuta a statuire che la pretesa dei lavoratori ad un risarcimento per l'esclusione dai privilegi economici non può fondarsi sulla violazione delle clausole generali di correttezza e buona fede perché tali regole, ancorché presuppongano un controllo di ragionevolezza sugli atti di autonomia negoziale, non operano con riguardo alle scelte adottate dal datore di lavoro nell'ambito di rapporti diversi. Osserva G. PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970, 1 che "Oggi la discussione (sull'obbligo di parità di trattamento) si è allargata ad altri settori del diritto privato e si prospetta il problema se anche il datore di lavoro, l'assicuratore e addirittura lo stesso venditore siano tenuti, almeno entro certi limiti, a un obbligo di parità" (i corsivi sono miei). Sul punto si possono consultare anche U. BRECCIA, ne *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone*, XIII, 3, Torino, 1999, 201 s. nt. 51; M. BARBERA, *Dopo Amsterdam*, Brescia, 2000; L. CASTELVETRI, *Le garanzie contro le discriminazioni sul lavoro per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*, in *Dir. relaz. ind.*, 1999, 231.

⁷⁶ Una previsione speciale è quella contenuta nell'art. 2597 cod.civ., che è oggetto di elaborazione giurisprudenziale quanto al precetto di concludere con chiunque, ma non ha dato luogo a particolari contrasti in giurisprudenza quanto al precetto di pari trattamento. Da ultimo Cass., 7 agosto 2002, n. 11918, in *Foro it.*, *Rep.* 2003, voce "Concorrenza (disciplina)", n. 219. Un caso peculiare riguardava la modifica delle condizioni generali da parte dell'Enel (e così il suo diritto di disdettare un contratto in essere con un cliente alle vecchie condizioni per stipularne uno *uguale* alla generalità di quelli nuovi). Cass., 6 luglio 1990, n. 7159, in *Giust. civ.*, 1991, I, 653: "Non contravviene all'obbligo legale di contrattare rispettando la parità di trattamento, gravante sul monopolista legale, ed è, pertanto, legittimo, il comportamento dell'Enel che, dopo aver modificato le proprie condizioni generali di contratto, disdica un contratto di fornitura preesistente per la sua scadenza convenzionale, allo scopo di indurre l'utente a stipulare un nuovo contratto nel quale siano richiamate le nuove condizioni generali applicate, nel frattempo, alla generalità degli utenti". Esistono ulteriori previsioni di carattere speciale. In materia di assetto del sistema radiotelevisivo si prevede il divieto per gli operatori di rete di effettuare *discriminazioni* nello stabilire gli opportuni accordi tecnici in materia di qualità trasmissiva e condizioni di accesso alla rete fra soggetti autorizzati a fornire contenuti appartenenti a società controllate o collegate (art. 5, comma 1 lett. e) n. 2 l. 3 maggio 2004, n. 112); si prevede il divieto per i fornitori di contenuti in caso di cessione dei diritti di sfruttamento di pratiche discriminatorie tra le diverse piattaforme distributive con osservanza delle condizioni di mercato ferma restando la libera negoziazione tra le parti (art. 5, comma 1 lett. f); si prevede la *parità di trattamento* tra fornitori di contenuti non riconducibili a società controllate o collegate ad operatori di rete (art. 5, comma 1 lett. e), n. 1).

è sempre libero di riservare un trattamento diverso alle sue controparti sia rifiutando di contrattare sia proponendo a suo piacimento il contenuto delle clausole del contratto⁷⁷.

La discriminazione – che consiste spesso in un trattamento *diverso e peggiore* rispetto al trattamento di *altre* controparti – può prescindere da una *disparità di trattamento*.

Si consideri il caso in cui l'impresa che abbia rivolto al pubblico un invito ad offrire rifiuti *la prima proposta, in ordine di tempo, che le sia giunta*. In tal caso, se il rifiuto dipende da una qualità personale della controparte contrattuale, sussiste discriminazione, pur essendo impossibile qualsiasi confronto con un'altra situazione. Si consideri altresì il caso in cui il club privato, al fine di discriminare talune categorie di aspiranti soci, decida di scoraggiarne drasticamente le domande di adesione, ricorrendo alla tecnica di adottare per tre giorni condizioni peggiori – rispetto a quelle normalmente applicate – *a tutti indistintamente*. In tal caso, sussiste discriminazione ai danni dei clienti indesiderati, pur in presenza di una parità di trattamento. Parimenti, sussiste discriminazione se, fuori da ogni confronto con un altro trattamento, all'unica controparte contrattuale che abbia formulato una proposta sia stato riservato un trattamento peggiore rispetto al contenuto dell'invito originariamente rivolto al pubblico.

Più in generale, si deve soggiungere che, ai fini dell'accertamento della discriminazione, può difettare non soltanto l'indizio rappresentato dal diverso trattamento riservato ad *un'altra* controparte, bensì anche l'indizio rappresentato dalla diversità tra il contenuto del contratto concluso con la singola controparte, o della clausola ad essa proposta, ed il contenuto della dichiarazione originariamente rivolta al pubblico. Ciò accade ogni volta che la dichiarazione sia incompleta perché, ad es., non contiene l'indicazione del corrispettivo.

Ogni volta che la dichiarazione rivolta al pubblico non contenga la determinazione degli elementi essenziali del contratto – ad es., il prezzo – è impossibile fornire la prova della discriminazione sulla base di una *disparità di trattamento*, se l'offerta del prezzo che costituisce il punto di partenza della trattativa non è semplicemente manifestata in un secondo tempo dallo stesso dichiarante bensì è formulata dai diversi soggetti che desiderino avviare una trattativa⁷⁸. In tal caso è presumibile che il prezzo offerto via via dai diversi soggetti interessati non sia uguale. La diversità del prezzo inizialmente offerto costituisce una differenza tra le diverse situazioni che rende impossibile, in relazione al modo come si

⁷⁷ C. GRASSETTI, *Patto di boicottaggio e concorrenza sleale*, in *Riv.dir.ind.*, 1959, I, 17 s.

⁷⁸ Evidenzia l'onere del "*quisque de populo* di formulare una proposta completa degli elementi mancanti" A. DI MAJO, voce "*Offerta al pubblico (diritto privato)*", in *Enc.giur. Treccani*, Milano, 1979, 765.

dipanano successivamente le diverse trattative, un giudizio in termini di disparità di trattamento⁷⁹. La discriminazione si manifesterà con un semplice rifiuto dell'offerta seguito dal rifiuto di trattare.

Si consideri ancora il caso in cui il contraente, originariamente rivolto al pubblico, proponga uno sconto alla controparte, nel corso della trattativa seguita per corrispondenza, ma successivamente, constatato *inter praesentes* che la controparte è di nazionalità, ad es., greca, revochi la proposta di sconto. Si pensi anche alla proposta formulata dal cliente a fronte di un invito rivolto al pubblico accompagnato dalla spedizione al domicilio di un campione di merce, al quale segua il rifiuto di contrattare. Si consideri anche il caso in cui la controparte sia accolta nel locale come milionesimo cliente al quale sarà offerta gratuitamente una spesa per la casa, ma le sia successivamente revocata l'offerta, in considerazione ad es. della provenienza da un diverso territorio del paese. Si ipotizzi anche che il caso deciso dalla nostra giurisprudenza – applicazione di prezzi doppi da parte del bar ai clienti di nazionalità albanese – fosse stato un poco diverso, e che il bar avesse proposto alla generalità dei clienti il prezzo doppio per le consumazioni al tavolo, ma avesse deciso di fare eccezioni per una coppia di innamorati, salvo proporre comunque il prezzo doppio all'uomo, perché parlante la lingua francese. Si consideri ancora il caso in cui alla controparte contrattuale il contraente che abbia rivolto una dichiarazione al pubblico non riservi un trattamento peggiore (come accadrebbe ad es. se Tizio fissasse per la generalità il prezzo 10 e poi esigesse 12 dai protestanti) bensì sia riservato un trattamento migliore: così se Tizio fissa il prezzo 12 ma chiede 10 ai cattolici. In tal caso, se Tizio chiede 10 *alla generalità* dei cattolici, sussiste discriminazione, perché l'indicazione del prezzo pari a 12 nell'offerta al pubblico è un elemento della più ampia condotta finalizzata a discriminare i protestanti⁸⁰.

⁷⁹ In giurisprudenza la constatazione dell'impossibilità di un confronto tra le diverse situazioni è la premessa che, negli ambiti più diversi, conduce ad escludere l'operatività di una regola di parità di trattamento. Si comprende e si giustifica che la constatazione sia diffusa tra i giudici di merito, i quali, per declamare un principio, debbono prima ricostruire il fatto. È esemplare la giurisprudenza in materia disciplinare. Cass., 22 febbraio 1995, n. 2018, in *Foro it., Rep. 1995*, voce "Lavoro (rapporto)", n. 834 statuisce che "La vigenza di un principio di parità di trattamento dei lavoratori nei rapporti di lavoro subordinato deve escludersi in maniera particolare nella materia delle valutazioni disciplinari, perché nella stessa opera l'intuitus personae e sarebbe necessario - mentre ciò è praticamente impossibile - comparare sotto il profilo oggettivo e soggettivo comportamenti, di rilevanza disciplinare, tenuti da diversi dipendenti in circostanza e tempi diversi"; Trib. Padova, 17 marzo 1998, in *Foro it., Rep. 1998*, voce "Lavoro (rapporto)", n. 999 statuisce che "Non è invocabile, in materia disciplinare, il principio di parità di trattamento, sia perché è fondamentale l'intuitus personae, sia perché sarebbe necessario comparare sotto il profilo soggettivo ed oggettivo, con un'operazione praticamente impossibile (il corsivo è mio), comportamenti tenuti da soggetti diversi in circostanze e tempi diversi".

⁸⁰ Se, invece, Tizio chiede 10 soltanto *a taluni* clienti, non sussiste discriminazione, e ciò anche se i clienti, ai quali Tizio concede lo sconto, sono scelti solo fra i cattolici. Infatti, i clienti protestanti sono bensì

Una conferma che le leggi antidiscriminatorie non introducono alcun divieto della disparità di trattamento si riceve se si approfondisce la natura del giudizio richiesto ai fini dell'accertamento, rispettivamente, della disparità di trattamento e della discriminazione.

Al centro della fattispecie della parità di trattamento è il *confronto* fra i trattamenti riservati a diverse controparti contrattuali dallo stesso contraente⁸¹. “Disparità di trattamento” è nozione che esige un giudizio relazionale e così richiede che l'*atto* sia messo in relazione con un *altro atto* che sia o sia stato posto in essere⁸² in una situazione uguale⁸³.

Per converso, in materia di discriminazione il confronto fra i trattamenti riservati a diverse controparti contrattuali dallo stesso contraente non è neppure astrattamente prospettabile per la fattispecie del rifiuto, che è nozione non relazionale. È vero infatti che Tizio può rifiutare di contrattare con A e contrattare con B. Ma se Tizio rifiuta di contrattare sia con A che con B, la discriminazione non è affatto esclusa dalla parità di trattamento, bensì

trattati in maniera diversa, ma lo sono al pari della generalità dei clienti cattolici, ed il solo fatto che taluno sia trattato meglio è, *in assenza di un obbligo di parità di trattamento*, irrilevante.

⁸¹ Il principio secondo cui le vicende di un rapporto contrattuale sono prive di rilevanza giuridica ed insuscettibili di incidenza su un rapporto diverso (arg. ex art. 1372, comma 2 cod.civ.) opera anche al di fuori della materia della discriminazione. Così, la non interferenza fra i diversi rapporti obbligatori è comunemente richiamata al fine di escludere che il debitore sia tenuto a rispettare un criterio di parità di trattamento nell'adempimento delle obbligazioni verso più creditori: cfr P. SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv.dir.proc.*, 1995, 321 il quale osserva che “è di certo da escludere un qualsiasi “diritto” dei creditori (e non solo dei chirografari, ma pure dei privilegiati) di pretendere che il debitore osservi un qualsivoglia ordine nell'adempimento delle sue obbligazioni”. Anche V. ROPPO, *Tutela dei diritti*, t. I, in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, Torino, 1985, 19, 408 osserva che “Regola generale è che il rapporto giuridico – in linea di principio e salvo esplicite eccezioni (il corsivo è mio) – non produce effetti né a favore né a danno del terzo”. Adde D. CARUSI, *Principio di eguaglianza, diritto singolare e privilegio. Rileggendo i saggi di Pietro Rescigno*, Napoli, 1998, 31. Il manuale che evidenzia bene il dato è A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2004, 64. Enfatizza la “impossibilità di cogliere interrelazioni con gli altri e distinti soggetti che sono in analoga relazione giuridica (...) con (la controparte contrattuale)” O. MAZZOTTA, *La resistibile ascesa della parità di trattamento nel rapporto di lavoro*, in *Diritto del lavoro e diritto civile*, Torino, 1994, 193. Così anche Cass., Sez. Un., 17 maggio 1996 n. 4570 (in *Guida al diritto*, 1996, 23) secondo cui la pretesa dei lavoratori ad un risarcimento per l'esclusione dai privilegi economici attribuiti ad altri lavoratori non può fondarsi sulla violazione delle clausole generali di correttezza e buona fede perché tali regole non operano con riguardo alle scelte adottate dal datore di lavoro nell'ambito di rapporti diversi da quelli presi come termini di confronto. In senso critico intorno al principio generale si è espresso di recente A. VENTURELLI, *Circolazione giuridica e ingiustizia del danno*, Brescia, 2005, 25 mentre, nell'ambito del diritto del lavoro, sono critici riguardo alla conclusione dell'irrelevanza di rapporti giuridici di cui siano parti lavoratori diversi A. CERRI, *L'uguaglianza giuridica nei rapporti interprivati: spunti e riflessioni a partire dalla giurisprudenza in materia di lavoro*, in *Foro it.*, 1992, I, 1538 e R. GRECO, *Il principio di uguaglianza nel rapporto di lavoro: parità di trattamento e divieto di discriminazioni dopo la svolta della Corte Costituzionale*, in *Foro it.*, 1990, I, 2886.

⁸² Per la necessità del confronto *ex plurimis* P.G. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Padova, 1969, 433. Una lettura critica è offerta da chi considera la parità un precetto puramente ancillare all'applicazione di condizioni “eque”; così L. NIVARRA, *Disciplina del mercato: il monopolio*, in *Commentario del codice civile diretto da P. Schlesinger*, Milano, 1992, 129 nt. 83 secondo cui se “la parità di trattamento (...) si identifica con un limite *per relationem* alla libertà contrattuale (...) ne sortisce un'immagine del principio *de quo* appiattita sulla mera osservanza delle regole di accesso al bene o al servizio”.

⁸³ Cfr. D. CARUSI, *Principio di eguaglianza, diritto singolare e privilegio. Rileggendo i saggi di Pietro Rescigno*, Napoli, 1998, 13.

sussiste in entrambi i casi. Il punto, infatti, è che è vietato trattare A (o B, o C) diversamente da come A, B, C sarebbero stato trattati se una qualità personale non fosse stata determinante, in via esclusiva, del consenso.

Che la fattispecie sia incentrata sulla disparità di trattamento va escluso – ad onta di quanto possa apparire ad una prima lettura – anche per la fattispecie dell'*applicazione di condizioni più svantaggiose* così come per il *trattamento peggiore nell'esecuzione del contratto*⁸⁴.

Argomentando secondo gli schemi consueti, forniti dal codice civile, osserveremo che il giudizio sulla discriminazione nel contratto è diverso dal giudizio *reale* richiesto ad es. dall'art. 2597 cod.civ. in termini di parità di trattamento come determinazione di contratti di uguale contenuto. Esso è invece utilmente riconducibile al giudizio *ipotetico* richiesto dall'art. 1440 cod.civ. per l'accertamento del dolo incidentale il quale richiede un confronto tra il contratto effettivamente concluso a condizioni diverse per l'incidenza del dolo ed il contratto quale sarebbe stato ipoteticamente concluso in assenza del dolo.

Quanto alla previsione legislativa del confronto con il modo come un'altra controparte “sia” o “sia stata” trattata, esso si spiega perché la dichiarazione del contraente, soggetta al divieto di discriminazione, è quella *rivolta al pubblico*, che di norma presenta un carattere di generalità ed astrattezza tale da far presumere che la dichiarazione debba condurre alla conclusione del contratto (anziché ad un rifiuto) alle stesse condizioni di cui all'invito o all'offerta (anziché con modifiche dovute a trattative con i singoli destinatari) ovvero in cui, normalmente, il contraente non dovrebbe essere portatore di alcun interesse a condurre trattative a condizioni *diverse* con le diverse controparti⁸⁵.

Quando l'intento discriminatorio conduce il contraente al rifiuto, la qualità personale della controparte ha carattere *determinante (o incidente) in negativo, in via esclusiva, del consenso*⁸⁶. Parimenti, quando l'intento discriminatorio conduce il contraente a proporre condizioni diverse e più svantaggiose, la qualità della controparte ha carattere *determinante in*

⁸⁴ Non così B. TROISI, *Profili civilistici del divieto di discriminazione*, ne *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista. Atti del I convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (S.I.S.Di.C.)*, Napoli, 2006, 297 il quale scrive che “Il giudizio in termini di discriminatorietà è, dunque, un giudizio “relazionale””.

⁸⁵ Sebbene fuori dalla prospettiva di un *confronto* osserva M. FRAGALI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, 357 che “l'indicazione dei prezzi per le prestazioni che l'imprenditore è in grado di compiere può (...) impegnarlo a non chiedere corrispettivi diversi per il caso in cui gli vengano rivolte delle offerte”.

⁸⁶ Cass., 27 ottobre 2004, n. 20792, in *Foro it., Rep. 2004*, voce “Contratto in genere”, n. 548 si esprime in termini di “efficienza causale sulla determinazione volitiva” del contraente.

negativo, in via esclusiva, del consenso (o incidente sul consenso), posto che il contratto “sarebbe stato concluso”, ma “a condizioni diverse”⁸⁷.

Emerge così che il modello pluralista fatto proprio dalle leggi antidiscriminatorie non è ispirato all'edificazione di un mercato in cui ogni singola controparte sia trattata in maniera *uguale*. Al livellamento dei prezzi ed alla creazione di una parità mira infatti, *spontaneamente*, il mercato. Il modello pluralista mira a contrastare la limitazione della *libertà di ogni singola persona* e così a valorizzare e tutelare la dignità di ogni singola controparte contrattuale, la quale è irriducibilmente diversa da ogni altra e che ben potrebbe proporre condizioni diverse da qualsiasi altra⁸⁸.

