

DANIELE MAFFEIS

Associato dell'Università di Brescia

Libertà contrattuale e divieto di discriminazione *

Sommario: 1. Le origini del diritto antidiscriminatorio ed il nuovo diritto contrattuale antidiscriminatorio. – 2. Scetticismo e ricerca di giustificazione nel presente del diritto contrattuale antidiscriminatorio. – 3. I tratti fondamentali del divieto di discriminazione nel contratto. – 3.1. Il divieto di discriminazione è antinomico rispetto alla libertà contrattuale ? Quando opera ? – 3.2 Il divieto di discriminazione coincide con la parità di trattamento ? – 3.3 Il divieto di discriminazione vale per qualsiasi tecnica di contrattazione o solo in presenza di dichiarazione contrattuale rivolta al pubblico ? – 3.4 Quale incidenza ha il divieto di discriminazione sulla fase delle trattative ? – 3.5 Il divieto di discriminazione opera solo al momento della conclusione o anche nella fase dell'esecuzione ? – 3.5.1 Rifiuto. – 3.5.2. Scelta di adempiere con diligenza media ma inferiore allo standard del debitore. – 3.5.3 L'esercizio dei poteri contrattuali. L'ambito in cui può verificarsi una discriminazione nell'esercizio di un potere contrattuale è tanto vasto quanto è ampia la nozione di potere contrattuale. – 3.6 Il divieto di discriminazione riguarda i soli contratti di scambio o anche i contratti associativi ? – 3.6.1. Associazioni. – 3.6.2. Società. – 3.6.3. La regolazione del mercato. – 3.7 È configurabile la discriminazione c.d. indiretta ? – 4. Il futuro del diritto contrattuale antidiscriminatorio. I punti cruciali. – 4.1 L'integrazione sociale e culturale. – 4.2 L'onere della prova. – 4.3 Il rimedio è meramente risarcitorio o può essere reale ? Il risarcimento è per equivalente o può essere in forma specifica ? – 4.4 Il danno non patrimoniale. – 5 Quale potrà essere il ruolo delle associazioni dei consumatori ?

1. – Il divieto di discriminazione *nel contratto* è un tema nuovo, sicché il civilista ha un compito diversissimo dal giuslavorista, perché mentre il giuslavorista si interroga sul futuro di un tema che ha un solido passato ¹, invece il civilista sa di essere chiamato a plasmare una materia informe.

* Il presente scritto è la rielaborazione, con l'aggiunta delle note, della relazione presentata al convegno <<Il futuro del diritto antidiscriminatorio>> organizzato dall'Università degli Studi di

Per concretezza, anticipo subito qualche dubbio, che riprenderò: il divieto di discriminazione è un limite alla libertà contrattuale ? quali sono i rilevanti fattori di discriminazione ? coincide con la parità di trattamento ? vale per qualsiasi tecnica di contrattazione o solo in presenza di una dichiarazione contrattuale rivolta al pubblico ? quale incidenza ha il divieto di discriminazione sulla fase delle trattative ? opera solo al momento della conclusione o anche nella fase dell'esecuzione ? riguarda i soli contratti di scambio o anche i contratti associativi ? il rimedio è meramente risarcitorio o può essere reale ? il risarcimento è per equivalente o può essere in forma specifica ?

Alcuni fra questi interrogativi sono famigliari al giuslavorista – perché è nel diritto del lavoro che il divieto di discriminazione è nato e fiorito anche e soprattutto in sede comunitaria – , ma non lo sono affatto, ad oggi, al civilista.

Il civilista è fermo ai lavori di Pietro Rescigno sulla parità di trattamento degli anni '50 e '60 del secolo scorso, in particolare all'elaborazione tedesca della *Drittwirkung*², alle intuizioni di Rodolfo Sacco, che segnalava il tema della parità di trattamento sin dalla prima edizione del *Contratto* nel 1975³ ed alle considerazioni di Cesare Massimo Bianca con le Autorità private del 1977⁴. Il tema della discriminazione era mirabilmente intuito, ma il diritto dei contratti sembrava refrattario ad esso, e ciò a causa del fatto che la discriminazione era fatta coincidere con la parità di trattamento.

Scrivendo Pietro Rescigno nel 1959 che «non si può far derivare (...) la parità di trattamento in diritto privato (...) dal precetto costituzionale (della) uguaglianza di fronte alla legge (perché) sarebbe completamente distrutta l'autonomia privata, per i limiti assurdi che si finirebbe per porre alla libertà di contrarre (...)»⁵. L'elaborazione

Firenze – Facoltà di Giurisprudenza e Scienze Politiche, tenuto a Firenze nelle date del 27 e 28 giugno 2007.

¹ Da ultimo e con particolare riguardo al codice delle pari opportunità tra uomo e donna di cui al d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 v. SILVESTRI, *Codice delle pari opportunità e tutela antidiscriminatoria*, in questa rivista, 2007, pp. 853 ss.

² P. RESCIGNO, *Sul cosiddetto principio costituzionale d'uguaglianza nel diritto privato*, in *Foro it.*, 1966, I, p. 1; Id., voce "Contratto", in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1988, *passim*; Id., *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, già pubblicato in questa rivista, 1959, pp. 1515 ss., ora in P. Rescigno, *Per una biblioteca di diritto privato (la seconda metà del novecento)*, Napoli, 2004, *passim*.

³ SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975, pp. 543 ss.

⁴ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Milano, 1977, *passim*.

⁵ P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, cit., p. 27.

tedesca del concetto di comunità – da cui prendevano le mosse gli scritti di Rescigno – non poteva giovare in un ambito, quale quello dei contratti, in cui è tradizionalmente considerato sacro il principio della reciproca non incidenza tra rapporti contrattuali con controparti diverse ⁶. Ed era unanime il riconoscimento della totale mancanza, nella stessa elaborazione teorica della dottrina della comunità, di un qualsiasi impianto rimediale: ancora Rescigno metteva in evidenza come fosse <<poco agevole cogliere nell’elaborazione tedesca il modo di operare del principio d’uguaglianza e le reazioni del sistema quando la parità di trattamento sia violata>> ⁷.

Questo quadro non mutò neppure dopo l’originale monografia di Giorgio Pasetti su <<Parità di trattamento e autonomia privata>>, del 1970 ⁸, il quale non isolò la discriminazione dalla parità di trattamento e si occupò dell’intero diritto privato (diritto generale delle obbligazioni, dei contratti, del lavoro, delle successioni) in un momento in cui la frantumazione delle regole e dei principi interni alla materia già avrebbe consigliato di non trattare insieme problemi tanto diversi.

Oggi, proprio a causa del suo carattere di novità in ambito contrattuale, il diritto antidiscriminatorio richiede uno sforzo di ricostruzione che prescindendo dalla peculiare dimensione dell’autonomia nel contratto di lavoro ⁹ e muova frontalmente dalla ricostruzione critica della libertà contrattuale, intesa come libertà di scelta della controparte quale si atteggia in un’economia di mercato. La ricostruzione del significato del divieto di discriminazione in ambito contrattuale deve essere condotta avuto riguardo

⁶ S. PATTI, *Alcune innovazioni del codice del 1942 nella materia dei contratti e la loro incidenza sulla autonomia privata*, ne *I cinquant’anni del codice civile*, II, Milano, 1993, p. 767 osserva che <<Il diritto dei contratti continua a considerare il contraente come un individuo isolato e non come parte di una molteplicità di soggetti che si trovano nella stessa situazione>>.

⁷ P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, cit., p. 35

⁸ PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970, *passim*.

⁹ Così anche 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, p. 534. Più in generale il rilievo secondo cui il diritto del lavoro costituisce <<un diritto speciale>> ed è <<estromesso dal sistema generale del diritto delle obbligazioni>> può rinvenirsi in MENGONI, *Le obbligazioni*, ne *I cinquant’anni del codice civile*, Milano, 1993, I, p. 242, cui *adde* CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d’impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 859. E sull’opportunità di un’emancipazione del diritto del lavoro dal diritto civile v. invece ROMAGNOLI, *Prefazione ad O. Mazzotta, Diritto del lavoro e diritto civile*, Torino, 1994, pp. 1 ss.

ai principi ed alle regole del diritto dei contratti; *in primis*, essa deve essere collocata dentro il più ampio tema della libertà del contraente di scegliere con chi contrattare e, così, di determinarsi in funzione di qualità personali della sua controparte. Libertà che in linea di principio certamente sussiste, come emerge dalla previsione dell'art. 1429 n. 3 c.c. dell'annullabilità del contratto per errore, determinante del consenso, sulle qualità personali dell'altro contraente. E così è anche negli altri paesi dell'area romanistica, segnatamente Francia¹⁰ e Germania¹¹, mentre negli Stati Uniti come nel Regno Unito una regola analoga non esiste, perché il contratto non è annullabile per errore sugli *attributes* se non nei casi estremi di errore sull'*identity*¹².

2. – La miglior dimostrazione che in ambito contrattuale il tema della discriminazione è ancora informale consiste nel fatto che qualsiasi discorso sul tema deve muovere dalla giustificazione di sé medesimo.

Per parte mia ho proposto, sulla scorta delle leggi antidiscriminatorie – in particolare gli artt. 43 e 44 del 25 luglio 1998, n. 286 (Testo Unico sull'immigrazione)¹³ ed il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215 che recepisce la direttiva 2000/43/CE e disciplina il <<principio di non discriminazione>> per la <<razza e l'origine etnica>>, ma anche la l. 1 marzo 2006, n. 67 relativa al fattore della disabilità e la direttiva del Consiglio 2004/113/CE che disciplina il <<principio di non discriminazione>> in base al sesso – di individuare, quale branca del diritto antidiscriminatorio, un diritto contrattuale *antidiscriminatorio*¹⁴.

¹⁰ JOSSERAND, *Téléologie juridique, II, Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé*, Paris, 1928, n. 44, p. 57.

