

Michele Ciancimino

---

**LA DISCRIMINAZIONE  
CONTRATTUALE: PROFILI  
RILEVANTI PER LA TUTELA DELLA  
PERSONA. NOTE A MARGINE DI  
UN RECENTE DIBATTITO  
DOTTRINALE**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

LA DISCRIMINAZIONE CONTRATTUALE:  
PROFILI RILEVANTI PER LA TUTELA DELLA PERSONA.  
NOTE A MARGINE DI UN RECENTE  
DIBATTITO DOTTRINALE

SOMMARIO: 1. Premessa — 2. Inquadramento della problematica — 3. Cenni normativi — 4. Il complesso rapporto con l'autonomia contrattuale — 5. Tutela ultima della pari dignità sociale — 6. Caratteri dell'illecito discriminatorio — 7. L'onere probatorio — 8. Rimedi — 8.1. *Segue*. I rimedi inibitori — 8.2. *Segue*. Il risarcimento dei danni — 8.3. *Segue*. Discussa configurabilità della tutela reale.

1. Il tema delle discriminazioni in ambito contrattuale, per quanto conosciuto e debitamente approfondito dalla dottrina civilistica più attenta (1), sembra non perdere mai la sua attualità, come emerge dall'analisi dei più recenti arresti della giurisprudenza, a tutti i livelli, degli ultimi anni.

Esemplari, a tal riguardo, sono due recenti questioni risolte dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, chiamata a pronunciarsi sulla "conformità" all'*acquis communautaire* di due licenziamenti di lavoratrici solite indossare il velo islamico sul posto di lavoro. Trattasi dei casi "Achbita" (2) e "Bougnaoui" (3), le cui sentenze sono state rese il 14 marzo 2017.

Nel caso di Samira Achbita, la Corte ha statuito un principio di diritto in base al quale poteva ritenersi legittimo il licenziamento della lavoratrice portatrice del velo sul posto di lavoro. La decisione ha

---

(1) V. per tutti, G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2012, e Id., *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1387 ss.

(2) Corte Giust. UE, Grande Sezione, C-157/2015, del 14 marzo 2017, *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contro G4S Secure Solutions NV*, in *curia.europa.eu*. Per una fattispecie simile, v. App. Milano 20 maggio 2016 n. 579, in *www.studiodirittilavoro.it*.

(3) Corte Giust. UE, Grande Sezione, C-188/2015, del 14 marzo 2017, *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contro Micropole SA*, in *curia.europa.eu*.

trovato fondamento su un'interpretazione della dir. 2000/78/CE, in forza della quale sarebbe lecita l'interruzione del rapporto contrattuale nel caso di norma aziendale che genericamente vieti di indossare segni esteriori rimandanti a convinzioni religiose, politiche o filosofiche, in virtù di una politica di neutralità adottata dall'imprenditore.

Diversa è la vicenda di Asma Bougnaoui, licenziata per non aver voluto interrompere l'utilizzo del velo, giacché sgradito ad alcuni clienti della società per cui lavorava. La Corte di Bruxelles ha ritenuto, in accordo con la direttiva pocanzi citata, che "la volontà di un datore di lavoro di tener conto del desiderio di un cliente che i servizi di tale datore di lavoro non siano più assicurati da una dipendente che indossa un velo islamico non può essere considerata come un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa ai sensi di detta disposizione". Conseguenzialmente, e contrariamente rispetto alla fattispecie prima ricordata, è da ritenersi illegittimo il licenziamento in esame.

Parimenti, sul versante interno, anche negli ultimi anni, non sono mancate le controversie con la pubblica amministrazione in materia di discriminazione, specie in tema di sussidi e prestazioni sociali non concessi a soggetti privi di cittadinanza europea (4).

Degno di nota è altresì il giudizio avente ad oggetto il mancato riconoscimento della qualifica di direttore di testata giornalistica ad una cittadina peruviana dotata di permesso di soggiorno di lungo periodo: la Corte di Appello di Torino ha ritenuto, contrariamente al giudice di prime cure, che un'interpretazione conforme ai principi costituzionali obbliga a considerare — in assenza di ragionevoli *distinguo* da operare (come nel caso di esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri) — lecita e doverosa la lettura correttiva, nei dettati normativi, del termine "cittadino" intendendolo nel senso di "consociato", così evitando un'interpretazione letterale delle norme che produrrebbe ingiustificate disparità di trattamento (5).