L'*uguaglianza* alla quale il diritto contrattuale antidiscriminatorio mira è l'*uguale libertà di ciascuno dal preconetto*, e così l'*uguaglianza nella libertà, non l'uguaglianza nel trattamento*⁸⁹. Si tratta di un'*uguaglianza naturale o morale* che coincide con l'idea primigenia di uguaglianza come “principio e fondamento della libertà” sviluppata nel pensiero della civiltà occidentale⁹⁰ e che si trova definita nella voce *Egalité naturelle* della Enciclopedia degli illuministi come uguaglianza “fondata sulla natura umana ovvero sulle caratteristiche essenziali comuni a tutti gli esseri umani in quanto tali, al di là delle loro differenze dovute a molteplici fattori (di natura più contingente)”⁹¹.

Si tratta di una lettura che si rivela coerente con i dati forniti dalla storia, la quale dimostra che il contrasto dell'esclusione sociale finalizzato all'integrazione etnica e razziale non ha mai condotto all'edificazione di una società in cui fossero assenti disuguaglianze di fatto. È sufficiente uno sguardo all'impatto a suo tempo prodotto dall'abrogazione delle leggi razziali ed all'amarezza condensata nelle pagine di Raiser dopo la fine delle leggi razziali

⁸⁷ Cfr. art. 1440 cod.civ. la cui rubrica, “dolo incidente” invece che “incidentale” (che rispecchia l'antica distinzione fra *dolus causam dans* e *dolus incidens*), può a ragione giudicarsi poco perspicua, in quanto potrebbe indurre a revocare in dubbio che anche il dolo “incidente” abbia un carattere “determinante del consenso” (seppure determinante *delle condizioni del contratto, non della stessa volontà di contrattare*). Si tratta di questione meramente terminologica: utilizza senza inconvenienti l'espressione dolo “incidente” sebbene senza escluderne la natura *determinante del consenso* M. MANTOVANI, “*Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*”, Torino, 1995, 108.

⁸⁸ G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, 26: “le situazioni di uguaglianza in partenza (...) corrispondono ai più elementari requisiti di giustizia, ma rappresentano la condizione necessaria di uno sviluppo economico non squilibrato”. Più ampiamente R. DAHRENDORF, *Per un nuovo liberalismo*, Roma-Bari, 1988 e *Id.*, *Il conflitto sociale della modernità*, Roma-Bari, 1989.

⁸⁹ Si veda l'art. 8 della Costituzione it. ed il dibattito della dottrina ecclesiasticistica riassunto ora da J. PASQUALI CERIOLI, *L'indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose*, Milano, 2006, 157 s.

⁹⁰ Platone, *Repubblica*, VII, 514^o-521b.

⁹¹ M.A. CATTANEO, voce “*Uguaglianza*”, in *Digesto IV, disc pubbl.*, vol. XV, Torino, 1999, 418.

naziste⁹² ed in quelle di Saul e Bond dopo la fine dell'apartheid⁹³ a fronte della constatazione della persistenza di fasce di mercato economicamente deboli. Come la fine delle leggi razziali, così anche l'avvento delle leggi antidiscriminatorie interviene ad attribuire *pari diritti civili*, ma non rimuove il fenomeno dell'*esclusione* dipendente dalla disuguaglianza sostanziale economica e sociale.

5. Caratteri generali delle leggi antidiscriminatorie.

Il divieto di rifiutare di trattare, al pari del divieto di rifiutare di contrattare, opera non soltanto con riferimento all'*alienazione*, bensì anche all'*acquisto* di beni o di servizi⁹⁴.

Il divieto di discriminazione tutela chi intende procacciarsi un'utilità acquistando un bene o un servizio al pari di chi sia interessato a cedere un bene o prestare un servizio verso corrispettivo. In entrambi i casi è in gioco, allo stesso modo, la persona e la libertà economica del singolo ed il funzionamento del mercato. Del pari, il divieto di discriminazione tutela chi, attraverso il contratto, intende esercitare una libertà costituzionalmente garantita perseguendo uno scopo ideale (es., ammissione ad associazione riconosciuta o non riconosciuta). Il riferimento a beni o servizi deve essere inteso in senso lato, così da ricomprendere, ad es., l'acquisto di una partecipazione sociale, anche di una società cooperativa, o l'accesso alla qualità di associato.

Occorre distinguere tra contratti conclusi tra privati, contratti conclusi tra contraente professionale e consumatori e contratti tra imprese⁹⁵.

⁹² L. RAISER, *Il principio d'eguaglianza nel diritto privato*, prolusione del 30 novembre 1946 all'Università di Göttingen, ora in L. Raiser, *Il compito del diritto privato*, a cura di C.M. Mazzoni, Milano, 1990, 22.

⁹³ J. SAUL, *Cry for the beloved country. The post apartheid denouement*, in S. Jacobs – R. Calland, *Thabo Mbeki's World. The politics and ideology of the South African President*, University of Natal Press, 2002, 27; P. BOND, *Unsustainable South Africa. Environment, development and social protest*, University of Natal Press, 2002.

⁹⁴ Ciò non soltanto quando l'acquisto si inserisca in un'operazione economica in cui il consumatore si ripromette l'acquisto di altro bene o servizio. Si pensi al rifiuto del commerciante di auto usate di acquistare un "limone spremuto" da un extracomunitario che si propone di acquistare un'automobile nuova. È istruttiva la vicenda della nozione di consumatore che, nel testo italiano, si riferiva inizialmente al solo "acquisto di beni e servizi", mentre ora, correttamente ed in conformità alla Direttiva 93/13/CE, prescinde dalla circostanza che il consumatore che contratta con l'impresa si trovi nella posizione di acquirente o di alienante. Cfr. ora art. 3, comma 1, lett. a) cod.cons. In tema D. MAFFEIS, *La modifica della disciplina dei contratti del consumatore*, in *Contratti*, 2000, 271 ss.

⁹⁵ Insegna G.B. FERRI, *Divagazioni di un civilista intorno alla Costituzione europea*, in *Eur.dir.priv.*, 2005, 21, 23 che "Quando parliamo di mercato, o meglio di struttura del mercato, noi in fondo ci riferiamo a tre sostanziali tipi di situazioni e rapporti che in esso possono determinarsi: quelli che intercorrono tra imprenditori, quelli che intercorrono tra imprenditori e consumatori e quelli che intercorrono tra consumatori (...) insomma tra i privati". È diversa l'opinione di G. CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore*

Soggetti attivi di possibili atti discriminatori nello svolgimento delle trattative, nella formazione o nell'esecuzione di contratti conclusi a seguito di dichiarazioni al pubblico possono essere sia *l'impresa*, nei confronti di altra impresa o del consumatore, sia *il privato*, nei confronti di un altro privato⁹⁶. Beni e servizi sono infatti messi a disposizione maggiormente dall'una – il pane; l'automobile nuova – o dall'altro – l'abitazione (vendita o locazione); l'automobile usata –. Un divieto applicato soltanto al privato creerebbe un mercato di secondo livello sostanzialmente limitato alla soddisfazione dei bisogni primari in cui, per accedere ai beni ed ai servizi offerti dalle imprese, il discriminato dovrebbe acquistare da un altro privato, ad es. bussando alle porte per acquistare pane e patate. Per converso un divieto applicato soltanto all'impresa restringerebbe l'offerta a disposizione del discriminato con una conseguente esclusione dal mercato ad es. delle vendite e delle locazioni immobiliari offerte dai privati ed una generalizzata lievitazione dei prezzi.

In particolare, quanto ai contratti fra privati, particolarmente rilevante è il contratto di locazione immobiliare in cui è più rilevante l'idiosincrasia proprietaria ed il pericolo insito nella scelta di una controparte contrattuale considerata inaffidabile. Così Tizio potrebbe considerare un immigrato o un musulmano un conduttore sgradito.

Più diffuso, nel nostro paese, è il contratto di compravendita di immobili in cui, quando esista un preconcetto diffuso nella collettività, il venditore può essere influenzato da un fattore

sistematico-ermeneutico delle classificazioni, in *Riv.dir.civ.*, 2004, I, 849 ss., in particolare 861 il quale critica l'utilità della distinzione fra contratti civilistici e contratti d'impresa ed esclude che il diritto dei contratti dei consumatori possa utilmente essere considerato come una sottocategoria dei contratti d'impresa. Secondo un'ulteriore variante proposta da P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Riv.dir.civ.*, 2006, II, 426 si giustificerebbe l'individuazione di una categoria dottrinale dei contratti d'impresa all'interno della quale resterebbe la "necessità di distinguere i contratti d'impresa con i consumatori (...) dai contratti d'impresa con un'altra impresa".

⁹⁶ Così anche P. MOROZZO DELLA ROCCA – P. COGNINI, *Immigrazione: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Torino, 2005, 251. Non è chiaro se anche F. STORK, *Comments on the Draft of the New German Private Law Anti-Discrimination Act: Implementing Directives 2000/43/EC and 2004/113/EC in German Private Law*, in *German Law Journal*, vo. 6 n. 2, 2005, 540 e 534 ritenga che l'ambito di applicazione della Direttiva 2000/43/CE dal lato attivo concerna oltre alle imprese anche possibili soggetti privati che si rivolgano ad altri privati. Soggetto attivo della discriminazione può essere "chiunque" (art. 43, comma 1 d.lgs. 286/1998), "un privato o la pubblica amministrazione" (art. 44, comma 1 d.lgs.286/1998), "tutte le persone nel settore pubblico e privato" (art. 3, comma 1 d.lgs. 215/2003). Statuisce correttamente Cass.pen., 21 dicembre 2005, n. 46783, in *www.cittadinolex.kataweb.it*, che "le norme del d.lgs.286/1998 (...) mirano da un canto ad assicurare un meccanismo giurisdizionale idoneo a far cessare, in tempi rapidi, con azione civile comportamenti di privati o della Pubblica Amministrazione (il corsivo è mio), tali da produrre detta discriminazione e, dall'altro, a consentire la possibilità del risarcimento dei conseguenti danni anche non patrimoniali". Come è ampia la nozione di P.A. ai fini dell'art. 97 Cost., così deve interpretarsi in senso ampio l'espressione legislativa "soggetti pubblici". Correttamente, Trib. Milano, 21 marzo 2002, in *Foro it.*, 2003, I, 3175 ha statuito che "Sussiste la giurisdizione del giudice ordinario in ordine al ricorso ex art. 44 d.leg. 286/98, diretto a tutelare il diritto fondamentale della persona al riconoscimento della pari dignità sociale e alla non discriminazione, non rilevando in contrario che il comportamento che si assume discriminatorio sia stato posto in essere dalla p.a. e sia riconducibile all'applicazione di un atto amministrativo".

di discriminazione al fine di non abbattere il valore del proprio minimercato⁹⁷. Così Caio potrebbe considerare il musulmano un futuro proprietario sgradito agli altri inquilini o ai futuri acquirenti delle restanti porzioni dello stesso immobile.

Grande rilevanza assume la discriminazione posta in essere dall'impresa, che offre beni e servizi al pubblico, a danno di singoli consumatori. Ma assume rilevanza anche la discriminazione posta in essere dall'impresa ai danni di un'altra impresa. Si pensi alla discriminazione posta in essere a danno di piccole imprese di immigrati o di banche o società finanziarie di proprietà di soggetti stranieri.

Soggetto attivo della discriminazione può essere anche un soggetto appartenente alla stessa razza, etnia, nazionalità o territorio o che professi la stessa religione della controparte contrattuale: così allo straniero è vietato discriminare lo straniero ed all'individuo musulmano un altro musulmano. Si pensi al cingalese che raggiunga una posizione professionale di riguardo e si riveli poco solidale con i suoi concittadini, magari per accattivarsi le simpatie dei colleghi autoctoni. Diversamente opinando, per stabilire se vi sia stata discriminazione occorrerebbe stabilire ad es. se il contraente appartenga alla stessa razza della controparte contrattuale, per il che occorrerebbe redigere raccapriccianti elenchi e sottoelenchi di razze, di colori, di religioni, al pari di quanto accadeva nel regime di apartheid del Sudafrica, con la distinzione tra bianchi, coloured, indiani, africani, suddivisi in 10 nazioni⁹⁸ e le leggi si fonderebbero su un presupposto razziale (o etnico, o religioso) del tutto incompatibile con la *ratio* di contrastare l'esclusione sociale⁹⁹. Non è escluso naturalmente che, sul piano della prova, l'appartenenza del contraente e della controparte contrattuale alla medesima etnia o alla medesima nazionalità possa far presumere (art. 2729, comma 1 cod.civ.) che l'atto di cui si tratta *non* sia stato posto in essere con un intento discriminatorio

Può essere soggetto attivo della discriminazione anche il monopolista legale e qualsiasi soggetto che sia obbligato a contrattare osservando la parità di trattamento, in particolare

⁹⁷ Il settore dei contratti fra privati (P2P) è conservativo: G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Riv.dir.priv.*, 2000, 633 ss.; uno spunto già in V. ROPPO, *Contratti standard*, Milano, 1975, 13. Esso è dominato principalmente dai contratti di compravendita (o locazione) immobiliare, come evidenzia G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *Riv.dir.priv.*, 2003, 257.

⁹⁸ L. THOMPSON, *A history of South Africa*, Tale University Press, 2000, 190. Il regime di apartheid è rimasto in vigore dal 1948 sino al 1992; le radici della segregazione sono fatte risalire da numerosi storici alla formazione da parte dei Boeri guidati da Pretorius nel 1836 del Free Orange State e nel 1853 della Repubblica del Transvaal, con la conseguente formazione di distinti territori per bianchi e neri.

⁹⁹ Una distinzione all'interno ad es. delle razze potrebbe avallare indesiderabili – e ben note – conseguenze quale la ripartizione delle metropoli per zone in cui commercianti e residenti appartengono tutti ad una medesima nazionalità. La tendenza è nota e diffusa così come quella degli immigrati provenienti dallo stesso paese ad esercitare tutti lo stesso mestiere; cfr. J. BHAGWATI, *Elogio della globalizzazione*, Bari, 2005, 288.

proponendo condizioni eventualmente imposte o approvate dalla pubblica autorità¹⁰⁰. In tali casi le condizioni possono essere discriminatorie *ancorché corrispondano a quelle imposte o approvate dalla pubblica autorità*, ogni volta che il contraente, non potendo proporre ai clienti che presentano determinate qualità personali condizioni *peggiori* rispetto a quelle imposte o approvate dalla pubblica autorità, ponga in essere una discriminazione ricorrendo alla tecnica di proporre *alla generalità* degli altri clienti condizioni *migliori*¹⁰¹.

Soggetto attivo può essere anche la pubblica amministrazione, con riferimento a qualsiasi fase precedente alla scelta della controparte contrattuale¹⁰². In proposito si deve osservare che l'applicazione del divieto di discriminazione agli atti della pubblica amministrazione può rivelarsi meno agevole ed immediata rispetto ai contratti dei privati o d'impresa. È infatti assai probabile che la pubblica amministrazione non motivi *mai* i propri atti richiamando lo scopo discriminatorio¹⁰³, mentre, per converso, le prime applicazioni giurisprudenziali in materia di contratti dei privati e d'impresa mostrano come la prova dell'intento discriminatorio sia stata fino ad oggi molto spesso facilitata in ragione della frequente, espressa dichiarazione del contraente, di volta in volta, di "non voler contrattare con certi soggetti".

La *tipizzazione legale* del fenomeno dell'*esclusione sociale*, operata dalle leggi contro la discriminazione *per razza, etnia, colore, ascendenza, religione, nazionalità, provenienza geografica*¹⁰⁴ – che sicuramente ha risentito della "condensazione semantica" fra "razza, etnia

¹⁰⁰ Artt. 2597 cod.civ.; 187 r.d. 6 maggio 1940, n. 635; 19 r.d.l. 22 aprile 1943, n. 245.

¹⁰¹ Poiché non esiste un generale obbligo di parità di trattamento, se le condizioni migliori sono offerte non già alla generalità degli altri clienti, bensì a *singoli* clienti isolati, ovvero ad una *cerchia limitata* di clienti, non sussiste un indizio di discriminazione.

¹⁰² E così con riferimento all'aggiudicazione, all'offerta al concorrente privato, all'invito alla gara, all'invito a manifestare interesse.

¹⁰³ L'osservazione è di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile alla luce degli artt. 43, 44 del T.U. sull'immigrazione*, in *Dir.fam.pers.*, 2002, 141, 144.

¹⁰⁴ La dichiarazione sul principio di tolleranza adottata dalla Conferenza generale dell'Unesco del 16 novembre 1995 definisce la tolleranza "rispetto, accettazione e apprezzamento della ricchezza e della diversità delle culture del nostro mondo, delle nostre modalità d'espressione e dei nostri modi di esprimere la nostra natura di esseri umani". La nozione, da edificare, di "cittadinanza economica e sociale" è esaminata accanto alla nozione, ricetta, di "cittadinanza politica" da G. DALLA TORRE, *Nuove prospettive della solidarietà in una società democratica*, in *Iustitia*, 2004, 1 ss. In tema A.C. AMATO MANGIAMELI, *Persone e stati. Le conseguenze della "glocalizzazione" e della innovazione tecnologica*, Milano, 2006. Osserva M. BARCELLONA, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur.dir.priv.*, 2005, 645 che "prassi contrattuali che discriminano sulla base della razza, del sesso, della religione, del ceto ecc. suppongono, evidentemente, condizioni di emarginazione sociale dei soggetti discriminati".

Il "carattere sociale e strutturale" è abitualmente richiamato a proposito della discriminazione nei rapporti di lavoro: così *ex plurimis* M. ROCCELLA – T.TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Padova, 2002, III ed., 241 a proposito della discriminazione sessuale nel rapporto di lavoro.

e nazionalità” segnalata dall’antropologo culturale¹⁰⁵ – comporta che le leggi antidiscriminatorie si applicano non solo, com’è ovvio, quando l’atto discriminatorio preclude l’accesso al mercato della singola controparte – così se vendo pane a tutti, ma non alla minoranza spaturissima degli antitrinitari – bensì anche quando l’atto discriminatorio *non* comporti, di fatto, la preclusione dell’accesso al mercato – così, se vendo pane *soltanto* agli antitrinitari rifiutandolo ai cristiani non eterodossi –¹⁰⁶, così escludendo dall’accesso al bene soggetti che presentano una qualità personale rilevante ai sensi delle leggi antidiscriminatorie, e che di fatto pure potrebbero rivolgersi con successo al mercato acquistando *da altri* il bene o il servizio. L’esclusione sociale è infatti tipizzata dalle leggi antidiscriminatorie e non occorre sia di volta in volta accertata.

Opera l’interpretazione estensiva: ad es. alla discriminazione religiosa equiparata la possibile discriminazione compiuta ai danni degli appartenenti all’ideologia di “Scientology”¹⁰⁷. Ancora: la discriminazione posta in essere nei confronti della donna che sia nota per praticare su altre donne l’infibulazione dovrà essere considerata rilevante come discriminazione etnica o razziale o religiosa, pur essendo l’infibulazione legata a ragioni prettamente culturali. Parimenti il divieto opera se la discriminazione sia motivata dal mantenimento, da parte dello straniero, delle proprie radici culturali¹⁰⁸.