¹¹ JESTAEDT, *Diskriminierungsschutz und Privatautonomie*, in *Der Sozialstaat in Deutschland und Europa*, VVDStRL 64, 2005, pp. 298 ss.; BRITZ, *Diskriminierungsschutz und Privatautonomie*, in *Der Sozialstaat in Deutschland und Europa*, VVDStRL 64, 2005, pp. 335 ss.

¹² Per gli Stati Uniti *Chitty on contracts*, I, *General principles*, Twenty eighth edition, London, 1999, 5 – 043, [315]. Per il Regno Unito TREITEL, *The law of contract*, 10th edition, London, 1999, pp. 274 ss. In quell'ambiente, anche prima e fuori da qualsiasi discorso sulla discriminazione, già suona strana l'idea che il contraente si determini alla scelta della controparte contrattuale in funzione, non di qualità della prestazione, ma di qualità personali della stessa controparte, eventualmente rifiutando di stipulare un contratto oggettivamente vantaggioso, chiaro essendo che ad un simile esercizio della libertà contrattuale finisce per seguire una contrazione del tutto assurda degli scambi di mercato e quindi della ricchezza complessiva.

¹³ 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.

¹⁴ MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007, *passim*.

Le fonti persuasive – penso ai Principles of European Contract Law del gruppo di Ole Lando e al Code européen des contrats del gruppo pavese di Giuseppe Gandolfi – non menzionano la discriminazione.

Ma con soddisfazione registriamo che la discriminazione è presente nei recentissimi *Principles of the Existing EC Contract Law*, i c.d. *Acquis Principles*, elaborati nel quadro della creazione del *Common Frame of Reference* il cui primo progetto dovrà essere elaborato entro la fine del 2007; nella versione aggiornata al 3 aprile 2007, presentata a Ferrara da Reiner Schulze nel corso della conferenza del 17/18 maggio 2007, si legge che <<*The principles are not formulated to apply in the areas of labour law (...)*>> ed il Chapter 3, immediatamente dopo <<*General Provisions*>> e <<*Precontractual duties*>> è intieramente dedicato alla <<*Non-discrimination*>> e contiene previsioni che riprendono pressoché alla lettera le regole della direttiva 2000/43/CE.

Sono segni confortanti che giustificano come la discussione intorno ad un possibile elenco di divieti condivisi nel diritto europeo dei contratti debba partire proprio dall'esame del divieto di discriminazione ¹⁵.

E la solidità della linea di tendenza è ulteriormente confortata, da un lato, dalla constatazione che esistono ormai anche in Italia numerosi precedenti giurisprudenziali specifici di applicazione delle leggi antidiscriminatorie ¹⁶, dall'altro, dal riconoscimento che <<*il principio di non discriminazione è un principio generale dei diritto comunitario*>>, come statuito dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia ¹⁷, la quale

¹⁵ DE NOVA, *I contratti di oggi e la necessità di un elenco condiviso di divieti e di clausole vietate: a proposito di armonizzazione del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 468.

¹⁶ La prima applicazione giurisprudenziale è rappresentata da Trib. Milano (ord.), 30 marzo 2000, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2040 e la seconda da Trib. Bologna (decr.), 22 febbraio 2001, in *Dir. immig. cittad.*, 2001, pp. 101 ss.: entrambe applicano il d.lgs. n. 286 del 1998. Trib. Padova (ord.), 19 maggio 2005, in *Giur. it.*, 2006, p. 949 applica il d.lgs. n. 215 del 2003; MAFFEIS, *Il contratto nella società multi-etnica: è un atto illecito la determinazione di un prezzo doppio per i clienti extracomunitari*, in *Giur. it.*, 2006, pp. 951 ss.

Accerta il carattere discriminatorio della clausola di società cooperativa che esclude la qualità di socio per i non cittadini Trib. Monza (ord.), 27 marzo 2003, in *Foro it.*, 2003, I, cc. 3177 ss.

Sui profili processuali da ultimo MARUFFI, *Le nuove norme sulla tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 123 ss.

¹⁷ Corte giust., Grande Sezione, 22 novembre 2005, in *Giur. it.*, 2006, p. 1811.

ne fa discendere la conseguenza, molto rigorosa in punto di effettività, dell'operatività di una direttiva a prescindere dalla scadenza del termine di recepimento ¹⁸.

Senonché la prospettiva di ricostruire un diritto antidiscriminatorio *del contratto* e più in generale l'introduzione di un divieto di discriminazione in materia contrattuale si trova a fare i conti con resistenze in tutto e per tutto identiche a quelle di quarant'anni fa. Come è a tutti noto il dibattito che si è animato in Germania sulle modalità di recepimento della direttiva 2000/43/CE si è tradotto in opinioni dottrinali fortemente critiche, sintetizzate nella denuncia del preteso pericolo di una <<moralizzazione del diritto>> ¹⁹ o della <<inaccessibilità del problema attraverso argomenti giuridici>> ²⁰. In questo clima, la Germania è stata condannata dalla Corte di Giustizia per non avere dato attuazione alla direttiva 2000/43/CE. È stato solo predisposto nel 2001 un disegno di legge non presentato al Parlamento e successivamente un altro disegno di legge in data 15 dicembre 2004 che è stato oggetto soltanto della prima delle tre necessarie letture presso il Bundestag necessarie per essere sottoposto al Bundesrat ²¹.

Ed anche in Olanda si lamenta il carattere pretesamente inaccettabile del divieto di discriminazione e si scrive che <<*Equal opportunities generally mean fewer opportunities, not more (...). In a well-functioning market, an open market, irrational discrimination is penalized by the market itself*>> concludendo con una proposta: <<*all prohibitions against discrimination by citizens without a monopoly have to be abolished*>> ²².

Il diffuso scetticismo sulla stessa desiderabilità di un divieto di discriminazione deve indurre lo studioso ad esplicitare le sue preferenze e la sua scelta politica.

¹⁸ Una compiuta analisi in CONTI, *L'effettività del diritto comunitario ed il ruolo del giudice*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, pp. 491 ss.

¹⁹ JESTAEDT, *Diskriminierungsschutz und Privatautonomie*, cit., p. 298

²⁰ PICHER, *L'antidiscriminazione come programma per il diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 699. Cfr anche BRITZ, *Diskriminierungsschutz und Privatautonomie*, in *Der Sozialstaat in Deutschland und Europa*, *VVDStRL 64*, 2005, p. 335 ss

²¹ Sentenza Corte giust., 28 aprile 2005 in G.U.C.E., 11 giugno 2005, C 143/13 in accoglimento del ricorso della Commissione in data 29 luglio 2004 in G.U.C.E., 25 settembre 2004, C 239/07.

²² STORME, *Freedom of Contract: Mandatory and Non Mandatory Rules in European Contract Law*, in *Eur.Riv.Priv.Law*, 2007, pp. 247 ss.

A mio avviso, esistono *almeno tre* solide giustificazioni politiche per un divieto di discriminazione nel contratto²³.

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, 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.

Terzo: in presenza di una discriminazione risulta pregiudicato anche il benessere collettivo, sia perché vengono meno occasioni di scambio, sia perché il meccanismo dei prezzi 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 *quella* 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).

Naturalmente non esiste un pranzo gratis, e quindi il fatto che il divieto di discriminazione abbia una solida giustificazione politica non significa che la sua introduzione sia un gioco a somma zero.

Al contrario, poiché con il divieto di discriminazione lo Stato impone ai contraenti di contribuire a realizzare una misura di architettura sociale, deve essere per primo lo Stato a garantire le condizioni sociali perché il diverso non sia percepito come pericoloso o, più realisticamente, perché il grado di diffusione sociale del rifiuto istintivo del diverso sia opportunamente contenuto.

E poiché alla base della discriminazione c'è un preconcetto, bisogna riconoscere che la scelta di politica legislativa di contrastare l'ostilità del contraente è giustificata se la diversità contro la quale l'ostilità del contraente si dirige riguarda abitudini di vita, scelte, preferenze, bisogni delle possibili controparti contrattuali che, semplicemente, rispondono a costumi diversi da quelli noti e cari. Meno giustificata apparirebbe la scelta

²³ *Amplius* in MAFFEIS, *Offerta al pubblico*, cit., pp. 41 ss.

legislativa di contrastare lo spontaneo preconcezzo nei confronti di chi non osserva le leggi ²⁴.

Ed il problema sussiste anche a ruoli invertiti, perché può essere il diverso a sentirsi tale. Per fare un esempio, è stato notato che uno degli ostacoli più rilevanti all'inclusione sociale nell'offerta di servizi bancari, finanziari ed assicurativi – oltre alla difficoltà di produrre documenti adeguati ai requisiti contrattuali – risiede nel fatto che a causa di fattori culturali o religiosi gli immigrati sovente nutrono scarsa fiducia nel settore finanziario e quindi ricorrono ad operatori marginali ²⁵.

Per queste ragioni, il divieto di discriminazione in materia contrattuale richiede innanzitutto un ruolo attivo e consapevole dello Stato e, inoltre, un'effettiva integrazione sociale e culturale ²⁶.

Vorrei esaminare alcuni aspetti di fondo del diritto contrattuale antidiscriminatorio ²⁷, per accennare in chiusura ai profili che considero maggiormente problematici in prospettiva futura ²⁸.

3.1. – L'autonomia contrattuale è strumento di libertà e di manifestazione della personalità del contraente ²⁹ e non esprime affatto un'antinomia rispetto al divieto di discriminazione. Semplicemente, la libertà del contraente, che offre o che cerca sul mercato un bene o un servizio, non può essere strumento di distruzione o di limitazione della libertà e di lesione della personalità delle potenziali controparti contrattuali ³⁰; ed è

²⁴ Per questo, correttamente lo Stato non considera illecita la discriminazione dello straniero *non regolarmente soggiornante* posta in essere da chi si rivolga al pubblico per vendere o locare immobili. Non così TUCCI – DI MURO, *Diritti fondamentali, principio di eguaglianza e riforma della normativa in materia di immigrazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, pp. 187 s.