---

(4) Cfr., fra le più recenti pronunce in tema di diniego di "bonus bebè" di cui all'art. 1, comma 125, l. 190/2014, di assegno di maternità di cui all'art. 74 d.lgs. 151/2001 e di assegno sociale di cui all'art. 3, comma 6, l. 335/95, App. Milano 16 novembre 2017 n. 1843; App. Milano 27 ottobre 2017 n. 1735; App. Trento 26 ottobre 2017 n. 72; App. Venezia 10 ottobre 2017 n. 659; App. Milano 28 luglio 2017 n. 1403; tutte reperibili in *www.asgi.it*. *Leading case*, in tal senso, è indubbiamente Cass. Sez. un. 15 febbraio 2011 n. 3670, in AA.VV., *Giustizia amministrativa. Casi di giurisprudenza*, Torino, 2014, 23.

(5) App. Torino 16 gennaio 2017 n. 86, in *www.studiodirittielavoro.it*.

Questa vivacità giurisprudenziale sembra mostrare, talvolta, una certa difficoltà rispetto all'accertamento della discriminazione; al contempo, non di rado sembra emergere una tendenza giurisprudenziale volta alla tutela della mera parità di trattamento (specie nelle controversie aventi ad oggetto sussidi statali); infine, emergono significative difficoltà nell'operazione di bilanciamento degli interessi ricorrenti in concreto (6).

Le riferite considerazioni offrono l'occasione per una nuova riflessione sulle possibili estrinsecazioni del divieto di discriminazione nei rapporti contrattuali, anche in virtù dell'acceso dibattito che interessa ormai da anni gli studiosi di tale settore, al quale dedicheremo le presenti riflessioni, nel più ampio contesto di un inquadramento generale della problematica.

2. La tendenza all'abbattimento delle frontiere, le continue tensioni verso la globalizzazione, la cittadinanza europea, i flussi migratori degli ultimi anni, la facilità degli spostamenti transnazionali, sono solo alcuni tra i fattori che hanno reso la società in cui viviamo una società non solo multi-etnica, ma anche sempre più multiculturali (7). Sulla base di ciò, a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso, si susseguono una serie di interventi normativi che cercano di favorire tale integrazione. La logica di fondo è che, se la società odierna è una realtà composita, in cui la stessa idea di "popolo" va a vacillare, ma i cui elementi sono privi di coesione, ecco che diventa necessario cercare di stimolare e favorire meccanismi di accoglienza ed integrazione su più livelli.

---

(6) Si può sin d'ora anticipare che non sembra esistere, come meglio si tenterà di argomentare, nel nostro sistema ordinamentale, un generale principio di parità di trattamento. V. *infra*, § 3-4. Cfr. anche Cons. Stato 9 gennaio 2017 n. 30, in *Bancadati IusExplorer*, che ha ritenuto lesiva (anche) del principio di non discriminazione (qui inteso come parità di trattamento) la mancata definizione da parte delle Amministrazioni appaltanti delle condizioni sostanziali e procedurali inerenti la partecipazione ad un appalto. Pur trattandosi di controversia pubblicistica, la pronuncia citata, non isolata, si ritiene abbia il pregio di palesare la grande versatilità del divieto di discriminazione, idoneo a sanzionare anche violazioni degli obblighi di trasparenza ed informazione.

(7) Alcune riflessioni sulla differenza tra società pluralista e società multiculturali in G. SAVAGNONE, *Dibattito sulla laicità. Alla ricerca di una identità*, Torino, 2008, 29 ss., e P. Busetta, *I frutti avvelenati della globalizzazione. Dalla società liquida a quella solida*, in *www.giornateconomiamezzogiorno.it*.