¹⁰⁵ U. FABIETTI, *L’identità etnica*, ottava ristampa, Urbino, 2005, 29. La condensazione semantica non riguarda soltanto l’Italia. Si può notare che l’Equal Status Act adottato dall’Irlanda nel 2000 accomuna (art. 3, comma 2, lett. h) sotto la categoria “ground of race” le ipotesi in cui “the two persons (...) are of different race, colour, nationality or ethnic or national origin”. Si pensi quanto poco senso avrebbe, in presenza di una discriminazione posta in essere ai danni di un contraente di religione ebraica, distinguere fra “antisemitismo” e “antisionismo”. La dottrina accosta abitualmente i fattori di discriminazione della razza e dell’etnia a quello della convinzione religiosa: si vedano G. OPPO, *Eguaglianza e contratto nelle società per azioni*, in *Riv.dir.civ.*, 1974, I, 634 s.; C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, 205 e *Id.*, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1978, 186; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 793 s. La storia più recente è triste testimone della contiguità dei fattori: nel programma nazista – quale si evince da *Mein Kampf* – l’obbiettivo dell’eliminazione degli ebrei si accompagna a quello dell’eliminazione, oltre che degli omosessuali, dei testimoni di Geova, degli zingari, dei ritardati mentali, dei portatori di handicap.

¹⁰⁶ I casi stravaganti pongono in capo al soggetto passivo della discriminazione un onere della prova, circa l’intento discriminatorio del soggetto attivo, particolarmente gravoso, attesa la verosimile mancanza di un corrispondente fenomeno sociale di discriminazione apprezzabilmente diffuso (ed attesa, dunque, la verosimile mancanza di una corrispondente evidenza statistica). Il problema si pone in termini analoghi per i casi di discriminazione cui non corrisponde un diffuso fenomeno sociale. Peraltro, la difficoltà probatoria non sussiste se la discriminazione è *dichiarata*: es., cartello affisso fuori dal negozio “serviamo solo antitrinitari”.

¹⁰⁷ *Contra*, ma in materia penale, Trib. Distr. Svizzera di San Gallo, 12 febbraio 1997, in *Dir.eccl.*, 1998, 605 che ha statuito che ““Scientology” non è una religione, in quanto ad essa mancano il rispettoso rapporto dell’uomo con Dio trascendente e creatore, la garanzia di libertà a favore degli adepti e un generale riconoscimento come confessione da parte della popolazione locale (il corsivo è mio); la concezione di Scientology è, piuttosto, una filosofia religiosa, o, meglio, un’ideologia e, come tale, rimane estranea alla sfera di protezione dell’art. 261 *bis* cod.pen. elvetico contro le discriminazioni razziali, etniche e religiose”.

¹⁰⁸ T.a.r. Lazio, 12 gennaio 2006, n. 288, in *Corr.merito*, 2006, 675 s. ha statuito – con riguardo ad una domanda di cittadinanza – che “il mantenimento delle proprie radici culturali non può essere considerato quale manifestazione della mancata integrazione nella comunità italiana e del rifiuto dei valori dello Stato italiano”.

Le leggi antidiscriminatorie proteggono il cittadino, lo straniero (comunitario¹⁰⁹ o extracomunitario) e l'apolide nonché, deve ritenersi, lo straniero rifugiato¹¹⁰.

Particolare rilievo assume l'equiparazione dello straniero extracomunitario (e dell'apolide) al cittadino.

L'equiparazione è scontata nel d.lgs. 215/2003, che non distingue in alcun modo a seconda della condizione del soggetto passivo e “si applica a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato”¹¹¹.

È notevole invece la scelta compiuta in attuazione dell'art. 10 Cost. sulla “condizione dello straniero” dal legislatore interno che, dettando il d.lgs. 286/1998, ha scelto di non disciplinare la sola discriminazione posta in essere ai danni dello “straniero”¹¹² ed ha esteso la disciplina “agli atti xenofobi, razzisti o discriminatori compiuti nei confronti di cittadini italiani, di apolidi e di cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea presenti in Italia”¹¹³. Ne discende che integra discriminazione il rifiuto di contrattare in ragione della provenienza territoriale all'interno del paese¹¹⁴, che sia posto in essere ad es. nei confronti di un cittadino “meridionale” o “padano”.

Il riferimento all'“accesso a beni o servizi” contenuto nelle leggi antidiscriminatorie concerne sia i *consumatori*, che accedono a beni e servizi per scopi non professionali, sia l'impresa individuale o collettiva¹¹⁵ ed il professionista, i quali accedono a beni e servizi per produrre altri beni o servizi o per scambiarli. Conferma si trae dal testo della Direttiva che, riferendosi all'“accesso a beni e servizi” ed alla “*loro fornitura*”, rende palese che potenziale soggetto passivo della discriminazione non è soltanto il soggetto che agisca per scopi di

¹⁰⁹ La discriminazione in danno di un soggetto comunitario è vietata anche ai sensi dell'art. 14, comma 2 Trattato CE.

¹¹⁰ Il riconoscimento dello stato di rifugiato è disciplinato dalla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951. Ma la domanda di asilo politico è ad oggi inaccoglibile in Italia in ragione della mancata attuazione *in parte qua* del precetto contenuto nell'art. 10 Cost.: così da ultimo App. Firenze, 9 maggio 2005, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2006, I, 524. A fine 2005 e secondo i dati UNHCR i rifugiati nel mondo erano circa 8,4 milioni ed in Italia erano 20.000.

¹¹¹ Art. 3 d.lgs. 215/2003.

¹¹² Entra qui in gioco la nozione di *nazionalità*, la quale, a differenza delle nozioni di “*razza*” e di “*etnia*”, è dotata di un preciso significato giuridico: ad essa è dedicato l'art. 10, comma 2 della Costituzione. Non è chiaro cosa intenda R. NUNIN, *Recepisce le direttive comunitarie in materia di lotta contro le discriminazioni*, in *Lav.giur.*, 2003, 907 quando sostiene che la disciplina della discriminazione per nazionalità integrerebbe una “*criticità*” delle leggi antidiscriminatorie.

¹¹³ Art. 43, comma 3 d.lgs. 286/1998 che estende anche la disciplina dell'art. 44.

¹¹⁴ Così condivisibilmente anche G. CASUSCELLI, voce “*Uguaglianza e fattore religioso*”, in *Digesto IV disc pubbl.*, vol. XV, Torino, 1999, 446.

¹¹⁵ L'espressione “*persona*” di cui al comma 1 dell'art. 2 d.lgs. 215/2003 è da intendersi in senso lato come la persona fisica o giuridica o altro soggetto collettivo così come il soggetto che eserciti un'attività professionale.

consumo¹¹⁶. Ad esempio, integra discriminazione razziale il rifiuto di contrattare eventualmente posto in essere da imprenditori privati o pubblici nei confronti di una banca – Merryll Lynch – in considerazione della circostanza che “gli azionisti sono (...) specificamente ebrei”¹¹⁷.

La scelta legislativa di non limitare la disciplina agli atti di consumo e di estenderla ai contratti tra imprese e tra privati – quando il bene sia messo a disposizione del pubblico con un invito o un’offerta – si spiega, perché la manifestazione della personalità, così come disciplinata e costituzionalmente protetta dall’art. 2 Cost., ed in particolare la manifestazione della volontà contrattuale – così come più in generale l’esercizio della libertà economica protetta dall’art. 41 Cost. – integra *sempre* una manifestazione della personalità¹¹⁸, per la persona fisica come per la persona giuridica e per gli altri soggetti collettivi¹¹⁹. Si pone, naturalmente, un problema di accertamento, in fatto, della ricorrenza in capo alla persona giuridica o al soggetto collettivo del fattore di discriminazione. Poiché i fattori di discriminazione della razza, dell’etnia e delle convinzioni religiose sono concepibili esclusivamente per la persona fisica, occorre avere riguardo alle persone fisiche che rivestono la qualità di membri del soggetto collettivo o che, a vario titolo, agiscono in nome o per conto di esso.

Ad una nozione ampia di soggetto passivo della discriminazione corrisponde un’altrettanto ampia nozione di interesse per la soddisfazione del quale il soggetto passivo agisce.

L’esercizio dell’autonomia contrattuale costituisce estrinsecazione della personalità della controparte contrattuale – ed è quindi protetto dal diritto contrattuale antidiscriminatorio

¹¹⁶ Art. 3, comma 1 Direttiva 2000/43/CE. Non è riprodotta la previsione del Considerando n. 16 della Direttiva che si riferisce alla sola persona fisica laddove è scritto che “It is important to protect all *natural* (il corsivo è mio) persons against discrimination on grounds of racial or ethnic origin”.

¹¹⁷ Una generica denuncia del pericolo di un possibile accesso o di un allargamento della presenza sul mercato italiano di Merryll Lynch e così di una “massoneria ebraica e americana” è stata fatta da un uomo politico italiano: si veda il *Corriere della sera* in data 13 settembre 2005.

¹¹⁸ R. SACCO, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, I, Torino, 2004, 420, nt. 4; G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1995, 39. In senso dubitativo L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa tit.cred.*, 1997, I, 18.

¹¹⁹ Anche secondo B. TROISI, *Profili civilistici del divieto di discriminazione*, ne *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista. Atti del I convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (S.I.S.Di.C.)*, Napoli, 2006, 299 il divieto concerne anche la discriminazione di persone giuridiche e soggetti collettivi. In generale per il riconoscimento dei diritti della personalità anche alle persone giuridiche ed ai soggetti collettivi già A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da A. Cicu e F. Messineo*, Milano, 1982, II ed., 45 ss. ed ora V. ZENO ZENCOVICH, voce “Personalità (diritti della)”, in *Digesto IV*, vol. XIII, Torino, 1991, 440 e tra gli altri S. CHIARLONI, *Su taluni aspetti processuali del risarcimento del danno da lesione dei diritti della personalità*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1991, 1185. In giurisprudenza Cass., 10 aprile 2003, n. 5664, in *Foro it.*, 2005, I, 191; Cass., 5 dicembre 1992, n. 12591, in *Foro it.*, 1994, I, 561; Cass., 10 luglio 1991, n. 7642, in *Giust.civ.*, 1991, I, 1955.

– sia che la controparte intendesse soddisfare bisogni primari sia che si ripromettesse di soddisfare interessi secondari o voluttuari.

6. Qualificazione civilistica dell'atto discriminatorio.

Perché Tizio, consapevole che Caio è cattolico, gli rifiuta il servizio ?

Perché Sempronio, rendendosi conto (dall'abito) che Mevio è induista, determina nei suoi confronti condizioni contrattuali peggiori rispetto a quanto altrimenti farebbe¹²⁰ ?

Cominciamo col notare che l'atto discriminatorio non è un atto emulativo¹²¹: esso può essere, per il contraente, inutile¹²² o dannoso¹²³ – il rifiuto a questo o a quel richiedente di alienare beni o servizi offerti al pubblico comporta un'ovvia contrazione dei ricavi dell'attività economica – ma è discriminatorio anche l'atto *che risponde ad un interesse economico o morale del contraente* – così, integra discriminazione l'applicazione di condizioni economiche peggiori, la quale comporta per il soggetto attivo un ovvio vantaggio economico –.

Contro la semplicistica riconduzione dell'atto discriminatorio a quello emulativo depone la previsione, quale fattispecie tipica di discriminazione, della proposta o della predisposizione di “condizioni più svantaggiose” per la controparte¹²⁴, che rispondono per definizione ad un interesse economico del contraente.

¹²⁰ Si tratta del fenomeno già descritto come “processo psicologico che, caso per caso, induce l'autore del negozio alla designazione dell'altro contraente”. A. GALASSO, *Errore sulla persona, personalità della prestazione e intuitus personae*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1973, 1345.

¹²¹ La struttura dell'emulazione è esaminata da R. SACCO, *L'abuso del diritto*, in G. Alpa – M. Graziadei – A. Guarneri – U. Mattei – P.G. Monateri – R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco*, Torino, 2001, 356, 342 ss.

¹²² L'atto inutile non è l'atto di un demente (cfr. R. SACCO, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, II, Torino, 2004, 847). In taluni casi difetta un interesse, che è sostituito dal puro intento: si pensi a colui che discrimina per brutale ignoranza ed invece è ossequioso nei confronti del personale qualificato di un'altra razza, per la ragione che si presenta ben vestito. In altri casi un interesse c'è: si pensi a colui che limita i suoi atti di discriminazione all'immigrato qualificato, che farebbe concorrenza al personale qualificato autoctono, riservando un trattamento normale agli immigrati non qualificati che costituiscono una preziosa forza lavoro. In entrambi i casi l'atto è consapevole.

¹²³ R. SACCO, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, I, Torino, 2004, 27 adduce quale esempio di *ingiustizia* quello del “contraente (che) pur di far danno ad un altro possibile contraente, fa del male a se stesso e non conclude l'affare”.

¹²⁴ In dottrina è stato felicemente notato che sussiste violazione del divieto di discriminazione *non solo* in presenza di atti “sorretti da motivazioni emulative o dispettose o del tutto antieconomiche” *bensi anche* di atti sorretti da “scopi di pura sopraffazione” e, dunque, non necessariamente antieconomici: così U. BRECCIA, ne *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone*, XIII, 3, Torino, 1999, 203. In giurisprudenza, Trib. Padova (ord.), 19 maggio 2005, in *Giur.it.*, 2006, 950 ha correttamente accertato l'intento discriminatorio del bar che applicava prezzi doppi ai clienti extracomunitari, ancorché l'applicazione di prezzi maggiorati risponda al più elementare interesse economico dell'impresa, che è di aumentare la misura del corrispettivo.

Quando, in particolare, il contraente propone o predispone “condizioni più svantaggiose” per la controparte – ad es. Tizio vende alla generalità dei clienti al prezzo di 5, ma pretende 7 da Caio, perché questi è un forestiero – l’atto discriminatorio può essere descritto come una *pena privata illecita*¹²⁵, poiché il contraente ottiene un vantaggio economico il quale non trova alcuna giustificazione in alcun danno o in alcun sacrificio che gli derivi dalla qualità personale della controparte, alla quale egli ha attribuito rilevanza determinante del suo consenso.

Già sappiamo che alla base della discriminazione è il preconetto, in una delle diverse forme in cui esso può manifestarsi.

Le leggi antidiscriminatorie dispongono che, perché vi sia discriminazione, occorre che la condotta sia posta in essere “a causa”, “soltanto a causa”, “in ragione” del fattore di discriminazione¹²⁶; ad es., “soltanto a causa della razza”¹²⁷.

“Soltanto a causa”: e dunque l’*intento* discriminatorio deve essere *unico ed esclusivo*¹²⁸.

Ora si tratta di vedere come l’istituto è delineato, nella sua struttura, dalle leggi antidiscriminatorie.

L’espressione “soltanto a causa” esprime *il carattere determinante, in via esclusiva, del consenso del contraente, della qualità personale della sua controparte*¹²⁹. Pertanto, non

¹²⁵ Tratto caratterizzante della pena privata è la “mancanza di una necessaria corrispondenza tra il vantaggio pecuniario che il soggetto leso consegue e il danno effettivamente subito”: così S. PATTI, voce “*Pena privata*”, in *Digesto IV, disc.priv.*, vol. XIII, Torino, 1995, 350. Si veda ampiamente P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, 69.

¹²⁶ Sono equivalenti le espressioni “a causa” (art. 2 d.lgs. 215/2003; “on grounds of”, “pour des raisons de”, “aufgrund ihrer”, “per motivos de”), “soltanto a causa” (art. 43, comma 2, lett. b) d.lgs. 286/1998), “in ragione di” (art. 43, comma 2 lett. c) d.lgs. 286/1998).

¹²⁷ L’art. 43 d.lgs. 286/1998 dispone che “compie un atto di discriminazione (...) chiunque imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire beni o servizi offerti al pubblico ad uno straniero *soltanto a causa* della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità”; l’art. 2 d.lgs. 215/2003 statuisce che “per principio di parità di trattamento si intende l’assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta *a causa* della razza o dell’origine etnica”. La previsione secondo cui “Non costituiscono, comunque, atti di discriminazione ai sensi dell’articolo 2 quelle differenze di trattamento che, pur risultando indirettamente discriminatorie, siano giustificate oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari” (art. 3, comma 4 d.lgs. 215/2003) si riferisce alla fattispecie della discriminazione indiretta che non è configurabile in ambito contrattuale.

¹²⁸ Si tratta com’è ovvio dell’*intento empirico*, non dell’*intento giuridico*; cfr. C. GRASSETTI, *Rilevanza dell’intento giuridico in caso di divergenza dall’intento empirico*, Milano, 1936, 20 ss.

¹²⁹ Non gioverebbe in termini di chiarezza leggere il divieto di discriminazione nel contratto come un *limite all’esercizio* della libertà di scelta della controparte contrattuale. Ma conviene osservare come anche ad una simile lettura il divieto di discriminazione sarebbe pienamente conforme ai principi, posto che anche gli “atti leciti” (...) possono essere considerati “illeciti” per contrarietà a previsioni inderogabili dell’ordinamento con la conseguenza della loro nullità (...)” (M. GIORGIANNI, voce “*Volontà*” (*dir.priv.*), in *Enc.dir.*, s.d. ma Milano, 1993, 1043). Il confine di liceità dell’esercizio di qualsiasi diritto può essere rappresentato dai casi in cui “l’agente, con colpa o con dolo, leda un diritto soggettivo assoluto della vittima”: A. GAMBARO, voce “*Abuso del diritto*”, in *Enc.giur.Treccani*, s.d. ma Milano, 1988, 4; R. SACCO, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, II, Torino, 2004, 312; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile diretto da M.*

occorre che il contraente agisca con lo scopo *specifico* di causare un pregiudizio patrimoniale o di mortificare la persona della controparte, bensì è sufficiente che egli *si raffiguri, e voglia* riservare alla controparte contrattuale un trattamento dannoso o comunque più sfavorevole¹³⁰.

Può darsi indifferentemente che il contraente agisca allo scopo specifico di indurre la controparte ad astenersi in futuro dal richiedere la prestazione. Comunque, siamo in presenza di una discriminazione nel contratto, poiché la legge delinea la fattispecie astratta come un illecito di *dolo generico*, non di dolo specifico. Il fatto che non sia richiesto il dolo specifico comporta che la discriminazione contrattuale non si accompagna necessariamente al reato di commissione di atti di discriminazione¹³¹. Ma se la discriminazione contrattuale, cosciente e

Franzoni, Milano, 2004, 807. Cfr. anche M. DOSSETTI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di abuso del diritto*, in *Giur.it.*, 1969, I, 1, 1573. Si segnalano anche le considerazioni di E. NAVARRETTA, *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1998, 647 s. secondo la quale “in tutte le ipotesi in cui, prendendo a modello le fattispecie tipizzate dal legislatore come campi applicativi della correttezza e della buona fede oggettiva, è possibile individuare una specificazione del danneggiato rispetto al danneggiante, si può e si deve ricorrere al canone della correttezza. Il suo contenuto precettivo consiste in una comparazione successiva e concreta degli interessi in conflitto (compresi eventuali interessi costituzionali, rilevanti in quanto finalità perseguite nell’esercizio del diritto), che viene effettuata tenuto conto delle circostanze concrete e, specificamente, del *quomodo* della condotta”.