²⁵ M. SORRENTINO, *Servizi bancari e finanziari e inclusione sociale*, in *Banche e banchieri*, 2007, p. 84.

²⁶ Dal 1 marzo 2007 è operativa l'Agenzia dell'Unione per i diritti fondamentali di cui al regolamento (CE) n. 168/2007 del Consiglio del 15 febbraio 2007. Fra i settori tematici d'intervento (art. 5, comma 2°, lett. b) vi sono <<il razzismo, la xenofobia e l'intolleranza ad essi associata>>.

²⁷ V. *infra* n. 3.

²⁸ V. *infra* n. 4.

²⁹ SACCO, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, I, Torino, 2004, p. 420, nota 4; BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 32; ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 39.

³⁰ Cfr. 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, p. 116 s

così che si spiega il limite alla libertà di scelta della controparte contrattuale consistente nel divieto di discriminazione³¹.

Frutto di un equivoco è la diffusa opinione che per avversare il divieto di discriminazione lamenta una pretesa antinomia tra divieto di discriminazione e libertà contrattuale³². 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.

Il limite alla libertà di scelta della controparte contrattuale opera soltanto (i) quando il contraente fa ricorso ad una dichiarazione non individualizzata, ma rivolta al pubblico³³ e (ii) quando ricorre un fattore di discriminazione rilevante ai sensi delle leggi antidiscriminatorie, e così una discriminazione per razza, etnia, religione, nazionalità, provenienza geografica, disabilità³⁴.

³¹ Evocano un <<limite interno all'autonomia privata>> MOROZZO DELLA ROCCA –COGNINI, *Immigrazione: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Torino, 2005, p. 252.

³² DI MARZIO, *Appunti sul contratto immeritevole*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 324; SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale e la sua tutela giurisdizionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 832; MANTELLO, *La tutela civile contro le discriminazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 452. *Contra*, tuttavia, condivisibilmente, 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, p. 304.

³³ In Italia il d.lgs. n. 286 del 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. n. 286 del 1998). Quanto al d.lgs. n. 215 del 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 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. V. anche STORK, *Comments on the Draft of the New German Private Law Anti-Discrimination Act*, cit., p. 539.

³⁴ L'elenco comprende anche fattori di discriminazione come il colore della pelle o l'ascendenza perché bisogna tenere conto sia della <<condensazione semantica>> fra <<razza, etnia e nazionalità>> segnalata dall'antropologo culturale – v. FABIETTI, *L'identità etnica*, ottava ristampa, Urbino, 2005, p. 29 – sia del fenomeno della discriminazione multipla – su cui da ultimo FREDMAN, *Double Trouble: multiple discrimination in EU law*, in *European Anti-Discrimination Law Review*, Brussels, 2005, 2, pp. 13 ss. –.

Particolare rilevanza assume in via del tutto preliminare il dato sub (i) secondo cui il divieto di discriminazione non si applica, se il contraente non rivolge alcuna dichiarazione al pubblico e fa ricorso al diverso procedimento consistente nell'emissione e nell'indirizzamento di dichiarazioni individualizzate che possono dare luogo ad una o più trattative, a loro volta, individualizzate. Del resto anche prima e fuori dal divieto di discriminazione costituiva un dato intuitivo e da tempo acquisito, che l'offerta al pubblico male si adattasse a tutti i casi in cui <<o per la natura del contratto (mandato, società) o per la sua rilevanza economica e per quanto ci si rivolga ad una cerchia indeterminata di soggetti per rintracciare più agevolmente un contraente, si ha interesse poi a valutarne in concreto la persona per le sue qualità>>³⁵.

In presenza di una dichiarazione individualizzata il divieto di discriminazione non è violato anche se il contraente rifiuta di concludere il contratto o riserva alla sua controparte un trattamento peggiore a causa di una sua qualità personale che rilevarebbe astrattamente come fattore di discriminazione.

Pertanto non si può dire che la possibilità di rinunciare a rivolgere dichiarazioni contrattuali al pubblico privi di qualsiasi pregnanza e significato l'operatività del divieto di discriminazione, posto che la rinuncia a rivolgersi al pubblico è costosa: per il privato rappresenta la rinuncia ad una modalità rapida e potenzialmente redditizia di ricerca di potenziali controparti tra le quali potrebbe nascere una concorrenza³⁶, per l'impresa comporta svantaggi così gravi che nella maggior parte dei casi non è neppure concepibile³⁷. Anche senza considerare che i costi da affrontare per precostituirsi la libertà di discriminare possono essere davvero proibitivi – e, in definitiva, tali da far ritenere preferibile al contraente di rinunciare a discriminare per indirizzare una dichiarazione al pubblico (ad es. con un'inserzione pubblicitaria) –, dovrebbe giocare un ruolo importante il timore del contraente di esporsi a responsabilità precontrattuale,

³⁵ R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Comm. c.c.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna – Roma, 1970, p. 192.

³⁶ FRAGALI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 354; BAVIERA, *L'offerta al pubblico (contributo alla teoria del negozio giuridico)*, Milano, 1907, p. 2; CICU, *L'offerta al pubblico*, cit., II, p. 11.

³⁷ Ad esempio, il ricorso alla tecnica dell'invio di una pluralità di inviti individualizzati (a manifestare interesse) è possibile in situazioni ed in ambiti eccezionali, ad es. allorché le potenziali controparti siano <<facilmente identificabili a priori>>, com'è spesso accaduto in occasione della vendita, tramite advisor, di partecipazioni statali: in tema BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996, p. 16 s.

posto che, se indirizza a diverse controparti più dichiarazioni individualizzate di identico tenore ed avvia altrettante trattative, il dovere precontrattuale di correttezza impone al contraente di comunicare a ciascuna controparte – che ha ben ragione di confidare di essere l'unica con la quale il contraente tratti – l'esistenza e lo stato delle altre trattative³⁸ e la responsabilità, che ne discende, ai sensi dell'art. 1337 c.c., può essere assai gravosa, ove il contraente receda, tanto nel caso in cui egli non avesse dato comunicazione dell'esistenza delle altre trattative, quanto nel caso in cui egli avesse dato bensì comunicazione delle altre trattative, ma non della loro evoluzione³⁹.

3.2. – Antinomico rispetto alla libertà contrattuale sarebbe soltanto un obbligo generalizzato di contrattare con chiunque a parità di trattamento, quale quello testualmente previsto per il monopolista legale dall'art. 2597 c.c. o per il concessionario di pubblico servizio dall'art. 1679 c.c.⁴⁰.

Sussisterebbe antinomia, non solo perché dal lato della controparte contrattuale che aspira al bene o al servizio il diritto di contrattare si spiega solo in quanto manca la concorrenza ma anche, specularmente, perché, dal lato dell'offerente, l'obbligo di

³⁸ Il tenore standard della dichiarazione individualizzata indirizzata dal contraente può rendere conoscibile alla controparte l'esistenza di altre dichiarazioni e quindi di altre possibili trattative. Tuttavia ciò non esclude che il contraente sia tenuto a comunicare quali trattative egli ha avviato e qual è via via lo stato di ciascuna trattativa.

³⁹ Allo stato della giurisprudenza il contraente di mala fede può confidare su un'applicazione restrittiva dell'art. 1337 c.c. Ma questa restrizione è irragionevole. L'art. 1337 c.c. fonda specifici doveri di comunicazione. La dottrina ha già sostenuto che l'offerente può essere responsabile, a titolo di responsabilità precontrattuale, se manca di avvertire che l'offerta è limitata, per l'affidamento incolpevole che una siffatta offerta può generale nel pubblico: ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 114. Importanti indicazioni si rinvengono in G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Comm. c.c.* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1993, p. 78.

⁴⁰ Secondo BRECCIA, ne *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, XIII, 3, Torino, 1999, p. 199 <<Il problema dei rapporti fra i principi della libertà contrattuale e della parità di trattamento>> integra un <<grave conflitto di principio>>. In senso analogo PELLECCIA, *Scelte contrattuali e informazioni personali*, Torino, 2005, p. 118 la quale sostiene che l'interprete dovrebbe <<mediare tra i contrastanti valori di libertà e solidarietà>>. Osserva per parte sua P. BARCELLONA, *Il contratto e l'economia globale*, in *Contratto e lavoro subordinato. Presentazione degli scritti in onore di Renato Scognamiglio*, Padova, 2000, p. 36 che <<Il superamento del ruolo della volontà individuale nella fenomenologia della contrattazione di massa si esprime attraverso la formazione di nuovi regimi particolari (tutela dei consumatori, degli utenti) che assumono la rilevanza di veri e propri "statuti" alternativi al regime dell'eguaglianza formale e della contrattazione privata (disciplina comunitaria)>>.

contrattare a parità di trattamento presupporrebbe l'altro obbligo propedeutico di adottare a monte un'organizzazione aziendale idonea alla soddisfazione della domanda normale di quel mercato ⁴¹, il che è inconcepibile in assenza dei presupposti eccezionali della mancanza di concorrenza, in base ai più elementari meccanismi di un'economia di mercato ⁴².

Ma il fatto è che un generalizzato obbligo di trattare non esiste nel diritto dei contratti fuori dai casi tipici e noti e non è stato introdotto con il divieto di discriminare ⁴³ né esiste un obbligo di riservare alle controparti contrattuali la parità di trattamento ⁴⁴.

Il divieto di discriminazione è diversissimo da un obbligo di parità di trattamento.

Prescindiamo dalle questioni meramente definitorie: il d.lgs. n. 215 del 2003, in conformità alla direttiva del Consiglio 2000/43/CE, identica sul punto alla direttiva 2004/113/CE, utilizza il sintagma <<parità di trattamento>> per indicare, con una definizione *ad hoc*, lo scopo sotteso al <<divieto di discriminazione>>, ma una definizione legislativa non è mai vincolante, ed anzi bisogna tener presente – ed emerge anche dalla formulazione degli artt. 20, 21 della Carta di Nizza ⁴⁵ – che uno tra i

⁴¹ Il monopolista legale ed il concessionario debbono soddisfare la domanda ordinaria del mercato entro i limiti del principio di economicità della gestione.