La diffusione della società multi-etnica “non richiede soltanto che il legislatore definisca tramite le leggi penali ed amministrative una politica criminale dell’immigrazione, [...] ma esalta anche il fenomeno della sensibilità dei contraenti alle qualità personali delle controparti, segnatamente alle qualità dell’etnia, della nazionalità, della religione professata, della provenienza territoriale” (8). Da ciò deriva l’introduzione dei divieti di discriminazione di matrice giuslavoristica e penale prima, su un piano squisitamente contrattuale poi (9). Tale evoluzione normativa è strettamente collegata all’idea che una “società giusta” dipenda almeno in parte dal diritto dei contratti, in virtù di una valenza tutt’altro che neutrale del concreto attuarsi della normativa contrattuale (10).

Per discriminazione contrattuale si intende, genericamente, ogni comportamento di un privato che limiti, neghi, o renda più gravoso ad un soggetto l’accesso a beni e servizi, soltanto in ragione di certe qualità altrui, quali ad esempio razza ed etnia (11), colore della pelle, provenienza, convinzioni e pratiche religiose (12), genere (13). Poiché queste caratteristiche personali, definite come “fattori di rischio”, non sono di regola idonee ad influire sull’oggetto della prestazione, l’ordinamento mira con la normativa contro le discriminazioni a reprimere i preconcetti diffusi nei confronti dei soggetti appartenenti a *disadvantaged groups* (14) giacché il singolo contratto non può essere letto come mero atto di autonomia privata, ma richiede di essere valutato nella sua fattispecie concreta e all’interno del più ampio contesto economico e di mercato (15).

---

(8) D. MAFFEIS, voce *Discriminazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir. Annali IV*, Milano, 2011, 490 ss.

(9) Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 e 44 del T.U. sull’immigrazione*, in questa *Rivista*, 2002, 112 ss.

(10) M.W. HESSELINK, *Five political ideas of European contract law*, in *European Review of Contract Law*, 2011, 295 ss. Sostiene che “*Whether we live in a just society depends, in part, on the contract law that we have, and, conversely, that contractual justice is, at least in part, a matter of social justice*”.

(11) Art. 43 d.lgs. n. 286 del 1998; dir. 2000/43/CE; d.lgs. n. 215 del 2003.

(12) Art. 43 d.lgs. n. 286 del 1998.

(13) Art. 55-*bis* d.lgs. n. 198 del 2006, così come novellato dal d.lgs. n. 196 del 2007.

(14) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 55.

(15) E. CONTU, *Il rifiuto abusivo di contrarre*, tesi dottorale reperibile in *dSPACE.unive.it, database open access* dell’Università Ca’ Foscari di Venezia, 5.

L'introduzione dei divieti di discriminazione suscettibili di applicazione in seno ai rapporti negoziali ha però suscitato innumerevoli critiche e forti dispute dottrinali, in quanto si è visto in ciò una grave lesione dell'autonomia contrattuale (16).

La trattazione dell'argomento è resa attraente non solo dalla vivacità accademica sul punto, bensì, anche e soprattutto, dalla viscosità del fenomeno discriminatorio, che è in grado di espandersi ed *aderire* anche a settori astrattamente esenti da esso, quali ad esempio i contratti conclusi via internet (17). Al riguardo, può prendersi in esame la vicenda di AirBnb. Questa società, leader mondiale dell'intermediazione immobiliare, è attualmente uno tra i più noti *marketplace*, o *mercati a più versanti* (18): ciò implica che il suo ruolo principale è quello di mettere in comunicazione, per via digitale, domanda ed offerta; ma, poiché i due contraenti fisicamente si incontreranno solo dopo la conclusione del contratto (è, però, plausibile che ciò possa anche non accadere), può dedursene che sia AirBnb, sia altri operatori con medesime modalità di funzionamento, siano capaci, in astratto, di garantire l'irrilevanza delle caratteristiche altrui, non influenti sulla singola prestazione — così evitando discriminazioni contrattuali. Questa piattaforma digitale è stata oggetto di critiche negli Stati Uniti, in

---

(16) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 123 ss.