¹³⁰ Si tratta pertanto di un illecito *di dolo*, che sussiste *sia* quando il contraente agisca in base ad un suo personale preconcetto *sia* quando egli si limiti ad assecondare un preconcetto diffuso. *Contra* in giurisprudenza Trib. Padova (ord.), 19 maggio 2005, in *Giur.it.*, 2006, 950 che accerta correttamente il compimento di un atto discriminatorio in presenza di maggiorazione dei prezzi al consumo posta in essere da un bar nei confronti dei soli appartenenti a nazionalità albanese, ma afferma, in modo non condivisibile, che sarebbe irrilevante l’intento discriminatorio, in considerazione del fatto che sarebbe sufficiente l’“effetto”. La motivazione dell’ordinanza – che è giunta alla soluzione corretta accertando che erano infondate le difese addotte dal resistente (*ex art. 44 d.lgs. 286/1998*) circa le ragioni della propria condotta – è criticabile perché trascura che il comportamento è discriminatorio se posto in essere “soltanto a causa” della nazionalità. In dottrina un’opinione contraria a quella esposta nel testo è manifestata da P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile alla luce degli artt. 43, 44 del T.U. sull’immigrazione*, in *Dir.fam.pers.*, 2002, 141, 144 il quale ritiene irrilevante l’intenzione discriminatoria, ma all’esito di una ricostruzione viziata, in radice, dalla mancata distinzione tra le diverse ipotesi di discriminazione e quindi dal mancato isolamento della fattispecie della discriminazione *nel contratto* (secondo l’A. – 124 – nel caso di discriminazione non dolosa né colposa il rimedio sarebbe limitato all’adozione di idonee misure ripristinatorie, con esclusione del risarcimento del danno). Si tratta di un’impostazione da rifiutare al pari di quella che non distingue in generale all’interno del diritto antidiscriminatorio il diritto contrattuale antidiscriminatorio, caratterizzato da regole e principi propri e speciali.

¹³¹ Ai fini del compimento del reato di cui all’art. 3 l. 13 ottobre 1975, n. 654 (c.d. legge Mancino) è richiesto il dolo specifico: si tratta della “discriminazione razziale quale riconoscibile in atti, individuali o collettivi, di incitamento all’offesa della dignità di persone di diversa razza, etnia, o religione, come pure in comportamenti di effettiva offesa di tali persone, consistenti in parole, gesti e forme di violenza ispirati in modo univoco da intolleranza”: Cass.pen., 21 dicembre 2005, n. 46783, in www.cittadinolex.kataweb.it. Il “dolo specifico” consiste nella “coscienza e volontà di offendere l’altrui dignità umana in considerazione della razza, dell’etnia o della religione dei soggetti nei cui confronti la condotta viene posta in essere o ai quali si riferisce”. Cfr. anche Cass.pen., 10 gennaio 2002, in *Riv.pen.*, 2002, 325: “L’art. 3 l. 13 ottobre 1975 n. 654, nel vietare, sanzionandolo penalmente, ogni tipo di discriminazione razziale, quale riconoscibile in atti, individuali e collettivi, di incitamento all’offesa della dignità di persone di diversa razza, etnia o religione, come pure in comportamenti di effettiva offesa di tali persone, consistenti in parole, gesti e forme di violenza ispirati in modo univoco da intolleranza, delinea una figura di reato caratterizzata da dolo specifico, ossia dalla coscienza e volontà di offendere l’altrui dignità umana in considerazione delle caratteristiche razziali, etniche e religiose dei soggetti nei cui confronti la condotta viene posta in essere od ai quali si riferisce”. Osserva M. GIORGIANNI, voce “Volontà” (*dir.priv.*), in *Enc.dir.*, s.d. ma Milano, 1993, 1045 che “la tradizionale nozione che poneva l’*animus nocendi* (intenzione, volontà o coscienza dell’evento dannoso) quale elemento essenziale è stata via via

volontaria, è reiterata, è giusto inferire – com'è stato già ineccepibilmente statuito dalla Corte Suprema¹³² – il carattere specifico del dolo e così accertare il compimento – per il tramite della condotta consistente nel rifiuto di concludere il contratto – del *reato* di discriminazione etnica e razziale.

Difetta, invece, l'intento di discriminare – e pertanto non sussiste discriminazione – se il contraente rifiuta di contrattare o determina condizioni diverse e peggiori per la ragione che la controparte contrattuale – quale che sia la sua religione, razza, etnia, provenienza geografica, nazionalità – si è rivelata ad es. scarsamente affidabile in occasione dell'esecuzione di contratti precedenti¹³³ o si è comunque resa personalmente invisa al contraente¹³⁴.

Posto che le leggi antidiscriminatorie *vietano* di attribuire rilevanza esclusiva e determinante alle qualità della persona della controparte non può accogliersi, perché semplicistica, l'opinione – che rispecchia antiche ricostruzioni della natura dell'offerta al pubblico¹³⁵ – secondo cui basterebbe, per escludere l'applicazione delle leggi antidiscriminatorie, che il contratto rientri fra quelli abitualmente considerati come conclusi *intuitu personae*¹³⁶.

All'interprete è richiesto ben altro sforzo che il semplice richiamo ad una categoria dottrinale vaga ed elaborata ad altri fini e in diversi contesti.

Si richiede, innanzitutto, di tener conto dell'impatto dovuto all'entrata in vigore del divieto di discriminazione.

La dottrina tedesca ha elaborato il concetto di contratti *Massengeschäfte* in cui la natura del contratto rispecchierebbe la qualità della persona e pertanto renderebbe inapplicabile il divieto di discriminazione. La nozione di contratti *Massengeschäfte* è stata inserita nella

abbandonata a favore della formula, ormai prevalente, del dolo cosiddetto “generico” (...), spoglia da ogni elemento di intenzionalità, ritenendosi sufficiente, al posto dell'*animus nocendi*, la rappresentazione e consapevolezza (*scientia*) dell'evento dannoso (...). La *ratio* di tale evoluzione è stata individuata nella stessa evoluzione storica della responsabilità civile, diretta ad assicurare ai beni protetti dall'ordinamento una sempre più ampia tutela (...).”

¹³² Cass., 5 dicembre 2005, in *Foro it., Rep. 2006*, voce “Diritti politici e civili”, n. 11: “Integra gli estremi del reato di commissione di atti di discriminazione, per motivi razziali ed etnici, la condotta del gestore del bar che si rifiuti *ripetutamente* (il corsivo è mio) di servire le consumazioni richieste da avventori extra-comunitari, senza che costoro abbiano tenuto alcun comportamento scorretto”.

¹³³ Cfr. Cass., 19 gennaio 1956, n. 166, in *Giust.civ.*, 1956, I, 414.

¹³⁴ Chiarisce che “Il rifiuto di contrattare per ragioni personali si sottrae come tale ad un giudizio di illiceità” C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, 205.

¹³⁵ A. CICU, *L'offerta al pubblico*, Sassari, 1902, I, 61 s.; aderisce M. FRAGALI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, 357: “l'*intuitus personae* (nell'offerta al pubblico) giustifica il potere del dichiarante di scegliere la controparte con *arbitrium merum*”.

¹³⁶ Così invece nettamente G. SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale e la sua tutela giurisdizionale*, in *Riv.dir.civ.*, 2001, I, 823.

proposta avanzata in Germania, contenuta nel disegno di legge oggetto di discussione nel Bundestag in data 21 gennaio 2005.

Si tratta del tentativo di recuperare spazio alla libertà di scegliere con chi ed a quali condizioni contrattare muovendo, in apparenza, dalla natura del contratto, per svalutare il carattere determinante del consenso delle qualità personali.

Un simile tentativo deve essere disatteso, poiché con il ricorso al concetto di contratti *Massengeschäfte* il divieto di discriminazione finirebbe per non applicarsi ogni volta che il convenuto possa sostenere che le qualità della persona della controparte siano state *non del tutto irrilevanti*¹³⁷.

È dunque positivo che sia stata respinta la proposta di inserire la categoria dei contratti *Massengeschäfte* nella Direttiva 2004/113 in materia di discriminazione fondata sul sesso¹³⁸.

A mio avviso, deve certamente condividersi l'assunto di partenza, secondo cui il divieto di discriminazione non si applica incondizionatamente in tutti i casi in cui una qualità personale della controparte – rilevante come fattore di discriminazione – sia stata determinante in via esclusiva del consenso o della condotta del contraente.

Tuttavia, perché il divieto non si applichi occorre che la qualità personale *effettivamente ricada* sulla prestazione.

Occorre ricordare che il preconetto è il cuore della discriminazione, sicché è di tutta evidenza che non può essere proprio il preconetto ad escludere la discriminazione. È il caso in cui l'impresa rifiuti di concedere agli immigrati la dilazione del pagamento del prezzo per la ragione che una statistica dimostra una scarsa propensione degli immigrati – non, della singola controparte – al rispetto dei termini di pagamento delle rate.

La qualità, incidente sulla prestazione, deve essere presente nella controparte: e si tratta di vedere come incida.

¹³⁷ *Contra* F. STORK, *Comments on the Draft of the New German Private Law Anti-Discrimination Act: Implementing Directives 2000/43/EC and 2004/113/EC in German Private Law*, in *German Law Journal*, vo. 6 n. 2, 2005, 538 s. il quale afferma che “the notion of *Massengeschäfte* is about to reach a prominent place in German antidiscrimination law and is bound to have effect on European legislation as well”.

¹³⁸ In Italia il codice per la protezione dei dati personali, che contiene una disciplina *preventiva* della discriminazione, esclude la necessità del consenso espresso quando il trattamento è “necessario” per l'esecuzione del contratto o quando, prima della conclusione, dipende da una richiesta dell'interessato in ragione del collegamento funzionale allo specifico rapporto contrattuale o precontrattuale (art. 24, lett. b) d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196; cfr. V. CUFFARO, in V. Cuffaro – V. Ricciuto (cur.), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1997, 210). Tuttavia *il consenso scritto*, oltre all'autorizzazione del garante (art. 26, comma 2 d.lgs. 196/2003), è *sempre necessario per i dati sensibili*, relativi cioè a “origine razziale ed etnica”, “convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere”, “opinioni politiche”, “adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale” e per i dati “idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale” (art. 4, comma 1, lett. d) d.lgs. 196/2003).

Non è certo sufficiente che essa *non sia del tutto irrilevante*, alla stregua di quanto accadrebbe facendo ricorso al concetto di contratti *Massengeschäfte*. Occorre che si sia in presenza di contratti in cui la qualità della persona della controparte – rilevante come fattore di discriminazione – contribuisce ad identificare, non genericamente la “funzione” del contratto, bensì *la prestazione dedotta in contratto*¹³⁹.

Per conseguenza i contratti ai quali non si applica il divieto di discriminazione sono prevalentemente quelli in cui la controparte non acquista, bensì aliena beni o presta servizi. In tali contratti infatti è possibile che la qualità personale ricada sulla prestazione; ad es., la fede può incidere sulla scelta dei giorni di astensione dall’esecuzione della prestazione di fare, o sulla scelta delle pietanze con cui cucinare. Per converso, è meno probabile che la mera prestazione pecuniaria che costituisce il corrispettivo dell’acquisto di beni o servizi sia caratterizzata da una qualità personale. La cosa però non è esclusa. Si pensi al rifiuto manifestato dal direttore della banca di concedere un mutuo al tasso di interesse dell’8% perché il richiedente (solvibilissimo, in apparenza, perché munito di parecchio denaro contante) manifesta, con l’abito, l’appartenenza alla Umma islamica e così – secondo un giudizio di normalità – la rigida osservanza della šarī’a che vieta rigidamente di stipulare e ricevere interessi (*ribā*)¹⁴⁰: il direttore pensa che la controparte sarebbe anche meritevole di credito, ma probabilmente non corrisponderà gli interessi, perché inibita dalla rigorosa osservanza di (quello che gli appare) un preteso dovere morale (ed è invece un precetto giuridico ed innanzitutto *religioso*¹⁴¹).

La nostra dottrina ha già elaborato la categoria della qualità (della persona) che ricade sulla prestazione¹⁴². Ad es., è determinante del consenso l’errore sulla conoscenza della lingua inglese da parte della mia istituttrice, se intendo assumerla per far conoscere a mio figlio la lingua parlata negli Stati Uniti¹⁴³.

¹³⁹ Afferma V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 792 che “il carattere “personale” del contratto può discendere dalla *rilevanza che la persona di un contraente tipicamente riveste alla luce della tipica prestazione dedotta in contratto*” (il corsivo è dell’Autore).

¹⁴⁰ “O voi che credete ! temete Dio e lasciate ogni resto d’usura, se siete credenti” (Cor. II, 275, tr. it di A. BAUSANI, *Corano*, Firenze, 1955).

¹⁴¹ Indaga i “fondamenti religiosi” ed i “fondamenti giuridici” del “divieto islamico dell’usura e degli interessi” G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, Roma, 1996, 17 ss.

¹⁴² In tema A. GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974, 52 ss.; A.C. JEMOLO, *Errore sulle qualità essenziali*, in *Giur.it.*, 1950, I, 1 ss.

¹⁴³ Un esempio simile si trova in F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni*, II, Milano, 1987, 445.

La categoria – pur delineata con scarso rigore, attesa anche la mancanza pressoché totale di elaborazione giurisprudenziale¹⁴⁴ – è stata concepita al fine di individuare i casi in cui l'errore sulle qualità della persona della controparte contrattuale conduce sicuramente all'annullamento del contratto, ai sensi dell'art. 1429, n. 3 cod.civ.

A mio avviso, l'esame della fattispecie consente di evidenziare che, in questi casi, l'errore sulla qualità della controparte è in realtà un errore sulla qualità dell'oggetto della prestazione, con la conseguenza che, in applicazione del n. 2, non del n. 3 dell'art. 1429 cod.civ., l'errore è essenziale solo se determinante del consenso “secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze”.

In materia di discriminazione, la categoria delle qualità personali che ricadono sulla prestazione deve essere adoperata per escludere che sussista discriminazione ancorché una qualità, ad es. l'etnia della controparte, sia stata determinante del consenso, *in ragione del fatto che la qualità ricade sulla prestazione*. Non diversamente la più autorevole dottrina distingue tra la qualità della persona, rilevante perché incidente sul contenuto essenziale del contratto, ed il mero motivo, unilaterale e quindi irrilevante¹⁴⁵. Ad es., è determinante del consenso l'errore sulla rigida osservanza dei precetti della fede ebraica da parte del custode del mio giardino se mi serve che le piante siano innaffiate nella giornata di sabato¹⁴⁶. Tuttavia, occorrerà che l'esigenza di innaffiare le mie piante proprio nella giornata di sabato sussista “secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze”, ad es. perché si tratta dell'unico giorno in cui lo stillicidio dell'acqua ai piani inferiori non reca disturbo agli altri condomini, mentre non sarà sufficiente una mia preferenza irrazionale.

Non esclude, invece, la discriminazione, la circostanza che la qualità personale in gioco non coincida in senso stretto con una di quelle rilevanti come fattore di discriminazione (es., la religione), bensì sia ad essa legata secondo un giudizio di normalità (es., la provenienza geografica). Così, se Tizio rifiuta la proposta della controparte africana per il modo come essa parla l'italiano, la discriminazione non è esclusa, se il modo come la controparte parla l'italiano non ricade sulla prestazione.

Una volta accertato che la qualità personale della controparte ricade sulla prestazione, il divieto di discriminazione è destinato a non operare. Ed è del tutto ovvio che, se il divieto di

¹⁴⁴ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 793.

¹⁴⁵ G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 35.

¹⁴⁶ La fede religiosa della controparte è una qualità personale *frutto di una scelta* che il contraente può essere indotto a considerare come un elemento che ne ispira la condotta. Sicché il contraente potrebbe dare per scontato che la sua controparte non presterà la sua attività il sabato. Tuttavia, il contraente è *tenuto a verificare* che la sua controparte non intenda prestare attività il sabato.

discriminazione limita l'idiosincrasia del contraente nella scelta della controparte contrattuale, resta invece piena ed insindacabile la libertà del contraente di scegliere il bene o il servizio (la "prestazione" su cui le qualità personali della controparte possono incidere). Sicché la ragazza musulmana non potrà in essere alcuna discriminazione se, per nascondere le ginocchia, cercherà una (sarta che sia capace di realizzarle una) gonna di quella lunghezza; il regista o il produttore del film saranno liberi di assegnare la parte ad un attore rigorosamente biondo e con gli occhi azzurri, dovendo interpretarsi il ruolo di un ufficiale delle SS ¹⁴⁷; sarò libero di pretendere fra più candidati un insegnante privato musulmano per lezioni sul Corano. La cultura di appartenenza, indissolubilmente legata al paese di origine, è, qui, al centro del problema: meno certo è che sia esclusa la discriminazione se la qualità personale della controparte è richiesta *ad pompam* (il vezzo di ostendere una *mamy* di colore per conquistare l'invidia delle amiche).

7. Fattispecie rilevanti di discriminazione nelle offerte al pubblico e negli inviti ad offrire.

In Italia le prime applicazioni delle leggi antidiscriminatorie evidenziano che a carico dell'attore incombe l'onere della prova della circostanza che il contraente era a conoscenza della sua qualità e che ha agito con la coscienza e la volontà di negargli l'accesso ad un bene o ad un servizio o di consentire l'accesso soltanto a condizioni diverse e più svantaggiose; la *conoscenza della "diversità"* costituisce *l'antecedente causale* della condotta discriminatoria ¹⁴⁸.

I primi casi si segnalano per un dato sconcertante (che rivela una sconcertante mancanza di cultura della tolleranza): il convenuto facilita il compito all'attore, perché viene in giudizio a sbandierare il pregiudizio.

L'impresa convenuta non contesta di avere rifiutato di contrattare o di avere proposto condizioni peggiori ma dichiara (confessa) di averlo fatto in ragione di un rilevante fattore di discriminazione e sostiene che la discriminazione dipende da una legittima strategia aziendale.

¹⁴⁷ B. TROISI, *Profili civilistici del divieto di discriminazione, ne Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista. Atti del I convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (S.I.S.Di.C.)*, Napoli, 2006, 303.

¹⁴⁸ Condivisibilmente F. STORK, *Comments on the Draft of the New German Private Law Anti-Discrimination Act: Implementing Directives 2000/43/EC and 2004/113/EC in German Private Law*, in *German Law Journal*, vo. 6 n. 2, 2005, 546 afferma che colui "who considers himself wronged because the principle of equal treatment has not been applied to him" ha l'onere di "establish(...) facts from which it may be presumed that there has been a case of direct or indirect discrimination".