⁴² Si è in presenza, rispettivamente, dell'offerta di beni o servizi illimitati o limitati in relazione alla disponibilità dei beni o alle potenzialità dell'organizzazione del contraente.

⁴³ BOUCHARD, *Discriminazione a Milano: rifiuto di stipulare contratti di locazione con extracomunitari di colore*, in *Quest. giust.*, 2000, p. 596; SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione*, cit., p. 824. Di avviso diverso CASUSCELLI, voce "Uguaglianza e fattore religioso", in *Digesto IV disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, p. 446. Secondo M. BARCELLONA, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur.dir.priv.*, 2005, p. 647 sarebbero <<oggi abbastanza improbabili [...] rimedi correttivi [...] del tipo dell'obbligo a contrarre (ad es., per le prassi contrattuali discriminatorie)>>.

⁴⁴ MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 7 s.; GRASSETTI, *Patto di boicottaggio e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1959, I, p. 17 s. In dottrina la regola è giustamente pacifica. Una ricerca affrettata farebbe pensare che esista anche un'ampia giurisprudenza in tal senso, ma in realtà la giurisprudenza che si trova concerne il diritto del lavoro: in quest'ambito 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>> (Cass., Sez. Un., 29 maggio 1993, n. 6031, in *Foro it.*, 1993, I, cc. 1794 ss.; sul punto G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 655).

⁴⁵ La Carta di Nizza, 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>>. Si legge nel testo dell'art. 21 della Carta di Nizza: <<È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale" nonché "le caratteristiche genetiche, la lingua, la

passaggi più significativi nel processo che ha condotto all'enucleazione del divieto di discriminazione risiede precisamente nella distinzione tra divieto di discriminazione e principio di uguaglianza.

Ma prescindiamo appunto da questioni terminologiche.

<<Disparità di trattamento>> è nozione che esige un giudizio relazionale e richiede che l'atto sia messo in relazione con un altro atto che sia o che sia stato posto in essere in una situazione uguale ⁴⁶.

Invece, il giudizio intorno alla discriminazione non richiede necessariamente un confronto fra i trattamenti riservati dal contraente a controparti contrattuali diverse ⁴⁷.

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.

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 secco di contrattare, 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 a causa della loro cittadinanza, la discriminazione non è affatto esclusa dalla parità di trattamento, bensì 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 loro qualità personale non fosse stata determinante, in via esclusiva, del consenso.

Ma in realtà 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

religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali>>.

⁴⁶ In tema già CARUSI, *Principio di eguaglianza, diritto singolare e privilegio. Rileggendo i saggi di Pietro Rescigno*, Napoli, 1998, p. 13. Per la necessità del confronto ai fini del giudizio sulla parità di trattamento *ex plurimis* P.G. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Padova, 1969, p. 433. Una lettura critica è offerta da NIVARRA, *Disciplina del mercato: il monopolio*, in *Comm. c.c.* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1992, p. 129 nota 83 ad avviso del quale occorrerebbe rifuggire <<un immagine del principio de quo (il principio di parità di trattamento) appiattita sulla mera osservanza delle regole di accesso al bene o al servizio>>.

⁴⁷ Non così TROISI, *Profili civilistici del divieto di discriminazione*, cit., p. 297 il quale scrive che <<Il giudizio in termini di discriminatorietà è, dunque, un giudizio "relazionale">>.

dell'applicazione di condizioni più svantaggiose così come per il trattamento peggiore nell'esecuzione del contratto.

Quando il d.lgs. n. 215 del 2003 stabilisce che sussiste violazione della c.d. <<parità di trattamento>> se <<One person is treated less favourably than another is, has been or would be treated in a comparable situation>> il confronto con il trattamento di un'<<altra persona>> non può interpretarsi altrimenti che come confronto con il trattamento di un'<<altra persona>> che sia di altra <<razza>> o di altra <<origine etnica>, il che vuol dire che non si tratta di un confronto reale con un'altra situazione reale in cui si trovi o si sia trovata un'altra persona, bensì di un giudizio ipotetico su come sarebbe stata trattata quella persona se essa non fosse stata di quella <<razza>> o di quella <<origine etnica>>. Non solo: nella stessa formula della legge compare il confronto con il modo come un'altra persona <<sarebbe trattata>> e tale confronto è, di già sul piano della *littera legis*, oltre che dell'inequivoca intenzione del legislatore, puramente ipotetico.

Argomentando secondo gli schemi famigliari del codice civile, il giudizio sulla discriminazione nel contratto è diverso dal giudizio reale richiesto dall'art. 2597 c.c. in termini di parità di trattamento come determinazione di contratti di uguale contenuto. Esso è invece riconducibile al giudizio ipotetico richiesto dall'art. 1440 c.c. per l'accertamento del dolo incidentale il quale richiede un confronto tra il contratto effettivamente concluso ed il contratto quale sarebbe stato concluso in assenza del dolo

48.

3.3. – Come detto, la scelta di fondo del diritto contrattuale antidiscriminatorio consiste nel limitare il divieto di discriminazione allo scambio di beni e di servizi che sono <<available to the public>>⁴⁹.

L'opzione comunitaria di politica legislativa è testuale.

Ma bisogna poi vedere nei singoli ordinamenti a quali istituti debba essere ricondotta l'espressione legislativa <<available to the public>>.

⁴⁸ MAFFEIS, *Offerta al pubblico*, cit., p. 70.

⁴⁹ V. *supra* n. 1 in fine.

A mio avviso, si tratta di tutti i casi in cui il contraente si è rivolto indistintamente al pubblico o ad una cerchia indeterminata di persone ⁵⁰, con una dichiarazione che integri, indifferentemente, invito a manifestare un interesse ⁵¹, invito ad offrire od offerta. Deve escludersi che chi si rivolge al pubblico possa riservarsi uno spazio per discriminare ricorrendo all'invito invece che all'offerta; non può servire allo scopo l'inserimento nella dichiarazione rivolta al pubblico dell'espressa riserva di un successivo gradimento ⁵² o, da subito, l'esclusione dal novero dei destinatari delle persone che presentino qualità rilevanti ai sensi delle leggi antidiscriminatorie.

Da notare che fino a ieri la dottrina prevalente faceva dipendere gli effetti della dichiarazione rivolta al pubblico dalla (mera) volontà del dichiarante ⁵³ e ciò in contrasto con quanto statuito dall'ultima parte del comma primo dell'art. 1336 c.c., ove la legge,

⁵⁰ L'offerta al pubblico può essere destinata ad una cerchia soltanto di soggetti: cfr. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 111; OBERTO, voce "Offerta al pubblico", in *Digesto IV disc.priv.*, XIII, Torino, 1995, p. 10; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 191; DISTASO, *I contratti in generale*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, I, 1980, p. 406; FORCHIELLI, voce "Offerta al pubblico", in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1968, p. 764; OSTI, voce "Contratto", in *Noviss. dig. it.*, IV, 1959, p. 520; MESSINA, *La promessa di ricompensa al pubblico*, Girgenti, 1899 ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1948, p. 64 s. Adde SBISÀ, *La promessa al pubblico*, Milano, 1974, p. 256. Contra DI MAJO, voce "Offerta al pubblico (diritto privato)", in *Enc. giur. Treccani*, Milano, 1979, p. 763 ed ora SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione*, cit., p. 825.

⁵¹ L'invito a manifestare interesse è previsto e disciplinato da normative speciali nell'ambito dei contratti della pubblica amministrazione; fuori dai contratti della pubblica amministrazione, esso è poco distinguibile da un invito (incompleto) a proporre.

⁵² Sulla riserva di gradimento, eventualmente con indicazione dei criteri, OBERTO, voce "Offerta al pubblico", cit., p. 11; già DISTASO, *I contratti in generale*, cit., p. 403 e BAVIERA, *L'offerta al pubblico*, cit., p. 10.

⁵³ La soluzione della libertà incondizionata di rifiutare di contrattare con chi sia venuto a conoscenza della dichiarazione rivolta al pubblico è esplicitata da GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, *Le obbligazioni e i contratti*, Padova, 2004, p. 215 e, condivisibilmente, criticata da GAZZONI, *Contatto reale e contatto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, p. 663 e da SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, cit., II, p. 224, nota 5. Più in generale, tuttavia, la nostra tradizione annovera fra le regole sostanzialmente pacifiche – e che costituiscono l'antecedente logico della soluzione appena richiamata e criticata nel testo – quella per cui basterebbe al dichiarante ricorrere all'invito ad offrire anziché all'offerta per riservarsi la libertà di scelta della controparte contrattuale; così già OSTI, voce "Contratto", cit., p. 520 cui adde FORCHIELLI, voce "Offerta al pubblico", cit., p. 765; FRAGALI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. c.c.* diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, Libro delle obbligazioni, I, Firenze, 1948, p. 354 s.; BAVIERA, *L'offerta al pubblico*, cit., p. 141; A. CICU, *L'offerta al pubblico*, cit. I, p. 61; II, p. 98; RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1971, p. 73; VALERI, *Manuale di diritto commerciale*, II, Firenze, 1946, p. 70; ROMANO, *Vendita e contratto estimatorio*, Milano, 1960, p. 131.

per far degradare la dichiarazione da offerta a mero invito, non richiama la volontà del proponente, bensì le <<circostanze>> o gli <<usi>>⁵⁴.

Sicché il limite alla libertà del contraente, che si sia rivolto al pubblico, di scegliere la controparte contrattuale rappresenta una sicura novità per la dottrina civilistica del contratto.

Se Tizio vende ad un prezzo altissimo scarpe di extralusso cucite a mano può sussistere una precisa motivazione commerciale per non contrattare con individui extracomunitari, consistente nel fatto che l'unica ragione per la quale Tizio riesce a vendere scarpe a quel prezzo è l'immagine di esclusività di cui esse godono presso una cerchia abituale di clienti. Ed infatti Tizio non si rivolgerà al pubblico con offerte o inviti.