(17) Cfr. R. FISMAN, M. LUCA, *Fixing Discrimination in Online Marketplaces*, in *Harvard Business Review*, 2016, 88 ss. Si tratta, tuttavia, di un sentiero ancora non del tutto esplorato, talvolta poco compreso, dalla dottrina, anche a causa della facilità evolutiva che contraddistingue il *web trading*. Rilevanti, in tal senso, alcune pionieristiche analisi di questo settore, delle relative problematiche giuridiche, nonché di potenziali profili discriminatori derivanti da un uso non regolato dei *Big data*: F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Napoli, 2017, e EADEM, *Big Data e scienze cognitive: ripensare la disclosure regulation nel settore finanziario*, in *FinTech: Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari.*, F. ANNUNZIATA, E. BANI, M. BASSINI (a cura di), Torino, 2017, 104 ss.

(18) D. EVANS, *Platform Economics: Essays on Multi-sided Business*, in *Competition Policy International*, 2011; J.C. ROCHET, J. TIROLE, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 2003, 990 ss. Cfr. anche F. DI PORTO, *La rivoluzione Big Data. Un'introduzione*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016, 5 ss.; G. BELLOMO, "There Ain't No Such Thing as a Free Lunch". *Una riflessione sui meccanismi di mercato dell'economia digitale e sull'effettività delle tutele esistenti*, *ibidem*, 205 ss.

quanto uno studio della Harvard Business School (19) ha evidenziato che per un soggetto con ascendenze straniere era statisticamente molto più difficile prenotare una stanza piuttosto che per chi avesse origini *yankee*. Poiché all'*host* (i.e. colui che offre sulla piattaforma di scambio una delle stanze della propria abitazione) veniva data la possibilità di visualizzare i dati anagrafici, talvolta anche una foto-profilo, di chi stava cercando alloggio temporaneo, frequentemente si verificava che colui il quale, ad esempio, avesse origini africane o sudamericane non riuscisse a prenotare la stanza desiderata. Veniva negata la disponibilità della stessa dall'*host*, come se la stanza non fosse più libera. Di contro, vi era un margine di probabilità maggiore di ottenere un esito positivo inserendo nel modulo di registrazione cognomi tipicamente statunitensi (20).

La vicenda ha suscitato un significativo scalpore mediatico, per la notorietà del portale *online* in tutto il mondo (21); ma, si ritiene, sia solo la punta di un iceberg, che cela sotto di sé un più ampio e complesso paradigma sociale di disuguaglianze ingiustificate, in parte ancora da scoprire. La diffidenza, da parte degli operatori del diritto, nei confronti degli strumenti giuridici antidiscriminatori e dei loro rimedi contribuisce a mantenere sommerse tali vicende. La speculazione sugli stessi, pertanto, giova nella misura in cui è idonea, tra l'altro, a disvelarne la pragmatica funzionalità, i molteplici risultati perseguibili e, soprattutto, l'intrinseca esigenza di razionalità applicativa che permea questa normativa.

3. Il divieto di discriminazione in ambito contrattuale è oggi regolato ed informato principalmente dal d.lgs. 286 del 1998, il Testo Unico sull'immigrazione, e da alcune direttive europee, tra cui spiccano la dir. 2000/43/CE (avente ad oggetto il contrasto alle discriminazioni basate su razza ed origine etnica) e la dir. 2004/113/CE (inerente le discriminazioni di genere), poi oggetto di pedissequo recepimento da parte della normativa nazionale.

---

(19) B. EDELMAN, M. LUCA, D. SVIRSKY, *Racial Discrimination in the Sharing Economy: Evidence from a Field Experiment*, in *American Economic Journal: Applied Economics*, 2017, 1 ss.

(20) Cfr. B. EDELMAN, M. LUCA, D. SVIRSKY, *op. cit.*; C. NOBEL, *Airbnb Hosts Discriminate Against African-American Guests*, in [www.bbs.edu](http://www.bbs.edu).

(21) Cfr. M. MCPHATE, *Discrimination by Airbnb Hosts Is Widespread, Report Says*, in [www.nytimes.com](http://www.nytimes.com), 2015.