Così è stato nel caso del bar di Padova che, avendo praticato prezzi di consumo al tavolo maggiorati del 100% soltanto nei confronti di soggetti extracomunitari, ha allegato che si sarebbe trattato di “un sistema per allontanare una clientela non ritenuta idonea (...) perché aveva avuto brutte esperienze (con extracomunitari) per questioni di droga”¹⁴⁹.

Così è stato anche nel caso del bar di Verona che aveva rifiutato le consumazioni ai clienti nordafricani ed allegava che “tutti avessero qualità caratteriali negative” che li avrebbero resi “pericolosi per il solo fatto di appartenere alla loro razza”; chiaramente ed efficacemente la Corte Suprema ha disatteso l’argomento difensivo sul rilievo che “la condotta (...) riservata a tutti gli extracomunitari prescindeva da azioni o comportamenti *specifici di costoro* (il corsivo è mio) e non (trovava) ragione giustificatrice diversa dalla volontà di offendere la dignità degli stessi a causa della loro diversa razza ed etnia”¹⁵⁰.

Sembrerebbe che l’attore non abbia da temere dalle possibili difese del convenuto.

Ma il quadro – c’è da augurarsi – è destinato a mutare.

Una volta compreso che sbandierare il preconcetto in giudizio non premia, il convenuto potrà sostenere che il suo rifiuto dipende dall’esaurimento della merce o comunque dall’impossibilità di soddisfare tutte le richieste¹⁵¹.

E qui il problema dell’onere della prova a carico dell’attore sarà meno banale. In questi casi, ferma l’eventuale responsabilità del contraente ai sensi dell’art. 1337 cod.civ. per aver creato un affidamento sulla residua disponibilità della merce offerta, incombe all’evidenza su di lui l’onere di provare l’impossibilità di soddisfare la richiesta, in applicazione del principio della miglior attitudine alla prova¹⁵², posto che la circostanza della residua disponibilità della merce rientra intieramente nella sua sfera di controllo¹⁵³. Sotto questo aspetto la soluzione è identica a quella pacificamente adottata per il monopolista legale ed il concessionario di servizio pubblico, ai quali è richiesto di fornire la prova di non poter soddisfare la richiesta del bene o servizio che essi sono tenuti ad erogare a parità di condizioni a chiunque ne faccia richiesta¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Trib. Padova (ord.), 19 maggio 2005, in *Giur.it.*, 2006, 949 ss.

¹⁵⁰ Cass.pen, 21 dicembre 2005, n. 46783, in *www.cittadinolex.kataweb.it*.

¹⁵¹ La dinamica è visibile in Trib. Monza (ord.), 27 marzo 2003, in *Foro it.*, 2003, I, 3179.

¹⁵² Si veda S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Bologna – Roma, 1987, 93.

¹⁵³ La giurisprudenza, condivisibilmente, applica di frequente il criterio della sfera di controllo al fine di ripartire l’onere della prova, ad es. nella materia centrale della prova dell’inadempimento contrattuale; *ex plurimis* Cass., 5 aprile 2005, n. 7081, in *Contratti*, 2005, 969.

¹⁵⁴ M. LIBERTINI – P.M. SANFILIPPO, voce “*Obbligo a contrarre*”, in *Digesto IV, disc.priv.*, vol. XII, Torino, 1995, 509.

Deve ancora osservarsi che non opera, quale causa di giustificazione, la pretesa salvaguardia di criteri etici o morali; così, il rifiuto di consentire l'accesso all'alloggio ad una donna africana (regolarmente soggiornante) integra un atto illecito anche se la cultura di provenienza della donna sia nota per la diffusione di pratiche di infibulazione¹⁵⁵. Parimenti è illecito l'atto compiuto contro l'uomo di religione islamica benché la religione islamica conosca il diritto al ripudio della moglie. Ed è illecito il boicottaggio di beni fabbricati da imprese cinesi, benché in Cina sia diffuso il ricorso al lavoro minorile. Del pari, non opera quale causa di giustificazione il preteso intento di impedire future discriminazioni, ad es. rifiutando di concludere un appalto con un imprenditore individuale libanese con l'intento di prevenire la successiva discriminazione ai danni di ebrei in occasione della possibile conclusione di contratti di subappalto.

Ulteriori fattispecie rilevanti possono riguardare la concessione del credito e più in generale l'accesso ai servizi bancari o la determinazione delle condizioni di assicurazione.

Il divieto di discriminazione è applicabile ai contratti bancari, quando essi non sono personalizzati – si pensi ad un *partecipated loan* negoziato con un gruppo industriale – bensì sono messi a disposizione della generalità del pubblico: conti correnti di corrispondenza, mandati per l'esecuzione di bonifici, servizi di cassette di sicurezza, aperture di credito e così via¹⁵⁶.

La discriminazione può verificarsi nella fase della trattativa e nei contratti con singole controparti, segue a dichiarazioni rivolte al pubblico, tutte di identico contenuto e consiste nel rifiutare di contrattare o nel riservare condizioni migliori, rispetto a quelle pubblicizzate, alla generalità dei clienti ad esclusione di determinate categorie individuate in base a qualità personali.

La discriminazione può manifestarsi in due diverse forme.

Innanzitutto, si può assistere all'applicazione di condizioni *diverse e peggiori*. Al riguardo occorre considerare che oggi è il Testo Unico Bancario che detta la nullità delle clausole “che prevedono tassi, prezzi e condizioni *più sfavorevoli* per i clienti di quelli pubblicizzati”¹⁵⁷. Dunque ai sensi della disciplina speciale non è vietata l'applicazione a

¹⁵⁵ L'art. 6 l. 9 gennaio 2006, n. 7 introduce il nuovo delitto di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili all'art. 583 *bis* cod.pen. A proposito dell'infibulazione discorre di “conflitto, drammatico, fra l'affermazione di una soggettività femminile consapevole ed il diritto delle minoranze al rispetto delle proprie tradizioni” M.R. MARELLA, *Identità culturale e differenze. A proposito del saggio di Paolo Morozzo della Rocca*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1992, 444.

¹⁵⁶ Si consulti l'elenco di “operazioni e servizi” contenuto in allegato alla Deliberazione CICR 4 marzo 2003 in conformità all'art. 116, comma 3 lett. a) d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385.

¹⁵⁷ Art. 117, comma 6 d.lgs.1 settembre 1993, n. 385.

singoli clienti di condizioni *più favorevoli*. Ciò comporta che *vi è margine* perché condizioni *più favorevoli* siano riservate a *tutte* le controparti contrattuali che *non* presentano una qualità personale rilevante come fattore di discriminazione, ad es. la religione, con la conseguente violazione del divieto di discriminazione.

Sotto altro aspetto, la facoltà della banca di scegliere con chi trattare – e, se del caso, di rifiutare – è presidiata, *nelle intenzioni del legislatore speciale*, dalla previsione secondo cui “Le informazioni pubblicizzate non costituiscono offerta al pubblico ai sensi dell’art. 1336 del codice civile”¹⁵⁸. Ma è fallace l’idea – pur diffusa – che fa seguire alla qualificazione della dichiarazione al pubblico come mero invito ad offrire un’insindacabile libertà del contraente di rifiutare di trattare¹⁵⁹.

In materia assicurativa il problema della discriminazione non si pone per i contratti relativi ai *rischi personalizzati*¹⁶⁰, mentre si pone per i contratti attinenti principalmente all’assicurazione obbligatoria della responsabilità civile¹⁶¹ in relazione al calcolo del premio¹⁶² ed in particolare per le statistiche dei sinistri relativi a soggetti che presentino determinate qualità personali.

Anche se obbligata a trattare¹⁶³, l’impresa è tuttavia libera di determinare l’ammontare del premio sulla base di tariffe stabilite preventivamente per ogni rischio e con il limite testuale del divieto di eludere l’obbligo di trattare proponendo tariffe maggiori¹⁶⁴.

¹⁵⁸ Art. 116, comma 4 d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385. L’art. 7 della Deliberazione CICR 4 marzo 2003 dispone che “Gli annunci pubblicitari, comunque effettuati, con cui l’intermediario rende nota la disponibilità di operazioni e servizi, specificano la propria natura di messaggio pubblicitario e indicano che i fogli informativi sono a disposizione della clientela”. Si osservi come la norma detti per i contratti bancari una disciplina opposta a quella dettata per i contratti del commercio al dettaglio dall’art. 3 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114: “*In conformità a quanto stabilito dall’art. 1336 del codice civile, il titolare dell’attività commerciale al dettaglio procede alla vendita nel rispetto dell’ordine temporale della richiesta*”. A sua volta l’art. 8 Deliberazione CICR 4 marzo 2003 emanato in attuazione dell’art. 117, comma 3 d.lgs. 1 settembre 1993, n. 285 dispone che “Prima della conclusione del contratto il cliente ha diritto di ottenerne una copia completa per una ponderata valutazione del contenuto. La consegna della copia non impegna le parti alla conclusione del contratto”.

¹⁵⁹ Con riferimento al citato art. 116, comma 4 d.lgs. 385/1993 *ex plurimis* P. VALENTINO, in F. CAPRIGLIONE (cur.), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 1994, 591.

¹⁶⁰ In tema L. SELLERI, *Nuovi orientamenti nelle politiche di premio delle imprese di assicurazione*, in *Dir. ec. assicuraz.*, 2001, 969 ss.

¹⁶¹ Cfr. art. 132 del codice delle assicurazioni private di cui al d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209.

¹⁶² Il problema può anche riguardare le variazioni dei c.d. elementi mutevoli che per espressa previsione contrattuale devono essere oggetto di comunicazione nel corso del rapporto da parte dell’assicurato; sulla c.d. “clausola di regolazione del premio” Cass., 28 febbraio 2005, n. 3370, in *Contratti*, 2006, 45 ss.

¹⁶³ Come accade per effetto dell’art. 11, comma 1 l. 24 dicembre 1969, n. 990 ed ora dell’art. 132 del codice delle assicurazioni private di cui al d. lgs. 209/2005.

¹⁶⁴ Art. 1 *bis* l. 990/1969. In data 7 marzo 2005 il Presidente del Tribunale di commerciale di Brussels, adito dall’associazione di consumatori DKW Belgium, ha inibito ad una compagnia di assicurazioni di applicare premi maggiori al contratto di assicurazione per i rischi di spese ospedaliere, in considerazione dell’età.

Dunque la discriminazione può manifestarsi nella forma di *dichiarazioni discriminatorie*, che sono rivolte bensì al pubblico – stante l’obbligo di contrattare – ma lo sono con contenuti differenti *in ragione di qualità personali*.

Occorre muovere dalla constatazione che, nell’ambito dell’assicurazione obbligatoria della responsabilità civile, le polizze incidono su situazioni diffusamente considerate alla stregua di *diritti sociali della persona*, qual è quello, ad es., di disporre di un’automobile.

In particolare, per l’assicurazione obbligatoria della responsabilità civile per la circolazione di veicoli a motore e natanti, la compagnia di assicurazione predispone un testo di preventivo – che il cliente, nella qualità di richiedente, può calcolare anche on line – il quale distingue a seconda della *zona di residenza* dello stesso richiedente, del *sex*, dell’*età*¹⁶⁵.

Al contratto di assicurazione dedica un’apposita disciplina – a differenza della Direttiva 2000/43/CE in materia di discriminazione etnica e razziale – la Direttiva 2004/113/CE in materia di discriminazioni di sesso. In particolare la Direttiva 2004/113/CE vieta la proposta di premi diversi determinati tenendo conto, quale fattore di calcolo, del sesso del contraente¹⁶⁶. La scelta del legislatore comunitario trova la sua *ratio* nella circostanza che le compagnie di assicurazione tendono ad attribuire sempre maggiore rilevanza al sesso dell’assicurato, assai spesso favorendo la donna, che, secondo le statistiche, è un soggetto meno esposto a sinistri.

Lo scopo della disciplina è quello di consentire alle compagnie di assicurazione di continuare a “tenere conto del sesso quale fattore di calcolo dei premi”, ma *distribuendo il maggior costo*, derivante dal maggior rischio, *fra tutti gli assicurati*. La scelta economica è quella di un *sussidio fra clienti*. Questo obiettivo richiede che siano vietate le “differenze nei premi e nelle prestazioni”, le quali potrebbero condurre ad una sostanziale *non assicurabilità*

¹⁶⁵ Nella prassi la compagnia di assicurazione tiene conto anche degli incidenti pregressi e del numero di figli. Cfr. art 12 *bis* l. 24 dicembre 1990, n. 969. La materia è ora disciplinata dall’art. 131 del codice delle assicurazioni private di cui al d.lgs. 209/2005 che detta i principi della “trasparenza dei premi e delle condizioni di contratto” da attuarsi nelle modalità da definirsi con regolamento attuativo. Per situazioni particolari opera un obbligo di pari trattamento. Così “i premi praticati su determinazione di ciascuna impresa di assicurazione agli assicurati inseriti nella classe di merito di massimo sconto nell’ultimo biennio sono uniformi nell’intero territorio nazionale”: art. 12 *bis*, comma 2 l. 990/1969.

¹⁶⁶ Art. 5, comma 1 Direttiva 2004/113/CE: “Gli Stati membri provvedono affinché al più tardi in tutti i nuovi contratti stipulati dopo il 21 dicembre 2007, il fatto di tenere conto del sesso quale fattore di calcolo dei premi e delle prestazioni a fini assicurativi e di altri servizi finanziari non determini differenze nei premi e nelle prestazioni”. La regola vale per i nuovi contratti conclusi successivamente al 21 dicembre 2007 (ma con facoltà degli Stati di rinviare l’attuazione fino al 21 dicembre 2009 informandone la Commissione); per il periodo precedente (art. 5, comma 2) è possibile l’applicazione di premi diversi “ove il fattore sesso sia determinante nella valutazione dei rischi, in base a pertinenti e accurati dati materiali e statistici”.

di determinati rischi – alla stregua dei c.d. “rischi tarati” caratteristici del ramo vita – in ragione del più elevato premio che sarebbe richiesto ad un uomo.

8. Fattispecie rilevanti di discriminazione nell’esecuzione del contratto.

Se colui che non può discriminare in fase di conclusione e di determinazione del contenuto del contratto potesse discriminare in fase di esecuzione, il divieto di discriminazione sarebbe beffardo¹⁶⁷: il mero riconoscimento ad es. al protestante dell’accesso ad un servizio non tutela in maniera effettiva il suo interesse se la sua controparte resta libera, nella fase dell’esecuzione del contratto, di adottare “*soltanto a causa*” della religione comportamenti *diversi e “più svantaggiosi”* (rispetto ai comportamenti che sarebbero stati adottati se una sua qualità personale non avesse inciso sulla volontà del contraente)¹⁶⁸.

Per queste ragioni, il diritto contrattuale antidiscriminatorio non interviene soltanto a dettare specifici divieti di discriminazione là dove regna la *libertà* (di scegliere con chi

¹⁶⁷ Scrive anche B. TROISI, *Profili civilistici del divieto di discriminazione*, ne *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista. Atti del I convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (S.I.S.Di.C.)*, Napoli, 2006, 306 che il divieto di discriminazione esige “effettività della tutela”. La protezione contro la discriminazione – come accade per qualsiasi altro obiettivo di politica del diritto – non può essere affidata in via esclusiva a regole contrattuali inderogabili (*mandatory rules*), bensì richiede anche regole esecutive o coercitive (*enforcement rules*) che “introduc(a)no *incentivi alla prestazione*, per evitare comportamenti opportunistici (...) e per ridu(rre) i costi transattivi, perché le parti non debbono allocare risorse in strategie autoesecutive”: U. MATTEI, *Il nuovo diritto europeo dei contratti tra efficienza ed uguaglianza. Regole dispositive, inderogabili e coercitive*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1999, 612. *Adde Id.*, *Diritto e rimedio nell’esperienza italiana ed in quella statunitense. Un primo approccio*, in *Quadrimestre*, 1987, 341 ss.; A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur.dir.priv.*, 2005, 342; S. CHIARLONI, *Riflessioni minime sulla tutela giuridica dei diritti dei deboli*, in *Riv.dir.proc.*, 1998, 959 il quale scrive che “molto spesso (le) declamazioni (dei diritti dei c.d. soggetti deboli) sono il frutto di un compromesso politico sociale, per cui al riconoscimento in astratto dei diritti fa da specchio in concreto una sostanziale mancanza d’effettività o un’effettività lasciata al buon cuore e alle convenienze politiche dei pubblici amministratori”. Un dato sistematico può essere utilmente considerato. Il codice del consumo predispone rimedi efficaci sul piano della legittimazione collettiva per il caso in cui siano violati i diritti dei consumatori alla “correttezza” ed all’“equità” ed è assai convincente l’osservazione dottrinale secondo cui la violazione – con i conseguenti rimedi – può riguardare anche l’adempimento ed in generale la fase esecutiva del contratto. Così E. MINERVINI, *La tutela collettiva dei consumatori in materia contrattuale*, ne *I contratti dei consumatori*, in *Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli*, Torino, 2005, I, 486. Nello stesso senso A. FAROLFI, *Tutela inibitoria e collettiva del consumatore fra cessione del credito e riscossione abusiva dei terzi*, in *Giur.it.*, 2004, 316, 318; R. CONTI, *Ai nastri di partenza l’inibitoria a tutela degli interessi collettivi ex art. 3 l. n. 281/1998*, in *Corr.giur.*, 2001, 397; V. MARICONDA, *Il provvedimento del Tribunale di Roma sulle clausole vessatorie nei contratti bancari*, in *Contratti*, 2000, 581; R. CAMERO – S. DELLA VALLE, *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, Milano, 1999, 152.

¹⁶⁸ Mette in evidenza la centralità del modo come “si concreta l’esercizio del diritto o l’adempimento del dovere” R. SACCO, *Il fatto, l’atto, il negozio*, Torino, 2005, 136. Sulla centralità del momento della “realizzazione del diritto”, al di là del suo “acquisto”, si vedano le pagine di R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, 73 ss.

contrattare e di determinare il contenuto del contratto). Esso detta un divieto di discriminazione anche quando il contraente compie un atto dovuto¹⁶⁹ o esercita un potere¹⁷⁰.

Innanzitutto integra discriminazione il *rifiuto* di adempiere nei confronti di Tizio, il quale abbia accettato l'offerta al pubblico, manifestato "soltanto a causa" di una qualità personale dell'accettante¹⁷¹. Questa affermazione, per diritto contrattuale antidiscriminatorio, è tanto ovvia da apparire banale. Eppure essa urta contro la diffusissima opinione secondo cui dal rifiuto si dovrebbe evincere un'*originaria* volontà, in capo al contraente, di riservarsi una *scelta fra gli accettanti*, la quale farebbe degradare l'offerta a mero invito¹⁷².