Il criterio per selezionare fra i destinatari della dichiarazione può, a sua volta, essere rilevante ai fini del giudizio sulla discriminazione⁵⁵.

È certo che di per sé la clausola <<trattative riservate>> o <<solo referenziati>> non rende la dichiarazione discriminatoria, poiché è incerto quale sarà la qualità personale che potrà rivelarsi determinante per la conclusione dell'affare. Ma è parimenti certo che la clausola non esclude che il divieto operi nel caso in cui una rilevante discriminazione abbia luogo, ad es. con il rifiuto manifestato ad una donna di colore⁵⁶.

Per evitare di esser tenuto a contrattare con chiunque, il dichiarante che si sia rivolto al pubblico potrà soltanto dichiarare di non voler dare seguito all'invito, se di invito si tratta, o revocare la proposta nelle forme previste dall'art. 1336, comma 2 c.c. ed è questa l'unica via di fuga allorché persone, che il dichiarante si era riservato in cuor suo di escludere dall'offerta, comincino, magari in numero non indifferente, ad accettare.

⁵⁴ Una simile opinione avrebbe potuto trovare conforto nel testo dell'art. 188 del Progetto del 1940 il quale, nell'ultima parte del comma 1, conteneva non già la formula <<salvo che risulti diversamente dalle circostanze o dagli usi>>, bensì quella <<salvo che non risulti una diversa volontà>>. Senonché il riferimento alla <<diversa volontà>> è stato, per l'appunto, consapevolmente abbandonato nell'art. 1336 del codice civile. Merita pertanto di essere seguito l'insegnamento autorevole di MESSINEO, voce "Contratto (dir.priv.)", in *Enc. dir.*, s.d. ma Milano, 1961, 856 a considerare esclusivamente criteri <<oggettivi>> ai fini della distinzione tra invito ad offrire ed offerta al pubblico. V. puntualmente R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 193.

⁵⁵ STORK, *Comments on the Draft of the New German Private Law Anti-Discrimination Act*, cit., p. 539.

⁵⁶ È già stato notato che più in generale colui che si rivolge al pubblico con una dichiarazione non è libero di apporre formule per far degradare la sua dichiarazione fino ad escludere qualsiasi autoresponsabilità: SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, Torino, 2005, p. 217 s.

E però, così facendo il dichiarante può esporsi a responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 c.c., se la sua revoca è senza giusta causa ⁵⁷.

Una cautela si impone.

L'offerta o l'invito rivolti al pubblico ed indirizzati a diverse categorie di persone individuate in base a qualità personali rilevanti come fattori di discriminazione, possono avere ad oggetto beni o servizi prodotti *ad hoc* per le peculiari esigenze di destinatari che presentino quelle qualità personali. Si pensi a particolari condizioni studiate dalle banche, contenute in offerte per l'accensione di un conto corrente di corrispondenza o la concessione di un'apertura di credito o di un mutuo o la stipula di polizze auto, casa, famiglia, fideiussorie o sanitarie per stranieri. La cautela si impone, perché tali offerte o inviti hanno spesso una finalità diametralmente opposta a quella apparente, essendo volti non già a facilitare la conclusione di contratti e così l'accesso ad es. degli stranieri a servizi di primaria importanza, come i servizi bancari, bensì a celare il rifiuto di contrattare con gli stranieri che intendano aderire alle condizioni predisposte per la generalità dei clienti ⁵⁸. In tal caso, si tratta, senza dubbio, di offerte o inviti discriminatori. Pertanto, le offerte potranno essere accettate da chiunque e parimenti gli inviti potranno essere da chiunque posti a base di un'offerta ⁵⁹.

3.4. – Benché sia meno frequente che nella dichiarazione individualizzata, anche alla dichiarazione al pubblico può seguire una trattativa ⁶⁰: e quello della trattativa è un momento delicatissimo.

È del tutto ovvio che se l'intento che anima il contraente nella trattativa non è di verificare le qualità reali della controparte, bensì di addivenire al rifiuto di contrattare

⁵⁷ MIRIELLO, *Tra offerta al pubblico e invito a proporre: orientamenti giurisprudenziali e dottrinali in merito alle ipotesi controverse*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 1124.

⁵⁸ Opportunamente sottolinea CARNEADE, *Percorsi da creare*, in *Eichelos*, n. 16, maggio/giugno 2007, p. 55 come «non sia strettamente necessario che vi siano prodotti o filiali rigidamente dedicate, che siano ritagliate sulla clientela esclusivamente migrante e questo perché è preferibile l'integrazione anche a livello di servizio, seppure con le opportune personalizzazioni».

⁵⁹ La discriminazione non è quella che consiste nella proposta di «condizioni più svantaggiose», bensì è quella che consiste nel «rifiuto di contrattare» (alle condizioni predisposte per la generalità). Nella dottrina meno recente si rinviene invece l'affermazione secondo cui «un'offerta resa pubblica in modo che sia percepibile solo da una categoria di persone non può essere stata diretta a membri di altra categoria»: così FRAGALI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 363.

⁶⁰ SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 197;

con una controparte considerata sgradita, in ragione di un pregiudizio, il divieto di discriminazione opera.

Il punto delicato risiede ancora una volta nella distinzione tra non discriminazione e parità di trattamento: perché se è ovvio che nella fase della trattativa il contraente non deve discriminare, occorre tenere ben presente che egli non è tenuto ad osservare una parità di trattamento ⁶¹.

Il punto è delicatissimo, perché la libertà di riservare un trattamento diverso nella trattativa è, a mio avviso, funzionale ad una razionale operatività del divieto di discriminazione.

La trattativa precontrattuale costituisce un momento particolarmente significativo del processo in cui si articola la possibile influenza dei fattori di discriminazione sulla psiche del contraente.

Basta riflettere che la discriminazione presuppone la conoscenza, da parte del contraente, delle qualità personali della controparte, e si fonda su un pregiudizio, la cui stessa insorgenza può, nella fase della trattativa, essere prevenuta.

Per queste ragioni è opportuno che il contraente, fermo il divieto di discriminare rifiutando di contrattare o pretendendo di applicare condizioni diverse e peggiori, e fermo il dovere di buona fede ai sensi dell'art. 1337 c.c., sia libero, per il resto, di adottare con le diverse controparti contrattuali comportamenti via via diversi, e così ad es. di richiedere che le sue controparti diano differenti garanzie o esibiscano diversi documenti, e così via.

La trattativa costituisce il momento in cui il contraente può verificare se al suo pregiudizio si accompagna effettivamente una qualità reale che renda la controparte sgradita. Si pensi all'esigenza di verificare se alla nazionalità inglese di un baby sitter ventiquattrenne si accompagna o meno la propensione, diffusa nel popolo anglosassone, a bere notevoli quantità di birra. Può bastare la richiesta di referenze, può anche bastare un'esplicita domanda rivolta all'aspirante; ciò che conta è che la trattativa non sia ingessata da un obbligo di trattare ogni controparte allo stesso modo e così, nell'esempio formulato, di accontentarsi dell'invio di un curriculum. Diversamente opinando, e così

⁶¹ V. *supra* n. 3.2.

impedendo al contraente di condurre la trattativa secondo schemi via via modellati sulle diverse situazioni, la legittima esigenza del contraente di formarsi un'opinione sulle qualità reali della controparte – si direbbe: di far seguire, al preconcorso, un meditato concetto – renderebbe il preconcorso insuperabile ed alimenterebbe il fenomeno della discriminazione spontanea, che incentiverebbe il ricorso a dichiarazioni al pubblico discriminatorie (es.; <<astenersi ragazzi inglesi>>).

Può giovare a chiarire i termini del problema l'esame di un caso che ho esaminato lo scorso anno durante una riunione dell'Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali (UNAR), istituito presso il dipartimento per le pari opportunità della presidenza del consiglio dei ministri.

È il caso di un invito rivolto al pubblico – mediante l'affissione di un cartello sulla vetrina del locale – ad acquistare decoder satellitari con un finanziamento per la concessione del quale si richiedevano alla generalità dei clienti documenti quali le copie della carta d'identità, del codice fiscale, dell'ultima busta paga o del modello unico o dell'ultimo cedolino della pensione e, <<solo per gli extracomunitari>>, copia del permesso di soggiorno e dell'ultima ricevuta di pagamento della bolletta dell'Enel.

Secondo me bisognava distinguere.

Vi è discriminazione per ciò che attiene alla richiesta di esibizione di copia del permesso di soggiorno, se essa prelude ad un rifiuto di contrattare.

La discriminazione non sussiste, invece, se la condizione di immigrato non regolarmente soggiornante è tale da porre in pericolo la restituzione della provvista o la riscossione del prezzo dilazionato; al riguardo, occorrerà valutare se il cliente extracomunitario non regolarmente soggiornante intenda pagare in contanti oppure intenda accedere alla facilitazione di pagamento prestando idonee garanzie, ad es. presentando la fideiussione di un terzo solvibile. Né ritengo vi sia discriminazione – benché al riguardo il giudizio sia più delicato – per ciò che attiene ad es. alla richiesta di esibizione della copia della ricevuta di pagamento dell'energia elettrica, la quale può essere facilmente soddisfatta dal cliente – se si assume, com'è ovvio, che un cliente che intende acquistare un decoder per farne personalmente uso riceva regolarmente l'erogazione dell'energia elettrica – e,

in assenza di una *credit history*, può giustificarsi con l'esigenza di valutare l'affidabilità creditizia mediante l'esame della ritualità di altri pagamenti ⁶².

3.5. – Il diritto contrattuale antidiscriminatorio non interviene soltanto a dettare specifici divieti di discriminazione là dove regna la libertà (di scegliere con chi contrattare e di determinare il contenuto del contratto). Esso detta un divieto di discriminazione anche quando il contraente compie un atto dovuto, qual è l'adempimento, o quando esercita un potere, quale ad es. il recesso, la risoluzione, l'annullamento, l'opzione, e così via ⁶³.