Al T.U. sull'immigrazione seguono ulteriori normative nazionali (22): ad es. il d.lgs. n. 215 del 2003, che recepisce ed attua (in modo pressoché letterale) la direttiva 2000/43/CE, così realizzando il principio della parità di trattamento fra persone indipendentemente da razza ed origine etnica; il d.lgs. 216 del 2003, che attua la dir. 2000/78/CE in tema di parità di trattamento tra le persone sul luogo di lavoro nell'Unione europea, indipendentemente dalla loro religione o convinzione personale, disabilità, età o orientamento sessuale; la l. n. 67 del 2006, che prevede misure per la "tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazione" (23); il d.lgs. n. 196 del 2007, che recepisce la direttiva 2004/113/CE in tema di "parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura".

Tutti gli interventi legislativi avutisi negli anni si rifanno, più o meno dichiaratamente, al d.lgs. 286 del 1998, ed in specie alla definizione di atto discriminatorio dato dal suo art. 43 — sovente anche allo schema processuale originariamente dato dall'art. 44 (24).

L'intera normativa è così imperniata sull'art. 43 del T.U.I., che permette di individuare la fattispecie in esame. Da tale norma si ricava che il divieto sanziona "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" (43, comma 1, T.U.I.); con specifico riferimento al contratto, viene sanzionato il comportamento di chiunque imponga *condizioni più svantaggiose* o *si rifiuti di fornire* beni o servizi ad uno straniero soltanto a causa della sua

---

(22) Tali normative non sono tutte di natura strettamente privatistica. Ciononostante, oltre ad esigenze di completezza, il loro richiamo è dovuto al fatto che contribuiscono alla definizione del quadro della tutela antidiscriminatoria.

(23) Ad avviso di D. MAFFEIS, *La discriminazione religiosa nel contratto*, in *Dir. eccl.*, 2006, 55 ss., tale normativa espressamente "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. n. 286 del 1998 e nel d.lgs. n. 215 del 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*". Cfr. anche P. MONTONE, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, 2 marzo 2016, in *www.justwin.it*.

(24) L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Napoli, 2011, 38 ss. Sull'azione processuale oggi esperibile, cfr. C. DI SALVO, *Discriminazione*, in *Riordino e semplificazione dei procedimenti civili - Commentario al decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150*, a cura di F. SANTANGELI, Milano, 2012, 843 ss.



condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità (art. 43, comma 2, lett. *b*). La definizione si rinviene, con formulazione simile, sia nell'art 3 della dir. 2000/43/CE (avverso le discriminazioni basate su razza ed origine etnica) che nell'art. 3 della dir. 2004/113/CE (inerente le discriminazioni di genere). L'ampiezza del dato normativo permette di offrire una tutela ad ampio spettro, in ogni fase contrattuale, da quella delle trattative, alla conclusione del contratto, potenzialmente anche nella fase dello scioglimento del vincolo.

Si precisa che non rientrano nella sfera di applicazione della normativa discriminatoria quelle diseguaglianze basate su una caratteristica correlata alla razza o all'origine etnica o al sesso, poste in essere in ragione di una finalità legittima, laddove, “per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e il requisito proporzionato” (art. 4 dir. 2000/43/CE; art. 4 comma 5, dir. 2004/143/CE). Tale previsione, pur se volta ad agevolare l'attività ermeneutica, potrebbe forse apparire come una superfetazione normativa: un'interpretazione “ragionevole” delle norme, dovrebbe condurre *ex se* a considerare non sussumibili nella fattispecie discriminatoria tutti quegli atti compiuti per un giustificato motivo, o connotati da una diversa *ratio*, anche alla luce della granitica applicazione (ed evoluzione) del principio di eguaglianza (25).

La casistica giurisprudenziale è variegata. Le ipotesi più significative riguardano:

— l'applicazione di prezzi diversi in base all'origine etnica della controparte (26);

— il rifiuto a trattare con extra-comunitari da parte di agenti immobiliari;

— la pubblicazione di annunci immobiliari che espressamente escludano dalle trattative, ad es., “romeni e zingari” (27);

---

(25) Cfr. L. PALADIN, *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 530 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 450 ss.; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015; S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1 ss.

(26) V. Trib. Padova, ord., 19 maggio 2005, in *Giust. it.*, 2006, 951.