Il debitore è anche chiamato, assai di frequente, alla scelta intorno alla qualità della prestazione al cui adempimento egli è tenuto. Può darsi, infatti, che il contraente sia solito eseguire a favore di tutti i suoi creditori prestazioni di qualità media, ma riservi le prestazioni di qualità superiore alla media soltanto alle controparti di pelle bianca. I creditori di pelle nera non possono attivare gli ordinari rimedi per l'inadempimento, ma la disparità di trattamento può integrare un indizio di una discriminazione.

La discriminazione può sussistere anche se il contraente è adempiente.

Due articoli del codice civile disciplinano in generale le modalità da osservare nell'adempimento dell'obbligazione avente ad oggetto una prestazione di cose di genere o una prestazione di fare¹⁷³.

¹⁶⁹ Adempimento spontaneo ed adempimento coattivo o risarcimento per equivalente *non sono equivalenti*, come emerge se solo si considera che "la somma di denaro (che integra il risarcimento per equivalente) (non) corrisponde alla valutazione pecuniaria della prestazione inadempita: essa invece corrisponde alla valutazione pecuniaria del *danno* che è stato conseguenza dell'inadempimento": M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1951, 169.

¹⁷⁰ Sottolinea la "assoluta atipicità dell'illecito discriminatorio" P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile alla luce degli artt. 43, 44 del T.U. sull'immigrazione*, in *Dir.fam.pers.*, 2002, 119. Un'analogia considerazione si rinviene in P. BONETTI, *Prime note sulla tutela costituzionale contro il razzismo e la xenofobia*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1994, 65.

¹⁷¹ G. CIAN, *L'offerta al pubblico e l'art. 3 del d.lgs. 31 maggio 1998, n. 114 in materia di vendite al dettaglio*, in *Riv.dir.civ.*, 2001, I, 316: "tra (gli accettanti) il dichiarante potrebbe avere apprezzabile interesse a scegliere"; la "dichiarazione potrebbe essere riscontrata da uno dei soggetti della generalità interpellata, con il quale il dichiarante non desidera entrare in rapporto contrattuale". Considerazioni analoghe sono espresse da C. MIRIELLO, *Tra offerta al pubblico e invito a proporre: orientamenti giurisprudenziali e dottrinali in merito alle ipotesi controverse*, in *Contr.impr.*, 2000, 1120.

¹⁷² Sostengono la tesi criticata nel testo P. FORCHIELLI, voce "*Offerta al pubblico*", in *Noviss.dig.it.*, s.d. ma Torino, 1957, 765 e F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, *Le obbligazioni e i contratti*, Padova, 2004, 215. In contrario si vedano le convincenti osservazioni di F. MESSINEO, voce "*Contratto (dir.priv.)*", in *Enc.dir.*, s.d. ma Milano, 1961, 856 in ordine alla necessità di considerare esclusivamente criteri "oggettivi" ai fini della distinzione tra invito ad offrire ed offerta al pubblico, conformemente al preciso disposto dell'art. 1336 cod.civ. che contiene il riferimento alle "circostanze" ed agli "usi" e non alla volontà del dichiarante (come, invece, si trovava previsto nel testo dell'art. 188, comma 1, ultima parte del Progetto del 1940).

¹⁷³ Gli artt. 1176 e 1178 cod.civ. non delineano la fattispecie dell'inadempimento, poiché a ciò provvede l'art. 1218 cod.civ. Il risalente insegnamento, attualissimo, è di G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla*

L'art. 1178 cod. civ. dispone che “Quando l'obbligazione ha per oggetto la prestazione di cose determinate soltanto nel genere, il debitore deve prestare *cose di qualità non inferiore alla media*”. La regola costituisce applicazione, al debito di cose determinate soltanto nel genere, dell'altra stabilita nell'art. 1176 cod. civ. il quale dispone che “Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare *la diligenza del buon padre di famiglia*”, cioè deve usare la “media diligenza”. Ne discende che è inadempiente il contraente che presta cose di qualità inferiore alla media e che parimenti esegue la prestazione in maniera meno diligente rispetto alla media.

Questa “media” – qualità, o diligenza – *non* è la “media” della qualità o della diligenza prestata *da quel contraente (diligentia quam suis rebus adhibere solet)*¹⁷⁴, bensì è la qualità *media delle cose di quel genere o delle prestazioni di quel tipo (diligenza del buon padre di famiglia)*.

Dunque, è inadempiente il contraente che presta cose di qualità inferiore rispetto *alla media delle cose di quel genere* all'interno di un determinato mercato e che parimenti esegue la prestazione in maniera meno diligente rispetto *alla qualità media delle prestazioni di quel tipo*.

Per converso, il debitore che presta cose di qualità media, ma non elevata, è adempiente (benché sia destinato – in un tempo auspicabilmente breve assicurato da un mercato efficiente – a perdere quote di mercato a beneficio di concorrenti che prestano cose di qualità più elevata).

Vi è dunque margine perché il debitore che normalmente presta cose o esegue prestazioni di qualità *superiore alla media* scelga di prestare cose o servizi *di qualità media* a determinati soggetti “soltanto a causa” di una qualità personale.

Se ciò accade, siamo in presenza di una discriminazione, la quale è vietata perché, se la qualità personale non si fosse rivelata determinante in via esclusiva del consenso, il debitore avrebbe riservato al creditore un trattamento diverso e migliore.

impossibilità della prestazione, in *Riv.dir.civ.*, 1918, 2909 ss.; *Id.*, voce “*Impossibilità sopravveniente*”, in *Noviss.dig.it.*, s.d. ma Torino, 1962, 287 ss. L'insegnamento è ripreso e sviluppato da G. VISINTINI, *Trattato della responsabilità civile*, Padova, 2005, 191 ss. e *Id.*, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Commentario del codice civile diretto da P. Schlesinger*, Milano, 1987, 75 ss. In senso contrario si sono espressi M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1959 e C.M. BIANCA, voce “*Negligenza*” (*diritto privato*), in *Noviss.dig.it.*, s.d. ma Torino, 1965, 192 ss.

¹⁷⁴ Era l'art. 1843 del codice civile del 1865 a prevedere, in materia di deposito, che il debitore fosse tenuto ad adottare nella custodia la diligenza adottata nella custodia delle cose proprie.

Un'ulteriore scelta che può nascondere una discriminazione riguarda *quale debito adempiere*, e questa è una scelta *libera*, che l'art. 1218 non disciplina¹⁷⁵, e che può nascondere una discriminazione, poiché soltanto l'*esecuzione spontanea* soddisfa l'interesse primario del creditore e lo pone al riparo dal rischio dell'insolvenza¹⁷⁶.

Non esiste nel nostro ordinamento una regola legale od un principio univoco che disciplini l'*interferenza* tra due diritti di credito¹⁷⁷, uno solo dei quali possa essere esercitato con successo, in ragione dell'impedimento che deriverebbe all'esercizio dell'uno dalla soddisfazione dell'altro¹⁷⁸.

La scelta quale debito adempiere, che può costituire un elemento di un più ampio illecito discriminatorio, si pone allorché diviene impossibile eseguire tutte le prestazioni dovute¹⁷⁹. In base ai principi, la scelta è libera, ma il suo esercizio – traducendosi,

¹⁷⁵ Si discorre talora al proposito di autoresponsabilità del debitore, intesa in un'accezione ampia, sulla scorta dell'insegnamento di S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc.dir.*, s.d. ma Milano, 1959, 460. Il concetto tradizionale di autoresponsabilità è esaminato anche da L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato*, Torino, 1960, 71 ss., 164 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, 224 ss.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 102 s. Per parte sua G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1995, 37 sottolinea che “nella società di diritto privato esist(e) un principio fondamentale, l'autodeterminazione, a cui corrisponde l'autoresponsabilità”. Adde N. IRTI, *Persona e mercato*, in *Riv.dir.civ.*, 1995, I, 295 ed E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, Napoli, 2003, 54. Scriveva al proposito E. BETTI, *Diritto romano, I, Parte generale*, Padova, 1935, 411 che il contraente è nella “necessità (...) di risentire un danno imputabile a lui stesso; il danno, cioè, della inerzia o della negligenza propria nella cura di un proprio interesse”.

¹⁷⁶ Cfr. art. 2740 cod.civ.

¹⁷⁷ N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, I, Milano, 1910, 473 osserva, a proposito della “collisione de' diritti” o “conflitto di diritti”, che “non v'ha nella legge norme generali ed assolute che valgano a regolarlo”. U. NATOLI, voce “*Conflitto di diritti*”, in *Digesto IV, disc.priv.*, vol. III, Torino, 1988, 450 scrive che a proposito dei conflitti di diritti “la legge segue, di volta in volta, criteri diversi, ai quali non è possibile attribuire valore assoluto”. Il tema è anche negletto dalla dottrina. Lo evidenzia U. NATOLI, *Il conflitto dei diritti e l'art. 1380 del codice civile*, Milano, 1950, 108. Si segnalano anche le riflessioni che al tema dedica L. MOSCO, voce “*Impossibilità sopravvenuta*”, in *Enc.dir.*, s.d. ma Milano, 1970, 434 ss.

¹⁷⁸ U. NATOLI, *Il conflitto dei diritti e l'art. 1380 del codice civile*, Milano, 1950, 17 chiarisce che proprio la “interferenza” costituisce uno dei requisiti del conflitto dei diritti (insieme alla esistenza di più diritti ed all'appartenenza degli stessi a soggetti diversi). Secondo lo stesso A., voce “*Conflitto di diritti*”, in *Digesto IV, disc.priv.*, vol. III, Torino, 1988, 450 occorrerebbe che “le pretese si riferiscano tutte ad uno stesso bene, particolarmente individuato e rappresentante l'oggetto immediato della prestazione dell'unico debitore”. Il discorso sopra la possibile interferenza fra obbligazioni – o il conflitto di diritti – può essere condotto sotto due distinti profili. Il primo profilo è quello del *rapporto fra i creditori*. Il quesito riguarda l'identificazione del criterio per stabilire quale creditore prevale. È il profilo che l'art. 1380 si preoccupa di regolare (limitatamente ai diritti personali di godimento). Il secondo profilo è quello del *rapporto fra il debitore e i due distinti creditori*. Il quesito è a quali condizioni il debitore sia responsabile verso l'uno o l'altro dei creditori, o verso entrambi.

¹⁷⁹ Non è sufficiente una mera *difficoltà* di eseguire tutte le prestazioni. I casi di mera difficoltà socialmente tipizzati possono essere numerosi. Si pensi al soggetto che sia debitore di due prestazioni che sia materialmente impossibile eseguire, a causa dei ruoli rivestiti dai contraenti ai diversi livelli del mercato (es., se il consumatore lamenta vizi del bene acquistato e ne chiede al rivenditore la sostituzione, ma il fornitore non ha più a disposizione beni identici, il rivenditore non può soddisfare nello stesso tempo sia il produttore a monte che il consumatore a valle); in tema G. DE NOVA, *Conflict of interests and the fair dealing duty*, in *Riv.dir.priv.*, 2002, 479 ss. Si pensi ancora al soggetto che sia debitore di una pluralità di prestazioni di carattere personale oppure aventi ad oggetto la consegna di cose di genere e che per esigenze derivanti dai limiti della sua organizzazione o per le caratteristiche stesse del mercato non possa eseguire tutte le prestazioni con la dovuta

alternativamente, in un adempimento o in un inadempimento – può fondare la responsabilità del debitore nei confronti del creditore o dei creditori insoddisfatti¹⁸⁰.

Si pensi al contraente che, vincolato da più obbligazioni contrattuali nei confronti di diversi soggetti, scelga di eseguire la prestazione a favore di Tizio e pregiudichi, così facendo, la sua possibilità di adempiere nei confronti di Caio: l'esecuzione della prestazione a favore di Tizio potrebbe integrare una *discriminazione* ai danni di Caio.

Per scongiurare il pericolo di una discriminazione non si potrebbe argomentare a sostegno di una regola di parità, perché non è configurabile una pretesa del creditore insoddisfatto di rivolgersi contro coloro che abbiano invece ricevuto l'integrale pagamento per suddividere le perdite in proporzione dei rispettivi crediti¹⁸¹. Nella materia dell'esecuzione

diligenza (se del caso professionale: art. 1176 cod.civ.) o non possa assicurare a tutti i suoi creditori il conseguimento del risultato dedotto in contratto oppure non possa assicurare a tutti i suoi creditori la consegna di cose che siano di qualità non inferiore alla media (art. 1178 cod.civ.). Si pensi, ad es., all'artigiano, il quale assuma più commesse e non sia in grado di eseguirle se non con ritardo. Si pensi anche a casi meno semplici ed all'impresa che lanci sul mercato un nuovo prodotto o servizio, con una massiccia campagna promozionale, senza essersi premurata di predisporre una organizzazione che possa garantire, tecnicamente, la corretta consegna od erogazione del servizio a tutti i nuovi clienti con i quali abbia contrattato. Si pensi al mandatario, che non possa assicurare la perfetta esecuzione di due o più incarichi (es.: Tizio, mercante d'arte, mandatario di Caio e Mevio per il reperimento di un salotto Luigi XIII, ne scova uno solo). Si pensi al rivenditore che non può soddisfare due consumatori a valle che entrambi chiedano l'immediata sostituzione del bene perché c'è un solo esemplare utile alla sostituzione, nel suo magazzino. La scelta quale debito adempiere si pone anche in casi in cui il debitore avrebbe potuto evitare la causa che ha dato origine all'impossibilità della prestazione. In questi casi è certo che il debitore risponde nei confronti del soggetto nei confronti del quale non adempie. Così in tutti i casi in cui la ragione per la quale il debitore non è in grado di onorare entrambi gli impegni è dipesa da difetti nell'attività preparatoria dell'esecuzione della prestazione. In casi simili è facile pensare che il debitore sia sempre responsabile verso il creditore insoddisfatto. Così, se il debitore è un'impresa che adotta la tecnica della conclusione di un numero maggiore di contratti rispetto a quelli che i suoi mezzi consentono di eseguire, come accade di frequente nell'*overbooking* diffuso nel settore turistico: qui l'impossibilità – di eseguire il contratto, normalmente di trasporto aereo, con tutti i clienti – è sempre la conseguenza di una causa imputabile al debitore (Regolamento del Consiglio CEE n. 295 del 1991).

¹⁸⁰ L'art. 2901, comma 3 cod.civ., stabilisce che l'adempimento di un debito scaduto non è soggetto a revocatoria. Non riguardano il nostro tema i casi in cui il contraente debba scegliere tra la tutela della sfera giuridica altrui e la tutela *della propria*. A proposito di questo ultimo caso non manca nella disciplina dei singoli contratti una disposizione cui fare utile riferimento. Si tratta dell'art. 1805, comma 1 cod.civ. del 1942, sostanzialmente identico all'art. 1810 cod.civ. 1865, a mente del quale il comodatario, che è tenuto a restituire la cosa al comodante, è responsabile se, potendo salvare dal fortuito una cosa fra la propria e quella del comodante, ha preferito salvare la propria ("*Nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit*"). Questa norma, assai antica, pur riferendosi al conflitto fra creditore e debitore, e non al conflitto fra più creditori, potrebbe essere utilizzata, una volta che se ne riconosca il carattere non eccezionale, ma di principio generale (così esattamente R. TETI, voce "*Comodato*", in *Digesto IV, disc.priv.*, vol. III, Torino, 1988, 45 e già E. BRUNORI, in *Commentario del codice civile diretto da M. D'Amelio ed E. Finzi*, II, 2, Firenze, 1949, 25), per sostenere che, anche nel caso di conflitto fra più creditori, il debitore è sempre responsabile nei confronti del creditore la cui prestazione ha scelto di lasciare perire, dovendosi considerare il debito verso l'altro creditore – cioè, quello il cui oggetto il debitore ha scelto di preservare – come una semplice componente del patrimonio del debitore medesimo, del tutto priva di giuridica rilevanza per il creditore insoddisfatto, alla stregua di qualsiasi altra componente o variabile inerente all'organizzazione della sua sfera economica.

¹⁸¹ P. SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv.dir.proc.*, 1995, 322: "(Non) è ammissibile ricavare dall'art. 2741, o da altre disposizioni, un diritto del creditore insoddisfatto di rivolgersi contro coloro che abbiano invece ricevuto l'integrale pagamento per suddividere le "perdite" in proporzione dei rispettivi crediti". L'art. 2741 "ha un contenuto concreto piuttosto

civile, opera bensì una regola di parità, ma soltanto quando non è in gioco l'esecuzione spontanea da parte del debitore¹⁸².

Si pensi al soggetto che sia al tempo stesso debitore di due prestazioni identiche¹⁸³, dovute in esecuzione di contratti distinti stipulati con due diversi creditori, da eseguirsi alla stessa scadenza (ad esempio perché tutti i debiti sono senza scadenza) e si supponga che una delle due prestazioni diventi impossibile per una causa a lui non imputabile.

Può trattarsi di cose di genere non ancora individuate (*genus* limitato ad un numero di esemplari pari a quello dei creditori, perché diversamente, e soprattutto se il *genus* è illimitato, il debitore può sempre procurarsi un esemplare ulteriore sicché non può darsi un'impossibilità sopravvenuta di tutte le prestazioni¹⁸⁴).

Nei due ultimi casi, l'impossibilità di distinguere fra le cose, la quale esigerebbe un controllo dell'attività preparatoria del debitore, comporta che non è possibile stabilire se l'impossibilità riguardi l'una o l'altra. Il debitore sarà riuscito a fornire la prova dell'impossibilità sopravvenuta, per causa a lui non imputabile, di una delle prestazioni, ma resterà incerto se la prestazione divenuta impossibile sia quella dovuta all'un creditore, oppure all'altro.

Deve escludersi che sussista la facoltà di non eseguire alcuna delle prestazioni, al pari dell'operatività del criterio della priorità della data di conclusione o quello dell'esecuzione parziale delle prestazioni e della teoria comunitaria della parità di trattamento o il criterio dell'esecuzione della prestazione di contenuto più ampio.

In ogni caso, il debitore risponde verso il creditore insoddisfatto, in applicazione del generale principio secondo il quale egli deve essere tenuto responsabile degli eventi che si verificano nella sua sfera economica ed organizzativa.

Non esiste una regola di parità di trattamento dei creditori, ma le condotte del debitore possono comportare un impedimento all'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico, sicché nella libertà di scelta del debitore si annida la possibilità di una *discriminazione*. Essa

limitato fuori dall'esecuzione concorsuale": G. PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970, 138; E. GABRIELLI, *Contratti di garanzia finanziaria, stabilità del mercato e procedure concorsuali*, in *Riv.dir.priv.*, 2005, 528.

¹⁸² Art. 500 cod.proc.civ.

¹⁸³ È ovvio che il discorso condotto nel testo con riferimento al caso di due prestazioni identiche resta valido anche ove le prestazioni siano più di due.