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 beffardo, posto che la controparte resterebbe sempre priva del bene o del servizio. E del resto la formula contenuta nelle leggi antidiscriminatorie (<<accesso a beni e servizi e loro fornitura>>) rende chiaro che la tutela della controparte contrattuale dalla discriminazione non concerne il solo acquisto del diritto di conseguire la prestazione, bensì riguarda l'effettivo godimento del bene o del servizio ⁶⁴.

3.5.1. – Intanto, è sufficiente pensare all'offerta al pubblico, e ad un banalissimo rifiuto di eseguire il contratto con colui che abbia accettato, per rendersi conto che la disciplina antidiscriminatoria è anche una disciplina dell'inadempimento. Già abbiamo ricordato ⁶⁵ che merita di essere definitivamente superata la diffusissima opinione secondo cui dal rifiuto di contrattare con un soggetto che sia venuto a conoscenza della dichiarazione 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 invito.

Ma il discorso da condurre è più articolato.

⁶² Lo evidenzia bene ora LODI, *Rating del rischio – Credito e immigrati, il versante del rischio*, in *Eichelos*, n. 16, maggio/giugno 2007, p. 70.

⁶³ Alla conferenza di Ferrara del 17/18 maggio 2007 SCHULZE ci ha detto che <<la tutela delle discriminazioni>> opera <<nella fase di conclusione ed esecuzione del contratto>>.

⁶⁴ MAFFEIS, *Offerta al pubblico*, cit., pp. 245 ss.; TROISI, *Profili civilistici del divieto di discriminazione*, cit., p. 306.

⁶⁵ V. *supra* n. 3.3.

3.5.2. – Nelle obbligazioni aventi ad oggetto prestazioni di fare e di genere il contraente che esegue la prestazione in maniera meno diligente rispetto alla media o presta cose di qualità inferiore alla media delle prestazioni di quel tipo o delle cose di quel genere è inadempiente ⁶⁶.

Ma allora 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 a parità di prezzo prestano cose di qualità più elevata).

Vi è quindi 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 rilevante ai sensi delle leggi antidiscriminatorie.

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

Questo discorso può valere anche per un'obbligazione alternativa prevista ex lege, ad es. per la riparazione o per l'immediata sostituzione del bene di consumo non conforme.

E questo è un caso in cui il contraente incorre nella violazione del divieto di discriminazione pur senza rendersi inadempiente alle obbligazioni contrattuali.

3.5.3. – La discriminazione nell'esercizio dei poteri contrattuali, al pari della discriminazione nella scelta delle modalità di adempimento, integra un atto illecito e l'ambito in cui può verificarsi una discriminazione è tanto vasto quanto è ampia la nozione di potere contrattuale: risoluzione, eccezione dilatoria, recesso, *ius variandi* delle clausole del contratto.

È innanzitutto escluso che, nei contratti di durata, il contraente possa recedere dal contratto o possa ottenere la risoluzione a causa di una qualità sopravvenuta della sua

⁶⁶ Artt. 1176, 1178 c.c.

controparte⁶⁷ che rilevi come fattore di discriminazione. 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.

Ad es. non sussiste la giusta causa di recesso ai sensi dell'art. 2558, comma 2 c.c. 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 etnia.

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

Il tema dell'esercizio dei poteri contrattuali è centrale, come dimostra l'esperienza giurisprudenziale, che, in Italia, annovera 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).

I casi risalgono al 1994⁶⁸.

Silvio Berlusconi aveva promosso la formazione di un nuovo partito in vista delle elezioni politiche: un assicurato pretendeva di recedere dal contratto di assicurazione stipulato con l'impresa assicuratrice del gruppo ed un promotore finanziario pretendeva di recedere dal contratto di agenzia stipulato con la s.i.m. del gruppo. L'uno allegava che la destinazione dei premi all'impresa, facente parte del gruppo collegato al partito, violasse la sua libertà di associazione politica, l'altro allegava che il suo rapporto con

⁶⁷ Le qualità personali rilevanti come fattore di discriminazione possono essere oggetto di una scelta, si pensi alla religione. In tema ovviamente SEN, *Inequality Reexamined*, Oxford, 1992 ora *La disuguaglianza. Un riesame critico*, Bologna, 1994.

⁶⁸ MAFFEIS, *Finanziamento di un partito politico e buona fede nell'esecuzione del contratto*, in *Contratti*, 1994, pp. 643 ss. In giurisprudenza Trib. Milano, 30 marzo 1994, in *Contratti*, 1994, p. 641; Trib. Milano, 28 aprile 1994 (ord.), in *Giur. it.*, 1994, I, 2, p. 625; Pret. Abbiategrasso, 8 febbraio 1994 (ord.), in *Dir. ind.*, 1995, p. 759; Pret. Abbiategrasso, 8 febbraio 1995 (ord.), in *Giur. dir. ind.*, 1995, p. 854.

l'impresa sarebbe mutato perché si sarebbe caratterizzato per fini, non più economici, ma politici. In realtà queste costruzioni erano di facciata ed i casi integravano veri e propri casi di scuola di discriminazione nel contratto: la vera ragione dell'esercizio del preteso potere di recesso, che assicurato e promotore allegavano – e con la quale i giudici, con esiti diversi, si sono misurati – era che il titolare dell'impresa alla quale essi erano contrattualmente legati aveva attivamente sostenuto una forza politica che essi osteggiavano e pertanto essi si erano pentiti, per ragioni sopravvenute, di avere concluso il contratto.

3.6. – La clausola statutaria contenuta negli statuti di società, lucrativa o cooperativa, o di associazione riconosciuta o non riconosciuta che regola le condizioni di ammissione è destinata, per sua natura, ad essere portata a conoscenza dei terzi, come è ben evidenziato nella Relazione al re ⁶⁹. Ne discende che – in ragione del criterio che fa dipendere l'applicazione del divieto di discriminazione dal carattere <<*available to the public*>> del bene o del servizio ⁷⁰ – alla clausola si applica il divieto di discriminazione. Talora effettivamente essa è resa conoscibile al pubblico, come accade in materia societaria tramite il meccanismo della pubblicità dello statuto di società per azioni attuato con il deposito dell'atto costitutivo ⁷¹.

Ma la natura di atto destinato ad essere portato a conoscenza dei terzi sussiste anche a prescindere da un'iscrizione o da una registrazione, e così sussiste, ad es., per le associazioni riconosciute e non riconosciute.

⁶⁹ OSTI, voce “Contratto”, cit., p. 520; DISTASO, *I contratti in generale*, cit., p. 406; ora ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 131, il quale tuttavia distingue, agli effetti dell'art. 1332 c.c., tra contratti “aperti” (associazioni; società cooperative) e non (società lucrative), distinzione però irrilevante ai fini del divieto di discriminazione, posto che anche la clausola della società lucrativa è destinata ad essere portata a conoscenza del pubblico.

⁷⁰ V. *supra* n. 1 in fine e n. 3.3.

⁷¹ Per le società per azioni cfr. art. 2330 c.c. L'art. 2331, comma 5, c.c. vieta l'emissione delle azioni e la sollecitazione all'investimento prima dell'iscrizione nel registro. Da esso si può argomentare nel senso che sia anche vietata l'alienazione: in senso dubitativo PAVONE LA ROSA – NIGRO, *Il procedimento di costituzione della società per azioni*, in *Tratt. soc. per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, I, I, Torino, 2004, p. 433.

Così, il divieto di discriminazione può applicarsi tanto al socio che intenda cedere la sua partecipazione ricorrendo ad un'offerta pubblica di vendita, quanto alla società che deliberi un aumento di capitale con offerta delle azioni al pubblico.

Il carattere illecito della predeterminazione di qualità personali, rilevanti come fattori di discriminazione, pone il problema della liceità delle diffuse clausole che richiedono il possesso, da parte dei possibili acquirenti della partecipazione azionaria, di particolari qualità personali, come la <<cittadinanza italiana>>, la <<residenza in un dato luogo>>, l'<<appartenenza a dati gruppi etnici>>, l'<<appartenenza a date confessioni religiose>>.

3.6.1. – È noto il consolidato orientamento giurisprudenziale, che riceve l'avallo della dottrina, secondo il quale l'organo amministrativo dell'associazione riconosciuta e dell'associazione non riconosciuta, al quale spetta di decidere sulle nuove adesioni (arg. ex art. 1332 c.c.), potrebbe decidere discrezionalmente – sulla base delle condizioni per l'ammissione previste in statuto – se accettare o meno la proposta dei terzi di essere ammessi ⁷².

Ciò che conta ai nostri fini è che, 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 che sia rilevante come fattore di discriminazione (etnia, religione etc.).

Si pensi ad un'associazione femminista che rifiuti la proposta di essere ammesso proveniente da un uomo, non perché lo statuto escluda che gli uomini possano rivestire la qualità di associati, ma perché la nazionalità o comunque la cultura di appartenenza dell'uomo – si pensi ad un afghano appartenente ad una comunità fondamentalista – è

⁷² GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., I, p. 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 *Rep. Foro it.*, 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, p. 944.

caratterizzata da una scarsa considerazione dei diritti della donna. Decisivo, in tal caso, al fine di accertare la violazione del divieto di discriminazione, è verificare se si sia in presenza di un pregiudizio, e così se la cultura personale dell'aspirante rispecchi la sua cultura di appartenenza. Ove l'organo dell'associazione ometta di prendere in considerazione la cultura personale del singolo aspirante e rifiuti senz'altro la proposta di ammissione, ovvero rifiuti la proposta ancorché abbia accertato che la cultura personale dell'aspirante non rispecchia quella di appartenenza, sussiste la discriminazione ed all'associazione dovrà essere ordinato di riesaminare la domanda di ammissione ⁷³.

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 stranieri, di laici, di protestanti, di sostenitori di una determinata parte politica.

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

Così, per essere ammesso a far parte di un partito che si propone il superamento del capitalismo occorrerà dimostrare di non essere iscritti ad altro partito o organizzazione politica.