(27) V. “Gela, il cartello della discordia: si loca appartamento escluso a zingari e romeni”, in *Corriere della sera*, ed. Catania, del 21 luglio 2016, in *www.corrieredelmezz-*

- la limitazione ai soli cittadini europei della possibilità di assumere la qualifica di soci (all'interno di società cooperativa edilizia) (28);
- la previsione di premi assicurativi diversificati tra uomini e donne (29).

Ciò premesso, si cercherà in tal sede, dopo aver offerto alcuni spunti sul fondamento di tale divieto, di delineare i tratti della disciplina rimediale oggi prevista nel nostro ordinamento (30).

4. La discriminazione contrattuale è una esclusione o restrizione dell'accesso a beni o servizi, idonea a produrre “tre effetti notevolmente indesiderabili”: la lesione della libertà contrattuale del soggetto passivo, la neutralizzazione di un'opportunità di arricchimento individuale (in quanto può impedire la conclusione di un contratto o alterare l'equilibrio sinallagmatico) e soprattutto la manipolazione del corretto funzionamento del mercato, tramite la riduzione dei traffici e la falsificazione del meccanismo di formazione dei prezzi di beni e servizi (31).

L'esplicitazione di tale divieto trova la sua scaturigine giuridica

---

*zogiorno.corriere.it*; “Non si affitta ai gay, neanche se uniti da rito civile”: in Salento un nuovo annuncio omofobo, in *bari.repubblica.it*; v. anche Trib. Milano, ord., 30 marzo 2000, in *Foro. it.*, 2000, 2040; Trib. Bologna, decr., 22 febbraio 2001, in *Dir. immigr. cittad.*, 2001, 101 ss.

(28) V. Trib. Monza, ord., 27 marzo 2003, in *Foro. it.*, 2003, 3177 ss.

(29) Storico il caso della sentenza *Test Achats*, Corte Giust. UE C-236/2009 del 1 marzo 2011, in *curia.europa.eu*.

(30) Per una più approfondita disamina del rapporto tra divieto di discriminazione ed autonomia contrattuale e dei caratteri dell'illecito discriminatorio, si rinvia al pregevole lavoro di G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 109, 123, 138 e *passim*. In tale sede si proverà, per quanto possibile, ad evidenziare, senza alcuna pretesa di esaustività, solo alcune delle sfumature più discusse della c.d. discriminazione contrattuale. Cfr. anche B. CHECCHINI, *Eguaglianza, non discriminazione e limiti dell'autonomia privata: spunti per una riflessione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 186 ss.

(31) D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007, 42 ss., sottolinea che “il diritto contrattuale antidiscriminatorio non è frutto dell'ideologia marxista-socialista né di quella solidarista-cattolica [...] bensì si ispira alla *equal opportunity* secondo il modello importato dagli Stati Uniti d'America [...] volto a garantire la massima efficienza del sistema di scambi costitutivo del mercato”; cfr. anche G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 102. In merito all'operare delle discriminazioni (specialmente quelle di matrice pubblicistica) sotto un profilo economico, v. G. BASSI, *Prezzi e tariffe nei servizi pubblici*, Rimini, 2016, 195 ss., e, a titolo esemplificativo, D. BONAMORE, *La discriminazione linguistica nel controllo dei titoli di viaggio sui mezzi pubblici*, in questa *Rivista*, 2012, 756 ss.

nella necessità di tutelare il fondamento della dignità umana, che qualsiasi atto discriminatorio va a ledere e pertanto diviene illecito (32): così, se da un lato si ha la necessità di tutelare l'equilibrio di mercato, va da sé che un ordinamento di stampo personal-solidaristico, come è quello italiano (33), avverte a fondo l'intrinseca illiceità dei comportamenti discriminatori anche a prescindere da potenziali effetti sull'equilibrio del mercato. Dall'ontologica lesività dell'atto discriminatorio deriva che le discriminazioni contrattuali rilevino in qualunque ambito si realizzino, tanto nell'offerta al pubblico che in sede di trattative individuali (34), fatta salva la possibilità di graduare, in sede