¹⁸⁴ "L'impossibilità che, ai sensi dell'art. 1256 c.c., estingue la obbligazione è da intendere in senso assoluto ed obiettivo e consiste nella sopravvenienza di una causa, non imputabile al debitore, che impedisce definitivamente l'adempimento; il che, alla stregua del principio secondo cui *genus numquam perit*, può evidentemente verificarsi solo quando la prestazione abbia per oggetto la consegna di una cosa determinata o di un genere limitato"; Cass., 16 marzo 1987, n. 2691, in *Foro it., Rep. 1987*, voce "Obbligazioni in genere", n. 35.

opera quando la scelta di adempiere un debito invece di un altro sia stata posta in essere “soltanto a causa” di una qualità personale della controparte che rilevi come fattore di discriminazione. Così, sussiste discriminazione se a fronte della sopravvenuta impossibilità di adempiere tutte le prestazioni il debitore sceglie di adempiere nei confronti di Tizio invece che nei confronti di Caio *esclusivamente perché* Caio è uno scettico.

Anche il profilo dell'*esercizio dei poteri contrattuali* può essere rilevante.

L'esercizio del potere di risoluzione, di eccezione dilatoria, di recesso, di variazione unilaterale delle clausole del contratto può costituire l'occasione per una discriminazione della controparte. Ciò, indipendentemente dal fatto che il potere sia previsto dalla legge – es., il potere di risoluzione giudiziale – ovvero dal contratto – es., il potere di variare unilateralmente le condizioni del contratto –¹⁸⁵.

La soluzione si iscrive nella linea di tendenza segnata, in materia di esecuzione del contratto, dalla più recente giurisprudenza, incline ormai a riconoscere apertamente che il contraente, nella fase dell'esecuzione del contratto, sia tenuto ad adottare ogni condotta che, *non contrastando con il suo interesse*, risulti rispondente alla tutela *della persona* della controparte¹⁸⁶.

La discriminazione nell'esercizio dei poteri contrattuali, al pari della discriminazione nella scelta delle modalità di adempimento, integra un atto illecito.

È innanzitutto escluso che, nei contratti di durata, il contraente possa recedere dal contratto o pretenda di ottenere la risoluzione a causa di una qualità sopravvenuta della sua controparte che rilevi come fattore di discriminazione¹⁸⁷. Se il contraente rifiuta o cessa di adempiere, sussiste inadempimento *doloso* del contraente ed altresì illecito *discriminatorio*, con un conseguente concorso a carico del contraente della responsabilità contrattuale e della responsabilità extracontrattuale e conseguente applicazione dei rimedi ordinari e speciali.

¹⁸⁵ Sullo *ius variandi* contrattuale G. DE NOVA, *La forza di legge del contratto*, Milano, 1994, 20 ss.; P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione (ius variandi) del rapporto contrattuale*, in *Giur.comm.*, 1992, I, 18; D. MAFFEIS, *La risoluzione e il recesso nei contratti di finanziamento al consumo*, in G. De Nova (cur.), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994, 823.

¹⁸⁶ Cass., 16 ottobre 2002, n. 14726, in *Foro it., Rep. 2003*, voce “Contratto in genere”, n. 539: “In tema di esecuzione del contratto, la buona fede si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà - imposto, tra l'altro, dall'art. 2 cost. - tale da imporre a ciascuna parte comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali, ed a prescindere altresì dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, siano idonei (senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico) a preservare gli interessi dell'altra parte; in particolare, l'obbligo della buona fede in sede di esecuzione del contratto deve, pertanto, ritenersi violato non solo nel caso in cui una parte abbia agito con il doloso proposito di recare pregiudizio all'altra, ma anche qualora il comportamento da essa tenuto non sia stato, comunque, improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale che integra, appunto, il contenuto della buona fede”.

¹⁸⁷ In tal caso la condotta del contraente sarebbe fondata su un preconcetto. La soluzione è diversa se la controparte mostra in corso di rapporto una qualità personale che pone in evidente pericolo il contraente o i suoi beni.

Ad es. non sussiste la giusta causa di recesso¹⁸⁸ ove il contraente ceduto, succeduto *ex lege* nel rapporto, intenda liberarsi dal vincolo contrattuale per essere succeduta alla sua originaria controparte una persona diversa, appartenente ad una diversa razza.

Il tema dell'esercizio dei poteri contrattuali è centrale, come dimostra l'esperienza giurisprudenziale, che ha deciso numerosi casi in cui il contraente, pur in assenza di una facoltà di recesso di fonte convenzionale o legale, pretendeva di sciogliere il contratto in ragione di qualità personali della sua controparte (nella specie, l'opinione politica)¹⁸⁹.

I casi esaminati dalla giurisprudenza non sono i soli né i più rilevanti fra quelli che possono verificarsi.

Si pensi ad es. al caso in cui un franchisor, il quale sia solito tollerare i ritardi dei franchisee nel pagamento delle royalties, reagisca al primo ritardo del nuovo franchisee, con la comunicazione di volere valersi della clausola risolutiva espressa¹⁹⁰. In tal caso può costituire un indizio sufficiente il diverso trattamento degli altri franchisee: decisivo è accertare se sussista una ragione economica che esclude che il franchisor abbia attribuito rilevanza ad una qualità personale.

In presenza di una discriminazione, la controparte contrattuale potrà domandare la pronuncia dell'ordine di cessazione del comportamento e l'adozione di ogni provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione (oltre al risarcimento del danno patrimoniale, non patrimoniale ed eventualmente alla pubblicazione della sentenza a spese del convenuto).

La rimozione degli effetti dell'atto discriminatorio consisterà nella pronuncia di inefficacia dell'atto di discriminazione. Così, saranno inefficaci *ab origine* le variazioni delle condizioni contrattuali, o sarà inefficace la dichiarazione di cui all'art. 1456, comma 2 cod.civ. con la conseguenza della persistente efficacia del contratto.

9. L'adesione a contratti associativi.

Si impone una rimediazione del consolidato orientamento giurisprudenziale, che riceve l'avallo della dottrina¹⁹¹, secondo il quale l'organo amministrativo dell'associazione

¹⁸⁸ Art. 2558, comma 2 cod.civ.

¹⁸⁹ Trib. Milano, 30 marzo 1994, in *Contratti*, 1994, 641; Trib. Milano, 28 aprile 1994 (ord.), in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 625; Pret. Abbiategrasso, 8 febbraio 1994 (ord.), in *Dir.ind.*, 1995, 759; Pret. Abbiategrasso, 8 febbraio 1995 (ord.), in *Giur.dir.ind.*, 1995, 854.

¹⁹⁰ Art. 1456, comma 2 cod.civ.

¹⁹¹ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, IV ed., Padova, 2004, 256.

riconosciuta e dell'associazione non riconosciuta, al quale spetta di decidere sulle nuove adesioni (arg. ex art. 1332 cod.civ.), potrebbe decidere *discrezionalmente* – sulla base delle condizioni per l'ammissione previste in statuto – *se accettare o meno la proposta dei terzi di essere ammessi* ¹⁹².

L'orientamento doveva in realtà considerarsi in sé criticabile, posto che le condizioni per l'ammissione previste in statuto sono destinate al pubblico e, per conseguenza, sono idonee a creare un affidamento nei terzi.

Alla luce del divieto di discriminazione, il rifiuto della proposta potrebbe essere determinato, una volta che l'aspirante abbia dimostrato di possedere i requisiti per essere ammesso, dall'attribuzione di rilevanza ad una sua qualità personale, qual è la religione. Abbiamo già avuto modo di osservare come il problema centrale della prova sia facilitato ogni volta che la discriminazione sia dichiarata: nella materia delle associazioni l'assolvimento da parte dell'attore dell'onere della prova dell'intento discriminatorio può essere facilitato dall'*obbligo dell'organo gestorio di motivare il rifiuto* ¹⁹³.

Si pensi ad un'associazione cattolica che rifiuti la proposta di essere ammesso proveniente da un individuo appartenente ad una famiglia protestante, non perché lo statuto escluda che i protestanti possano rivestire la qualità di associati, ma perché la religione della famiglia dell'aspirante è caratterizzata da convinzioni non ortodosse ai sensi della dottrina cattolica. Decisivo, in tal caso, al fine di accertare la violazione del divieto di discriminazione, è verificare se si sia in presenza di un *preconcetto*, e così se la convinzione *personale* dell'aspirante rispecchi la religione della sua famiglia. Ove l'organo dell'associazione ometta di prendere in considerazione le convinzioni personali del singolo aspirante e rifiuti senz'altro la proposta di ammissione, ovvero rifiuti la proposta ancorché abbia accertato che la convinzione *personale* dell'aspirante *non* rispecchia quella della religione della famiglia, sussiste la discriminazione ed all'associazione dovrà essere ordinato di riesaminare la domanda di ammissione ¹⁹⁴.

¹⁹² In dottrina F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, IV ed., Padova, 2004, 257 afferma che i terzi non sarebbero titolari di alcun diritto all'ammissione, neppure se siano in grado di dimostrare di possedere i requisiti richiesti dallo statuto per rivestire la qualità di associati. In giurisprudenza Cass., 22 febbraio 1995, n. 1992, in *Foro it., Rep. 1995*, voce "Associazione non riconosciuta", n. 6 statuisce che "Il proponente non può invocare l'invalidità o l'inefficacia per inosservanza, da parte dell'organo associativo competente, di eventuali clausole statutarie che di tale organo disciplinano l'attività, atteso che le norme pattizie poste in essere dagli associati tutelano gli interessi di costoro e non anche le posizioni di soggetti estranei all'ente collettivo, quale è appunto il proponente prima che il contratto di adesione sia perfetto ed efficace". *Adde* Cass., 9 maggio 1991, n. 5192, in *Vita not.*, 1991, 944.

¹⁹³ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, IV ed., Padova, 2004, 258.

¹⁹⁴ Cfr. Trib. Monza (ord.), 27 marzo 2003, in *Foro it.*, 2003, I, 3181.

Un diverso problema si pone se l'invito rivolto al pubblico, o lo statuto, predetermina i requisiti degli associati facendo riferimento a fattori di discriminazione. Ad es., l'associazione, in ragione di una più o meno limpida coerenza con lo scopo, rifiuta, per statuto, l'ammissione di laici¹⁹⁵.

Talora, l'incompatibilità della qualità personale dell'aspirante con lo scopo è sicura.

Così, l'associazione cattolica rifiuterà l'ammissione di protestanti (*non*, di appartenenti a famiglie di protestanti). Non sussiste, in tali casi, alcuna discriminazione – benché si possa talora consentire che le condotte non siano edificanti o riflettano un modo discutibile di intendere lo scopo – posto che l'associazione deve poter garantire, nella più ampia autonomia, che la qualità di associato sia riservata a chi condivide lo scopo e conformemente al modo come l'organo gestorio si raffigura il perseguimento dello scopo medesimo.

Il divieto di discriminazione opera anche se la dichiarazione, in conformità allo statuto, richieda per l'ammissione requisiti procedurali quale ad es. la “presentazione di un associato”. Sappiamo che la precostituzione di simili strettoie non consente di sfuggire al divieto di discriminazione. La semplice presenza della clausola non rende la dichiarazione discriminatoria – perché è incerto quale sarà la qualità personale che potrà rivelarsi determinante per l'ammissione – ma al tempo stesso non esclude che il divieto operi nel caso in cui una rilevante discriminazione abbia luogo.

10. Il sistema dei rimedi.

L'autore della discriminazione è tenuto al risarcimento del danno¹⁹⁶.

In presenza di una discriminazione, si producono, su richiesta dell'attore, gli effetti del contratto non concluso. Naturalmente, il limite della *possibilità* dell'esecuzione in forma specifica – testualmente dettato dall'art. 2058, comma 1, ultima parte cod.civ. – è destinato ad

¹⁹⁵ Si suppone, ovviamente, che lo scopo sia lecito e che l'associazione, con scopi religiosi, non abbia natura di congregazione. Secondo Trib. Bari, 14 dicembre 2004, in *Giust. civ.*, 2005, I, 2807 “Posto che l'autonomia istituzionale delle confessioni religiose, pur prive di intesa con lo stato, si estende anche alla materia disciplinare, la giurisdizione statale è limitata all'accertamento del rispetto del diritto di difesa nel suo nucleo essenziale, costituito dal contraddittorio, ancorché in modo non necessariamente consonante con le prescrizioni dell'ordinamento civilistico”.

¹⁹⁶ La violazione del divieto di discriminazione integra un illecito di dolo generico, sicché non è condivisibile la tesi secondo cui il risarcimento sarebbe dovuto a titolo di responsabilità oggettiva, come invece sostiene B. TROISI, *Profili civilistici del divieto di discriminazione*, ne *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista. Atti del I convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (S.I.S.Di.C.)*, Napoli, 2006, 305.

assumere un rilievo decisivo. Perché possa applicarsi il rimedio della reintegrazione in forma specifica, e non un risarcimento per equivalente, occorre che sia stato determinato il contenuto del contratto, o in una fase della formazione del singolo contratto che ha preceduto la discriminazione, ovvero di già nell'offerta o nell'invito (completo) o nelle trattative svoltesi, a seguito dell'invito rivolto al pubblico, con la controparte contrattuale o con una cerchia di proponenti.

Non solo. La possibilità del risarcimento in forma specifica dipende anche dalla residua disponibilità *materiale* del bene o del servizio. Così, il risarcimento in forma specifica è impossibile se ad es. l'immobile messo in vendita è stato alienato ad altri o se la merce offerta al pubblico è esaurita. Del pari, il risarcimento in forma specifica non può essere pronunciato se per il contraente esso risulta eccessivamente oneroso, e così, ad es., se l'adempimento del contratto richiederebbe che il contraente provveda a riorganizzare la propria attività d'impresa o, più in generale, ponga in essere *ex novo* una specifica attività *preparatoria* dell'adempimento¹⁹⁷. Ed è appena il caso di sottolineare che i limiti della residua disponibilità materiale del bene o del servizio e dell'organizzazione del contraente finalizzata alla preparazione dell'adempimento non opererebbero se il divieto di discriminazione fosse riconducibile ad un obbligo di contrattare: perché un obbligo di contrattare condurrebbe con sé il dovere di organizzarsi per garantire – entro i limiti del principio di economicità della gestione – il carattere illimitato dell'offerta.

La giurisprudenza potrà muovere dalla consapevolezza che il divieto di “imporre condizioni più svantaggiose” si traduce, *oltre che* nella proibizione dell'inserimento *nel contenuto del contratto* di qualsiasi “condizione più svantaggiosa”, di già nel divieto *di rifiutare o di interrompere la trattativa* sulla base della pretesa che la controparte accetti una condizione diversa e più svantaggiosa.

Di fronte ad una discriminazione che si manifesta con un rifiuto secco di trattare, ed in generale ogni volta che il contraente rifiuterà di iniziare o di proseguire la trattativa, il soggetto discriminato potrà ottenere *un ordine di cessazione del comportamento*¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Art. 2058, comma 2 cod.civ.

¹⁹⁸ Analogamente, per il caso di abuso di dipendenza economica ai sensi dell'art. 9 l. 18 giugno 1998, n. 192, invoca una “*interlocutory injunction* dal contenuto positivo, anche se mascherata da ordine di astenersi dalla reiterazione di un comportamento omissivo”, A. PALMIERI, *Abuso di dipendenza economica: dal «caso limite» alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto?*, in *Foro it.*, 2002, I, 3210. Accenna esplicitamente, a proposito della l. 192/1998, ad “un'inibitoria positiva (ordine di *facere*)” A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella l. n. 192/98: problemi di diritto sostanziale*, in *Contratti*, 1999, 197. In tema la ricognizione attenta di M. TRECCANI, *Subfornitura e abuso di dipendenza economica: presupposti e rimedi*, in *Riv.dir.priv.*, 2005, 720 s.

Se lo svolgimento della trattativa non si interromperà e (per il vero, per ingenuità dell'agente) si giungerà fino alla determinazione del contenuto¹⁹⁹, il successivo rifiuto di concludere il contratto potrà essere sanzionato con la pronuncia di una sentenza che produca gli effetti del contratto.

Se il contraente rifiuta di iniziare o di proseguire la trattativa – rifiutando qualsiasi controproposta rivoltagli – il soggetto discriminato può ottenere un ordine di cessazione del comportamento. Ne discende una pronuncia *inibitoria* del rifiuto di iniziare o di proseguire la trattativa che può avere contenuto *positivo*, in linea con una tendenza assai condivisibile che – superando antiche diffidenze – trova oggi frequenti applicazioni in giurisprudenza²⁰⁰.

Sotto altro profilo, si inserisce nella linea di tendenza anche il riconoscimento di un'azione *inibitoria* sul semplice presupposto del rifiuto di iniziare o di proseguire una trattativa. Si tratta infatti di tutelare diritti *della persona*, riconducibili – anche ove disciplinati da leggi speciali – all'alveo dell'art. 2 della Costituzione²⁰¹.

Com'è evidente, l'*inibitoria non* presuppone che la controparte contrattuale abbia già patito un pregiudizio patrimoniale rilevante come danno ingiusto²⁰². L'*inibitoria* richiede soltanto – com'è stato felicemente notato²⁰³ – che si sia verificata “*una alterazione delle condizioni di vita della persona* (o di funzionamento dell'azienda) (cioè) *un pregiudizio qualificabile, piuttosto che come danno, come molestia*”.

¹⁹⁹ Il contratto non è concluso, quando ne è determinato il contenuto, ma manca la volontà di concludere (il cui accertamento integra una *quaestio facti*): *ex plurimis*, Cass., 30 marzo 1994, n. 3158, in *Foro it.*, 1994, I, 2719.

²⁰⁰ Pronuncia un'“*inibitoria positiva*” Trib. Palermo, 29 maggio 2006, inedita la quale statuisce che “sebbene il concetto stesso di *inibitoria* richiami un ordine di non fare, vale a dire una condotta a contenuto negativo, è innegabile che ogniqualvolta la violazione dei diritti dei consumatori si sostanzia in un comportamento omissivo l'unica possibile forma di *inibitoria* è proprio quella consistente nella imposizione di un *facere*”. *Adde* App. Milano, 2 maggio 2003, in *Foro it.*, *Rep. 2003*, voce “Concorrenza (disciplina)”, n. 216; App. Milano, 14 maggio 2001, in *Foro it.*, *Rep. 2003*, voce “Concorrenza (disciplina)”, n. 218; Pret. Verona, 12 novembre 1987, in *Foro it.*, *Rep. 1988*, voce “Sanità pubblica”, n. 327; Trib. Lecco, 26 giugno 1984, in *Foro it.*, *Rep. 1986*, voce “Proprietà”, n. 30.

²⁰¹ Si tratta del “processo di sempre maggiore sensibilizzazione verso gli interessi della persona umana considerata nella sua totalità e nel suo pieno svolgimento” che giustifica il riconoscimento di un'azione *inibitoria* anche ove non espressamente prevista: A. BELLELLI, *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito*, in *Riv.dir.civ.*, 2004, I, 613.