In altri casi l'incompatibilità tra la qualità personale e lo scopo è meno sicura e può esservi spazio perché operi il divieto di discriminazione. È dubbio che un partito politico di ispirazione laica possa prevedere che non possa aderire al partito chi professa una fede religiosa.

Singolare è la frequente previsione negli statuti dei partiti politici del requisito della cittadinanza. Il requisito potrebbe spiegarsi con la circostanza che soltanto i cittadini partecipano attivamente alla vita politica godendo dell'elettorato attivo. Tuttavia, la partecipazione alla vita politica sembra presentare momenti rilevanti anche fuori da quello delle elezioni amministrative o politiche. Sicché, l'esclusione dei non cittadini, e così, in particolare, della grande maggioranza degli immigrati, appare discriminatoria.

⁷³ Sull'ordine di riesame della domanda di ammissione respinta per ragioni discriminatorie esiste uno specifico precedente: Trib. Monza (ord.), 27 marzo 2003, in *Foro it.*, 2003, I, c. 3181.

3.6.2. – La Società Cattolica di Assicurazioni, con sede a Verona, è quotata nel mercato regolamentato. Poiché si tratta di un'emittente di strumenti finanziari *quotati*, le azioni debbono essere liberamente trasferibili ⁷⁴, ma esse incorporano diritti patrimoniali disgiunti dalla qualità di socio, che sola garantisce condizioni di particolare favore nell'erogazione di servizi assicurativi. La qualità di socio, ai sensi della clausola di gradimento di cui all'art. 10, comma 2 dello statuto, può spettare solamente alle persone che manifestano sentimenti di adesione alla religione ed alle opere cattoliche.

Ora la questione è se la clausola di gradimento sia discriminatoria.

Per rispondere, è necessario esaminare lo scopo statutario, che è agevolmente consultabile sul sito internet della società. L'art. 3, comma 1 evidenzia lo scopo di valorizzare forme assicurative per la persona e la famiglia.

È evidente che il binomio persona/famiglia è considerato inscindibilmente legato alla fede cattolica, e così che, a termini di statuto, la protezione della persona e della famiglia presuppone la fede cattolica: una fede diversa da quella cattolica è dunque considerata incompatibile con la tutela della persona e della famiglia. Il che significa che la clausola di gradimento esclude i non cattolici perché non cattolici ed è quindi sicuramente nulla, perché discriminatoria.

3.6.3. – Nell'ambito dei contratti associativi con scopo di lucro il divieto di discriminare le imprese può rafforzare l'attuazione dei principi della libera concorrenza. Alludo ai casi di pretesa difesa della c.d. <<italianità>> e ai divieti o alle resistenze nei confronti di operazioni cross-border.

Pensiamo alle clausole del bando di gara che escludano soggetti stranieri o a modalità di gestione della gara che disincentivino gli stranieri, come nel caso della cessione del 49% di Alitalia da parte del Ministero del Tesoro e delle resistenze alla partecipazione alla gara della compagnia texana-messicana AT&T: l'invito a manifestare interesse prevedeva che il Ministero del Tesoro <<identifica fin d'ora quali impegni necessari e non derogabili (...) la salvaguardia dell'identità nazionale di Alitalia>>. Pensiamo ancora al tentativo di contrasto dell'OPA Swisscom su Fastweb.

⁷⁴ CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, II, Torino, 2006, p. 244, nota 92.

Ha scritto felicemente di recente Gustavo Minervini a proposito della vecchia politica di Banca d'Italia che <<la salvaguardia dell'italianità delle nostre banche non era una causa ignobile, tutt'altro: aveva solo il difetto di essere illegittima>>⁷⁵ ed il T.A.R. del Lazio, presidente De Lise, ha statuito che <<nessuna disposizione normativa permette ad organi pubblici italiani di ergersi a tutori di malintesi valori nazionalistici>>⁷⁶.

3.7. – Le leggi antidiscriminatorie, come del resto la recente versione degli *Acquis Principles*, richiamano la discriminazione indiretta: <<a situation where apparently neutral provision, criterion or practice would place persons with a particular feature at a particular disadvantage when compared with other persons>>.

Ma la fattispecie riguarda il solo ambito del contratto di lavoro, essendo radicalmente escluso per diritto dei contratti un dovere del contraente di rimuovere le disuguaglianze di fatto fra le sue controparti⁷⁷.

Così, ad es. la circostanza che l'impresa utilizzi moduli contrattuali identici per tutti i clienti, redatti in lingua italiana, non è discriminatoria, benché possa mettere in condizione di particolare svantaggio gli stranieri che parlano una lingua diversa. Così, il privato che svolge trattative per la vendita dell'immobile di sua proprietà, ed è solito fissare gli appuntamenti per il sabato, non pone in essere una discriminazione nei confronti della controparte di religione ebraica.

4.1. – L'efficacia di un divieto di discriminazione dipende strettamente dal grado di integrazione sociale e culturale che si realizza sul piano del comportamento spontaneo, tanto del contraente quanto delle controparti contrattuali. Perché può essere il diverso ad astenersi, spontaneamente, dall'accedere ad un bene o servizio offerto al pubblico.

È un profilo importantissimo quando ai fini di prova della discriminazione sono presi in considerazione gli elementi statistici che il giudice valuta ai sensi dell'articolo 2729, comma 1 c.c. (presunzioni semplici). Perché al giudice è affidata la valutazione

⁷⁵ G. MINERVINI, *La Banca d'Italia, oggi*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2006, I, p. 621.

⁷⁶ T.A.R. Lazio, 19 luglio 2005 è citata da G. MINERVINI, *La Banca d'Italia*, cit., p. 621 ed è consultabile per esteso al sito www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁷ SACCO, in R. Sacco – G. De Nova, cit., I, p. 38; M.A. CATTANEO, voce "Uguaglianza", in *Digesto IV disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, p. 428

dell'attendibilità della statistica, oltre che delle sue risultanze, e per essere eloquente la statistica deve tenere conto dei comportamenti spontanei: sicché una statistica sulle donne musulmane che accedono ai cinematografi è inutile, se non considera anche la propensione spontanea delle donne musulmane a recarsi nei locali pubblici.

4.2. – Se fotografiamo la realtà che emerge dalle sentenze che fino ad oggi hanno applicato le leggi antidiscriminatorie ci rendiamo conto che il messaggio sulla rivista di annunci pubblicitari recita <<no extracomunitari>>, lo statuto sociale recita <<solo cattolici>>, il barista proclama <<via gli albanesi>>.

Oggi la discriminazione è dichiarata perché pochi sanno che discriminare è vietato.

Domani non sarà così.

Una volta compreso che sbandierare il pregiudizio 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 richieste.

Ed allora l'onere della prova a carico dell'attore sarà meno leggero. In questi casi, ferma la responsabilità del contraente ai sensi dell'art. 1337 c.c. per aver creato un affidamento sulla residua disponibilità della merce offerta, bisognerà favorire a livello interpretativo l'emersione di una regola giurisprudenziale per cui incomba sul contraente convenuto l'onere di provare l'impossibilità di soddisfare la richiesta, in applicazione del principio della miglior attitudine alla prova, posto che la circostanza della residua disponibilità della merce rientra intieramente nella sua sfera di controllo.

Ma personalmente ritengo che si possa nutrire un obiettivo più ambizioso, nell'ottica di una prevenzione effettiva del pericolo di discriminazione.

Si potrebbe così ricostruire un obbligo del contraente che si rivolge al pubblico di rendere preventivamente noto al pubblico il criterio di scelta tra più accettazioni ⁷⁸.

⁷⁸ Il problema dell'accertamento della priorità è evidenziato efficacemente da R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 193. È sufficiente pensare all'esecuzione dei contratti di investimento riconducibili al servizio di negoziazione ed alla difficoltà di controllare se la banca rispetti o meno la precedenza fra gli ordini di più clienti: problema che la disciplina regolamentare risolve imponendo alla banca di registrare l'ora di ricezione dei diversi ordini (art. 60, comma 1 lett. b) Regolamento Consob 11522/1998). La dottrina che, all'inizio del secolo scorso, procedeva ad elaborare la figura dell'offerta al pubblico all'interno della previsione dell'art. 36 c. comm si domandava retoricamente <<perché l'offerente sarebbe tenuto ai danni se l'oggetto (dell'offerta) è

4.3. – È mia convinzione che l'*enforcement* del diritto contrattuale antidiscriminatorio dipende dalla possibilità che la controparte contrattuale discriminata possa ottenere per via giudiziale un rimedio reale – cioè, la nullità di qualsiasi patto discriminatorio – o il rimedio del risarcimento in forma specifica quando il contraente abbia rifiutato di contrattare, abbia applicato condizioni diverse e peggiori o non abbia consentito all'inserimento nel contratto di condizioni diverse e migliori.

Ritengo che si possano ricostruire questi rimedi in base all'art. 2058 c.c.⁷⁹.

Ma siccome ci interroghiamo sul futuro del diritto antidiscriminatorio, bisogna riconoscere che la strada per l'applicazione dell'art. 2058 c.c. non è in discesa: essa trova qualche ostacolo anche in dottrina⁸⁰ e, certamente, non può dirsi matura nella tendenza ancora attuale della giurisprudenza, posto che per il giudice non è facile ricostruire in giudizio il contenuto di un contratto che non c'è.

Con questa cautela, osserviamo che, 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

esaurito prima che la revoca possa esser fatta o resa pubblica>> (SCIALOJA, *Saggi di vario diritto*, Roma, 1927, I, p. 149).

⁷⁹ Favorevole all'ammissibilità di una pronuncia costitutiva che tenga luogo del contratto non concluso per ragioni discriminatorie MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile*, cit., p. 131 al quale aderisce PELLECCIA, *Scelte contrattuali*, cit., p. 148. Sembra dubitare SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione*, cit., p. 832 al richiamo della nota 40 e nella nota stessa

⁸⁰ CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 836.

propria attività d'impresa o, più in generale, ponga in essere ex novo una specifica attività preparatoria dell'adempimento.