---

(32) L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., 9 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 33. Dignità e non discriminazione sono storicamente dei principi simbiotici nel diritto dell'Unione Europea: cfr. Corte Giust. UE, C-152/82, "Forcheri", 13 luglio 1983; Corte Giust. UE, C-13/94, 30 aprile 1996 "P. c. S. e Cornwall County Council", ma soprattutto la sentenza "Omega", causa C-36/02 del 14 ottobre 2004, § 32 ss., ove la suprema Corte europea riconosce che "l'ordinamento giuridico comunitario è diretto innegabilmente ad assicurare il rispetto della dignità umana quale principio generale del diritto", ma tale principio generale non è assoluto, stante la necessità di un temperamento con le libertà di circolazione e di prestazione dei beni e dei servizi, specificazioni della libertà d'impresa. Questa estrinsecazione dell'autonomia ben può essere compressa dagli Stati, qualora non sia possibile il ricorso a misure meno afflittive. La centralità della persona umana per il nostro ordinamento, conquista relativamente recente, non può, tuttavia, non condurre l'interprete alle soluzioni ermeneutiche che, di volta in volta, consentano la più ampia realizzazione possibile dell'individuo in quanto parte della collettività; cfr. R. TOMMASINI, *Il soggetto e la persona nel contratto*, in Id., *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Torino, 2009, 9; G. TOSCANO, *Soggetti "deboli" e turismo*, 2014, in [www.comparazioneDirittocivile.it](http://www.comparazioneDirittocivile.it).

(33) P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 433.

(34) L'applicazione del divieto anche alle trattative private, oltre che nelle ipotesi di offerta al pubblico, è controversa in dottrina. Strenuamente si oppone D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 203 ss., 250, per il quale, date le logiche di *equal opportunity*, la *discriminazione* può essere posta in essere anche nella trattativa individualizzata; ma il *divieto* di discriminazione opererà solo nel caso in cui ci si sia rivolti al pubblico. Per E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 555 ss., l'estensione dell'ambito di applicazione del divieto condurrebbe alla "negazione dell'autonomia contrattuale", in virtù del fisiologico vaglio sulle scelte (pre)contrattuali. Favorevoli in virtù dei vincoli personal-solidaristici dell'ordinamento e di una interpretazione adeguatrice della clausola generale di buona fede sono: L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., 303 ss.; B. CHECCHINI, *Divieto di discriminazione e libertà negoziale*, in C. SALVI, *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012, 265, e EAD., *Discriminazione*

giudiziale, il rimedio in funzione dell'entità della lesione e dell'ambito in cui si sia verificata.

Secondo una certa parte della dottrina, tuttavia, eventuali interpretazioni non restrittive del divieto di discriminazione possono limitare ingiustificatamente, se non addirittura “distruggere”, la libertà contrattuale (35): la circostanza che un soggetto venga “sanzionato” per non aver contratto, o per averlo fatto ma imponendo condizioni più gravose, solo in ragione di una certa qualità della controparte, viene qui intesa come una lesione ingiustificata dell'autonomia del contraente che, in accordo a tali autori, dovrebbe invece essere quanto più possibile scevra da tagli esterni.

Si deve, al contrario, osservare che, rispetto al periodo in cui la moderna letteratura scientifica sulla autonomia contrattuale si sviluppa (36), alla luce del codice del '42 e della Carta Costituzionale del '48: (a) i cambiamenti a livello ordinamentale dati dall'assetto repubblicano e dall'ordinamento comunitario, (b) l'evoluzione dei traffici e dei commerci alla luce del mercato comune europeo, (c) la facilità con cui poter realizzare contratti in un mondo sempre più globalizzato e privo di sostanziali frontiere, hanno radicalmente contribuito al mutare della fisionomia della libertà contrattuale (37).

Pertanto, a questo *horror iuris* avverso la possibilità di “limitare o distruggere” l'autonomia privata, deve in realtà sostituirsi la presa di coscienza che nel mondo moderno questa libertà — nella più ampia

---

*contrattuale e tutela della persona*, Torino, 2016, 176 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 105 ss. Si veda, *infra*, § 7.

(35) Cfr. D. MAFFEIS, *Diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 165; E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 551. Diversamente, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 e 44 del T.U. sull'immigrazione*, cit., § 3, che, riprendendo un'idea di Pietro Barcellona, in un certo qual modo auspica la normativizzazione di limiti alla libertà contrattuale, giacché solo così quest'ultima riesce a superare il rischio di essere “mera formula vuota o destinata a valere per pochi”, realizzandosi in tal modo “una libertà sostanziale e generalizzata, simmetrica rispetto al concetto di eguaglianza sostanziale”.