²⁰² In senso analogo B. TROISI, *Profili civilistici del divieto di discriminazione*, ne *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista. Atti del I convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (S.I.S.Di.C.)*, Napoli, 2006, 299; M. MANTELLO, *La tutela civile contro le discriminazioni*, in *Riv.dir.civ.*, 2004, I, 469. Così a proposito dell'*inibitoria* in generale A. BELLELLI, *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito*, in *Riv.dir.civ.*, 2004, I, 615 s. che distingue tra “illecito” e “fatto illecito dannoso” e M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2004, 63.

²⁰³ Così V. PIETROBON, *Illecito e fatto illecito inibitoria e risarcimento*, Padova, 1998, 25 il quale richiama l'insegnamento di S. PUGLIATTI, voce “*Alterum non laedere*”, in *Enc.dir.*, s.d. ma Milano, 1958, 1901 secondo cui la molestia è una specie di lesione. Cfr. in tema anche E. PICKER, *Der negatorische Beseitigungsanspruch*, Bonn, 1972, 37 ss.

Se l'illecito discriminatorio incide sulla struttura dell'atto, il rimedio risarcitorio consiste nella rettifica o nell'integrazione²⁰⁴.

La migliore dottrina ha già dimostrato che sia la rettifica sia l'integrazione del contratto dovrebbero considerarsi operanti *in via generale* ogni volta che il contraente, che si sia rivolto al pubblico, pretenda poi, senza una ragione economica, di modificare le condizioni contenute nella dichiarazione²⁰⁵. Non solo. Anche fuori dall'ambito delle dichiarazioni al pubblico, il compimento di atti illeciti nella trattativa e nella formazione del contratto può condurre ad una rettifica delle condizioni (ingiuste) del contratto concluso²⁰⁶, con un rimedio analogo a quello che spetta nel caso di dolo incidentale²⁰⁷.

Dunque, il giudice può pronunciare, su richiesta dell'attore, una sentenza che *rettifica* il contenuto quando il contratto contiene "soltanto a causa" della qualità personale una "condizione più svantaggiosa"²⁰⁸. In particolare, la sentenza *incide sul contenuto*, al fine di

²⁰⁴ Art. 2058 cod.civ.

²⁰⁵ In tal caso, sussiste la violazione dell'art. 1337 cod.civ. cui segue l'applicazione del rimedio del risarcimento in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 cod.civ. Cfr. R. SACCO, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, II, Torino, 2004, 100; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 237 ss. Osserva F. BOCHICCHIO, *Impegni di una delle parti nelle trattative e conclusione del contratto a condizioni diverse*, in *Contr.impr.*, 2006, 892 s. che "l'offerta incondizionata al pubblico di un elemento essenziale del futuro assetto contrattuale rappresenta per antonomasia il nucleo costitutivo del contenuto contrattuale di tale futuro contratto".

²⁰⁶ R. SACCO, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, II, Torino, 2004, 98 ss.; *adde Id.*, *Considerazioni conclusive*, in M. Bessone – F.D. Busnelli, *La vendita "porta a porta" di valori mobiliari*, Milano, 1992, 181 s. La stessa, condivisibile impostazione è sostenuta – ancorché limitatamente alle "condizioni economiche" del contratto – da M. MANTOVANI, *"Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, 186 la quale, a proposito dei "vizi incompleti", scrive che "ciò che lamenta la parte delusa è, in sostanza, un assetto di interessi (sotto il profilo giuridico-economico) difforme da quello che sarebbe risultato se la controparte avesse agito lealmente. La funzione del risarcimento non sarà allora quella di attribuire al contraente deluso, in via surrogatoria o sostitutiva, i vantaggi connessi alla prestazione – che non è mancata – bensì a "compensare" le più sfavorevoli condizioni alle quali il contratto è stato concluso, attraverso una "correzione" del risultato economico del regolamento di interessi, pregiudicato dal contegno sleale e scorretto del partner". *Contra* G. D'AMICO, *"Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 249. Sul punto debbono essere considerate anche le osservazioni di U. MORELLO, *Culpa in contrahendo, accordi e intese preliminari*, ne *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive. Aspetti civilistici*, II, Milano, 1986, 78 s.

²⁰⁷ "L'art. 2058 c.c.it. suggerisce di riparare il danno costruendo la situazione che si sarebbe creata se non fosse intervenuto il fatto illecito nocivo" e così con la "rettifica del contratto"; così R. SACCO, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, I, Torino, 2004, 573. è opportuno segnalare che in materia di dolo incidentale Cass., 8 settembre 1999, n. 9523, in *Foro it., Rep. 1999*, voce "Contratto in genere", n. 528 riconosce il rimedio risarcitorio nonostante l'intervenuta conclusione del contratto.

²⁰⁸ La soluzione non appare dissimile da quella alla quale giunge la tradizionale dottrina della parità di trattamento che individuava nella sostituzione automatica ai sensi dell'art. 1339 cod.civ. il rimedio applicabile nel caso di inserimento in contratto di una clausola diversa da quelle generalmente adottate dal contraente: cfr. G. PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970, 316; *Id.*, voce "Parità di trattamento", in *Enc.giur. Treccani*, s.d. ma Roma, 1990, 4. Considera più "facile" il rimedio della rettifica, rispetto a quello della nullità, R. SACCO, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, II, Torino, 2004, 98. Il rimedio risarcitorio in forma specifica si presta alla riparazione del danno che si verifica se l'illecito ha inciso sulle condizioni normative del contratto: ciò che si trascura quando si sostiene – come S. TROIANO, *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, 379 ss., 526 – che nei "casi in cui (...) ha caratteri strettamente normativi (...)

eliminare il pregiudizio che la controparte ha patito, nel corso della trattativa, a seguito del comportamento discriminatorio posto in essere dal contraente convenuto.

Peculiari problemi pone la fattispecie del contratto discriminatorio *eseguito*.

Così, se è stato eseguito dalla controparte contrattuale il contratto che conteneva condizioni economiche discriminatorie, opererà anche il rimedio della ripetizione dell'indebito, ad es. con la condanna alla restituzione del sovrapprezzo pagato, maggiorato degli interessi legali dalla data del pagamento²⁰⁹.

Se il contratto, "soltanto a causa" della qualità personale della controparte, *non* contiene una condizione vantaggiosa, il risarcimento del danno in forma specifica opera, su richiesta dell'attore, attraverso la pronuncia da parte del giudice di una sentenza che *integra* il contenuto del contratto.

Se non opera in forma specifica, il risarcimento del danno al contraente opera per equivalente.

In aggiunta agli altri rimedi, è oggetto di risarcimento anche il danno "non patrimoniale"²¹⁰. Esso è liquidato, su domanda di parte, in occasione sia di una pronuncia di accertamento, sostitutiva o di condanna, sia di un provvedimento urgente che contenga l'ordine di cessare la discriminazione²¹¹ e la legittimazione attiva spetta tanto alla persona fisica quanto ad altro soggetto collettivo ed in particolare alla persona giuridica²¹².

lo squilibrio indotto dal comportamento abusivo (...) non può (...) essere rimosso con il semplice risarcimento del danno".

²⁰⁹ Il rimedio a favore della controparte opera ai sensi dell'art. 2033 cod.civ. Esso opererebbe anche se il contratto discriminatorio fosse immorale, perché ai sensi dell'art. 2035 cod.civ. la ripetizione è ammessa per il contraente estraneo all'immoralità, quale sarebbe, nel caso di specie, la controparte contrattuale.

²¹⁰ Così, a proposito del danno non patrimoniale da lesione di un diritto costituzionalmente qualificato, G. PEDRAZZI, in G. Ponzanelli (cur.), *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, Padova, 2004, 128.

²¹¹ Si vedano gli art. 44 d.lgs. 286/1998 e 2, comma 4 d.lgs. 215/2003. La novità legislativa è evidenziata, con riferimento al superamento del limite di cui all'art. 2059 cod.civ., da G. SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale e la sua tutela giurisdizionale*, in *Riv.dir.civ.*, 2001, I, 833; G. PONZANELLI, in G. Ponzanelli (cur.), *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, Padova, 2004, 2 nt. 2; G. VISINTINI, *Trattato della responsabilità civile*, Padova, 2005, 651; P. ZIVIZ, *La tutela risarcitoria della persona*, Milano, 1999, 153.

²¹² Per la risarcibilità anche alle persone giuridiche e ad altri soggetti collettivi del danno non patrimoniale G. PONZANELLI, in G. Ponzanelli (cur.), *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, Padova, 2004, 67 s.; V. ZENO ZENCOVICH, voce "Personalità (diritti della)", in *Digesto IV, disc.priv.*, vol. XIII, Torino, 1991, 440; P. ZIVIZ, *La tutela risarcitoria della persona*, Milano, 1999, 289; G. CASSANO (cur.), *Il danno alla persona*, Padova, 2006, I, 439. Cfr. già gli studi di R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv.dir.civ.*, 1957, I, 326 s. ed A. RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, in particolare 217 s. cui *adde* la ricostruzione minoritaria di C. FUSARO, *I diritti della personalità dei soggetti collettivi*, Padova, 2002, 248 e, in senso restrittivo, la posizione di G. CRICENTI, *Persona e risarcimento*, Padova, 2005, 299 ss. Più di recente si consulti utilmente F. MOROZZO DELLA ROCCA, *La l. 24 marzo 2001 n. 89: anche alla persona giuridica spetta la pecunia doloris*, in *Giust.civ.*, 2005, I, 1585 s. La giurisprudenza riconosce il risarcimento del danno non patrimoniale ai soggetti diversi dalla persona fisica: Cass., 5 dicembre 1992, n. 12951, in *Foro it.*, 1994, I, 561; Cass., 10 luglio 1991, n. 7642, in

Diversi *oggetti collettivi* sono legittimati ad esperire i rimedi contro gli atti di discriminazione. I soggetti collettivi legittimati ai sensi delle leggi antidiscriminatorie sono: (i) le associazioni o gli enti iscritti in un apposito elenco a cura del Ministro del lavoro e del Dipartimento per le pari opportunità istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri; (ii) le associazioni e gli enti iscritti in apposito registro²¹³; (iii) le associazioni e gli enti che svolgono attività nel campo della lotta alle discriminazioni²¹⁴. Inoltre possono agire in giudizio, anche per il risarcimento dei danni derivanti dalla lesione di interessi collettivi, e possono intervenire nei giudizi promossi dai singoli soggetti passivi di atti discriminatori²¹⁵, le associazioni di promozione sociale che abbiano per scopo lo svolgimento di attività utile all'integrazione sociale degli associati e dei terzi²¹⁶.

In presenza di un'offerta al pubblico o di un invito ad offrire o a manifestare interesse *discriminatori*, perché conformati in modo da escludere dal novero dei potenziali destinatari della dichiarazione controparti contrattuali che, nella dichiarazione, siano identificate in base a qualità personali, è escluso che l'offerta al pubblico discriminatoria sia nulla o altrimenti inefficace²¹⁷, bensì si deve ritenere che essa sia efficacemente rivolta alla generalità del pubblico, indistintamente, con la conseguenza che qualsiasi persona potrà accettarla²¹⁸. La soluzione vale anche in presenza della clausola "trattative riservate" o "solo referenziati".

Resp.civ.prev., 1992, 89; Trib. Roma, 9 gennaio 1992, in *Giur.mer.*, 1993, 1120; Trib. Roma, 10 giugno 1986, in *Nuova giur.civ.comm.*, 1987, I, 45.

²¹³ Art. 52, comma 1 lett. a) d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394.

²¹⁴ Associazioni ed enti iscritti nel registro a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le pari opportunità: artt. 5, comma 2, 6 d.lgs.215/2003 (cfr. decreto 16 dicembre 2005 recante Istituzione dell'elenco delle associazioni ed enti legittimati ad agire in giudizio in nome, per conto o a sostegno della controparte basata su motivi razziali o etnici di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, in G.U. n. 9 del 12 gennaio 2006). Le associazioni e gli enti menzionati nel testo *sub (ii)* e *(iii)* allo stato coincidono, atteso che, su espressa richiesta dei medesimi, all'atto dell'istituzione del registro di cui *sub (iii)* sono stati fatti confluire in esso le associazioni e gli enti già iscritte nel registro *sub (ii)*,

²¹⁵ Art. 27 l. 7 dicembre 2000, n. 383: "(Tutela degli interessi sociali e collettivi) 1. Le associazioni di promozione sociale sono legittimate: a) a promuovere azioni giurisdizionali e ad intervenire nei giudizi promossi da terzi, a tutela dell'interesse dell'associazione; b) ad intervenire in giudizi civili e penali per il risarcimento dei danni derivanti dalla lesione di interessi collettivi concernenti le finalità generali perseguite dall'associazione; c) a ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi lesivi degli interessi collettivi relativi alle finalità di cui alla lettera b). 2. Le associazioni di promozione sociale sono legittimate altresì ad intervenire nei procedimenti amministrativi ai sensi dell'articolo 9 della legge 7 agosto 1990, n. 241".

²¹⁶ Le associazioni debbono essere iscritte nel registro nazionale di cui agli artt. 7 ss. l. 383/2000. Trib. Padova (ord.), 19 maggio 2005, in *Giur.it.*, 2006, 951 dichiara inammissibile l'intervento di un'associazione per difetto di iscrizione nel registro nazionale delle associazioni di promozione sociale.

²¹⁷ Sicché non si pone il problema dell'interesse e della legittimazione del terzo discriminato a far valere il vizio dei contratti conclusi; cfr. art. 1421 cod.civ.

²¹⁸ Il giudice potrà anche ordinare che il tenore della dichiarazione sia rettificato e potrà pronunciare provvedimenti ripristinatori.

11. Conclusioni: effettività e giustificazione politica di un nuovo limite all'autonomia contrattuale.

Di ogni limite all'autonomia contrattuale occorre chiedersi *perché* si giustifichi; soprattutto, bisogna chiedersi perché si giustifichi che lo Stato *imponga* ai contraenti di contribuire a realizzare una misura di architettura sociale.

Il modo migliore per interrogarsi è di esaminare le possibili giustificazioni della scelta opposta, consistente, per ciò che a noi importa, nel *non* vietare la discriminazione nel contratto.

La discriminazione può essere contrastata con un divieto, che protegge, via via, i soggetti passivi di una condotta discriminatoria, consentendo loro di accedere al mercato alle condizioni che sarebbero state applicate in assenza del carattere esclusivo e determinante della qualità personale.

Ma, certo, nel medio o lungo periodo, il divieto potrebbe escludere definitivamente dal mercato i soggetti emarginati, quando chi discrimina imparasse a farlo rispettando il divieto. In assenza del divieto, invece, i soggetti emarginati pagherebbero inizialmente di più per accedere ad un bene o ad un servizio – si pensi all'accesso del musulmano all'alloggio –, ma nel lungo periodo si saprebbe che il peggior trattamento ad essi riservato è senza motivo – perché si rivela non impossibile vivere sul pianerottolo del musulmano –: sicché la misura del sopraprezzo diminuirebbe fino a scomparire.

In questo quadro, al fine di individuare la giustificazione politica della scelta, un rilievo centrale assume, a mio avviso, il grado di prevedibile certezza del rispetto del divieto.

E proprio in tal senso spicca l'assoluta centralità, nell'impianto delle leggi antidiscriminatorie, dell'apparato rimediabile posto a presidio del precetto: le leggi antidiscriminatorie sono fortemente orientate all'effettività della tutela, la quale è assicurata da un apparato ricco ed analitico di rimedi individuali e collettivi, preventivi e successivi, il che è confermato dal fatto che le leggi antidiscriminatorie sono già oggetto di numerose e rilevanti applicazioni giurisprudenziali²¹⁹ ed appaiono sicuramente destinate ad incidere anche sui comportamenti spontanei degli attori del mercato²²⁰.

²¹⁹ La prima applicazione giurisprudenziale è rappresentata da Trib. Milano (ord.), 30 marzo 2000, in *Foro it.*, 2000, I, 2040 e la seconda da Trib. Bologna (decr.), 22 febbraio 2001, in *Dir. immig. cittad.*, 2001, 101 ss.: entrambe applicano il d.lgs. 286/1998. Trib. Padova (ord.), 19 maggio 2005, in *Giur.it.*, 2006, 949 applica il d.lgs. 215/2003. Cass.pen. 21 dicembre 2005, n. 46783, in *www.cittadinolex.kataweb.it* (che conferma App. Venezia 3 giugno 2003 che confermava a sua volta Trib. Verona 27 giugno 2002, entrambe inedite), statuisce intorno ad una fattispecie di rifiuto di fornire consumazioni al bar ad extracomunitari facendo espresso richiamo alla disciplina di cui al d.lgs. 286/1998. Accerta il carattere discriminatorio della clausola di società cooperativa

Occorre tuttavia considerare l'inevitabile scarto fra il sistema di tutele e la realtà fattuale.

Il contenuto del divieto, inevitabilmente, non può estendersi fino a vietare ogni possibile condotta discriminatoria, non solo perché la discriminazione è per sua natura multiforme, ma anche perché restano estranee al contenuto del divieto condotte quali il ricorso alla trattativa individuale, invece che della dichiarazione al pubblico. Di più. La prova della discriminazione appare diabolica, allorquando colui che offra al pubblico beni o servizi in numero limitato abbia dichiarato, senza una ragionevole possibilità di smentita, di non potere soddisfare la richiesta del discriminato a causa dell'esaurimento delle scorte.

A mio avviso, il *preconcetto*, senza dubbio ingiustificato quando la diversità contro la quale il suo rifiuto si rivolge consiste in abitudini di vita, scelte, preferenze, bisogni che, semplicemente, rispondono a costumi diversi da quelli noti e cari, è, invece, meno ingiustificato se la diversità consiste in una (diffusa) inosservanza *delle leggi*.

Pertanto, la giustificazione politica del divieto di discriminazione *contrattuale* dipende dalla capacità *dello Stato* di fare il *primo passo*, contrastando efficacemente la presenza sul territorio di persone che non osservano le leggi al fine di garantire le condizioni materiali perché il *diverso* non sia percepito come pericoloso e sia invece spontaneamente accettato (*recte*: perché il grado di diffusione sociale del rifiuto istintivo del diverso sia opportunamente contenuto).

che esclude la qualità di socio per i non cittadini Trib. Monza (ord.), 27 marzo 2003, in *Foro it.*, 2003, I, 3177 ss.

²²⁰ Scrive S. CHIARLONI, *Riflessioni minime sulla tutela giuridica dei diritti dei deboli*, in *Riv.dir.proc.*, 1998, 958 che "L'augurio (...) è che nel quadro del sistema sanzionatorio dei diritti attribuiti ai cittadini deboli, la tutela giuridica sia confinata sullo sfondo. La necessità della tutela giuridica è il segno di un fallimento".