Questo – dell'attività preparatoria dell'adempimento – è il punto chiave al quale ho già accennato ⁸¹: gli scettici del diritto contrattuale antidiscriminatorio sono preoccupati che un divieto di discriminazione introduca a carico del contraente un obbligo di contrattare a parità di condizioni, esattamente come per la disciplina del monopolista legale, ma questo timore è infondato, perché, il contraente che non sia monopolista legale o concessionario pubblico, resta libero di non predisporre gli strumenti d'impresa idonei a soddisfare ordinariamente la domanda del mercato.

Di fronte ad un rifiuto secco di trattare il soggetto discriminato potrà ottenere un ordine di cessazione del comportamento.

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>>. Se poi 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.

Va anche detto che a seconda del valore del contratto si presenta diverso – all'interno della gamma dei rimedi delineati dalle leggi antidiscriminatorie – l'assetto rimediabile idoneo a rendere effettiva la tutela ⁸².

Se si considera ad esempio la proposta di un canone doppio per la locazione ad un soggetto extracomunitario regolarmente soggiornante in Italia, il rimedio della pronuncia della sentenza sostitutiva degli effetti del contratto non concluso appare destinato a rivestire un ruolo centrale, così come, se il contratto è stato eseguito, la domanda di restituzione del sovrapprezzo.

Tutto ciò compatibilmente con i tempi di durata del giudizio, che potranno essere assicurati dalla tutela sommaria decisoria.

⁸¹ V. *supra* n. 3.2.

⁸² Sono fondamentali per l'impostazione proposta nel testo le riflessioni di CHIARLONI, *Riflessioni minime sulla tutela giuridica dei diritti dei deboli*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 960 e TARZIA, *La durata del processo civile e la tutela dei deboli*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 320 s.

Se invece l'affare ha scarsa rilevanza economica, come nel caso dell'applicazione di prezzi doppi da parte del bar, la controparte discriminata adirà l'autorità giudiziaria chiedendo l'inibitoria della prosecuzione del comportamento ed il risarcimento del danno morale, che appare il rimedio centrale (indipendentemente dalla effettiva idoneità della misura del danno liquidato, che potrebbe essere modesto). Sarà invece assente, per la sua irrilevanza economica (oltre che per la difficoltà della prova), la domanda di restituzione del sovrapprezzo pagato per ogni consumazione. Un ruolo decisivo, negli affari di scarsa rilevanza economica, spetta certamente alle azioni collettive, in particolare all'inibitoria della prosecuzione dei comportamenti.

4.4. – Sono convinto che il criterio principale per la liquidazione del danno non patrimoniale debba consistere nella gravità dell'offesa.

Così, il rifiuto dell'impresa finanziaria di partecipare ad un *project finance* promosso da una società con sede in India o il rifiuto del distributore di fornire attrezzature necessarie per l'esercizio dell'attività ad un'impresa di pulizie composta da soggetti cingalesi, per quanto entrambi forieri di apprezzabili danni patrimoniali, sono idonei ad arrecare un'offesa meno grave, ai fini della liquidazione del danno non patrimoniale, rispetto al rifiuto manifestato ad un ragazzo di pelle nera immigrato dal Botswana dei due pieghi di caldarroste esposti al pubblico al prezzo di un euro che questi aveva materialmente appreso e si accingeva a consegnare alla giovane moglie (bianca) italiana ed al figlioletto (mulatto) di sei anni.

È mia opinione che l'offesa arrecata alla persona dal rifiuto di vendere un immobile, ad onta del valore economico dell'affare, è inferiore rispetto all'applicazione di prezzi doppi per una consumazione al bar, perché la prima condotta, pur riguardando un'operazione economica di dimensioni più importanti, può essere percepita dalla vittima come il frutto di un'idiosincrasia proprietaria, mentre la seconda, che pure si inserisce in uno scambio di rilevanza economica modesta, ha un significato inequivocabile di disprezzo e la mortificazione che può seguirne è assai più intensa. In

simili casi apparirebbe sommamente ingiusto che la liquidazione del danno non patrimoniale avvenisse secondo criteri monetari o di mercato ⁸³.

Dunque suscita evidenti perplessità la tendenza che sembra emergere dalle prime applicazioni giurisprudenziali delle leggi antidiscriminatorie ad ispirarsi, nella determinazione del *quantum* del danno non patrimoniale, non già alla gravità dell'offesa arrecata alla persona, bensì al valore economico dell'affare ⁸⁴: a fronte del rifiuto di condurre una trattativa con una donna extracomunitaria per l'acquisto di un immobile, il Tribunale di Milano ha liquidato il danno non patrimoniale nella misura di 516 euro; a fronte della predisposizione di inviti ad offrire su un sito web aventi ad oggetto immobili, con una pagina di secondo livello per soli extracomunitari – dentro la quale non vi era alcun immobile in offerta – il Tribunale di Bologna ha liquidato ai quattro ricorrenti complessivi 5160 euro. A fronte della proposta di prezzi maggiorati agli avventori extracomunitari di un bar, il Tribunale di Padova ha riconosciuto al ricorrente, che era tra i soggetti passivi della discriminazione, un danno non patrimoniale pari a 100 euro ⁸⁵.

Si tratta di risarcimenti sicuramente troppo modesti, anche in considerazione del fatto che la direttiva 2000/43/CE dispone che il risarcimento del danno deve avere funzione sanzionatoria e dissuasiva ⁸⁶ e, in via generale, quella sanzionatoria costituisce una funzione peculiare e qualificante del risarcimento del danno non patrimoniale ⁸⁷.

⁸³ NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, pp. 328 ss.; SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, p. 75 nota 25.

⁸⁴ *Cave*: al solito la liquidazione potrebbe essere stata condizionata dalla mancanza di specifiche prove o allegazioni in causa.

⁸⁵ V. *supra* nota 15.

⁸⁶ Art. 14 direttiva 2000/43/CE: <<Le sanzioni che possono prevedere un risarcimento dei danni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive>>.

⁸⁷ Si tratta della funzione *tipica* secondo VISINTINI, *Trattato della responsabilità civile*, Padova, 2005, p. 652 s. Cfr. MANTELERO, *Note minime sull'attuazione delle direttive comunitarie 2000/43/CE e 2000/78/CE in materia di parità di trattamento*, in *Contr. e impr. Europa*, 2004, p. 712.

4.5. – Esiste una legittimazione collettiva espressamente prevista per le associazioni e gli enti iscritti nel registro a cura del dipartimento per le pari opportunità istituito presso la presidenza del consiglio dei ministri ⁸⁸ e per le associazioni di promozione sociale ⁸⁹.

Benché non sia prevista dalle leggi antidiscriminatorie, ritengo che sussista – in presenza di atti di discriminazione compiuti ai danni di persone fisiche che intendano accedere ad un bene o ad un servizio a disposizione del pubblico <<per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta>> – la legittimazione ad agire delle associazioni che per statuto abbiano <<come scopo esclusivo la tutela dei consumatori e degli utenti, senza fine di lucro>> ⁹⁰, le quali possono, in particolare, ottenere dal giudice un provvedimento di inibitoria generale dei comportamenti ed una condanna al pagamento all’erario di una somma – che ha una pura funzione sanzionatoria – per il caso di mancata ottemperanza al provvedimento.

Difatti il compimento di un atto discriminatorio integra la violazione di un diritto e di un interesse individuale fondamentale del consumatore riconducibile alla <<correttezza>> dei comportamenti del contraente professionale ⁹¹. Sicché il compimento di più atti discriminatori comporta la violazione di un interesse collettivo dei consumatori e del bene fondamentale della libertà di accedere a beni e servizi sul mercato ⁹².

⁸⁸ Artt. 5, comma 2°, 6 d. lgs. n. 215 del 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)

⁸⁹ Art. 27 l. 7 dicembre 2000, n. 383.

⁹⁰ Art. 3, comma 1, lett. a) c. cons. La protezione del consumatore da comportamenti discriminatori è già nota in materia di televendite e più in generale di pubblicità: l’art. 30, comma 1 c. cons. – che riproduce l’art. 3 bis l. 30 aprile 1998, n. 122, introdotto dall’art. 52 l. 1 marzo 2002, n. 39 (legge comunitaria 2002) – sulla <<tutela del consumatore in materia di televendite>> dispone che <<È vietata la televendita che (...) comporti discriminazioni di razza, sesso o nazionalità>> o <<offenda convinzioni religiose e politiche>>. È escluso che un’azione collettiva ai sensi del codice del consumo possa darsi a fronte di atti discriminatori posti in essere ai danni di imprese – individuali o collettive – o di altro soggetto che agisca per uno scopo professionale: perché il consumatore è soltanto la persona *fisica* che agisce per *scopo di consumo*.

⁹¹ Art. 2, comma 2°, lett. e) c. cons. Sull’ammissibilità dell’azione collettiva ai sensi dell’art. 140 c. cons. nel caso di lesione di diritti dei consumatori *aliunde* riconosciuti E. MINERVINI, *La tutela collettiva dei consumatori in materia contrattuale*, ne *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contr.* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2005, I, p. 484.

⁹² Cfr. PUNZI, *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, pp. 647 ss.; ALPA, voce “*Interessi diffusi*”, in *Dig. IV, disc. priv.*, IX, Torino, 1993, pp. 610 ss.; TROCKER, voce “*Interessi collettivi e diffusi*”, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1998, pp. 1 ss.

Mi chiedo tuttavia se le associazioni dei consumatori, già impegnate su molti fronti, disporrebbero delle risorse per dedicarsi in maniera incisiva alla tutela dei consumatori vittima di discriminazione ⁹³.

⁹³ Da segnalare che Adiconsum ha collaborato con Crif, Unioncamere e Nomisma per la realizzazione del rapporto <<Comportamenti finanziari e creditizi nella società multietnica>> presentato a Roma in data 18 aprile 2007.