(36) Si pensi, ad es., a E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1955 (rist. 2002); L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, 125 ss.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947.

(37) Per una recente analisi sull'evoluzione dell'autonomia contrattuale, si rimanda a E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2014, 589 ss.

accezione di ventaglio di atti liberamente realizzabili — si è espansa, necessitando quindi di una regolamentazione.

Si ritiene che tale opera di delimitazione dovrebbe intendersi come una *ricerca dei confini* piuttosto che come restringimento *tout-court* della libertà contrattuale, anche alla luce della nuova sensibilità rispetto ai diritti fondamentali della persona umana e del concreto rischio che questo nuovo, amplissimo ventaglio di direzioni verso cui l'autonomia può esercitarsi vada a confliggere con tali imprescindibili diritti.

Bene coglie nel segno chi qualifica le norme in materia di discriminazione quali fonti che operano come *criteri* conformanti la libertà contrattuale, quindi mediatamente influenti sulla configurazione concreta di un rapporto giuridico (38).

È per tale ragione che la *possibilità* di un “monitoraggio di meritevolezza” dell'*attività* e degli interessi dei contraenti, non certo “costante” ma ammissibile qualora ragionevole, non solo non va né a limitare né a negare la libertà contrattuale di alcuno, ma anzi garantisce proprio che la stessa libertà sia sempre tutelata (39): affermare la necessità di una perequazione tra le sfere di autonomia dei soggetti che operino all'interno della collettività implica la doverosa ricerca (forse tendenziale, ma pur sempre obbligatoria) di “punti di equilibrio”. Degno di nota è il caso Achbita (40): la ragionevolezza che contraddistingue l'applicazione del principio di uguaglianza impone, secondo la Corte di Bruxelles, di ritenere prevalente la libertà d'impresa rispetto al diritto di manifestare esteriormente le proprie convinzioni religiose. La scelta (ritenuta insindacabile perché espressione di una sfera giuridica meritevole di tutela, oltre che egualitaria, giacché rivolta a tutti i dipendenti) di adottare una politica neutrale (seppure, forse, tendente al laicismo), sia all'interno dell'azienda che nei rapporti con il pubblico, si impone sulla volontà della lavoratrice che non intende abbandonare l'uso del velo islamico sul posto di lavoro. Ne consegue l'esclusione della sussistenza di una discriminazione diretta — dovendo però

---

(38) M. MANTELLO, *Autonomia dei privati e problemi giuridici della solidarietà*, Milano, 2007, 144.

(39) Prudentemente dubbiosi, di fatto, avverso l'ammissibilità di un sindacato sugli atti di autonomia (e sulla loro meritevolezza), E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 555, e D. MAFFEIS, *Diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, cit., 173.

(40) Corte Giust. UE, Grande Sezione, C-157/2015, del 14 marzo 2017, *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contro G4S Secure Solutions NV*, cit., § 35 ss.

accertarsi la possibilità, non remota, di sussumere il comportamento contestato dalla lavoratrice sotto la fattispecie delle discriminazioni indirette (41).

Si evidenzia in merito che lo stesso diritto europeo afferma espressamente che la proibizione di discriminare non pregiudica la libertà di scelta, nella misura in cui la scelta del contraente non si basi su un fattore di rischio (42). Se così non fosse, si giungerebbe al paradosso per cui, ogni volta che un soggetto appartenente, ad esempio, ad una

---

(41) *Ibidem*, § 34 ss. Seppur la pronuncia in esame appaia degna di nota per le categorie concettuali del giudizio di bilanciamento operato, meno persuasive si palesano le conclusioni cui giunge: la prevalenza della libertà d'impresa — principio fondante la neutralità aziendale — sulla libertà religiosa della Achbita, nonché l'applicazione uniforme della regola interna, impongono, secondo l'*iter* argomentativo, di escludere che vi sia stata discriminazione diretta. Tuttavia, tale comportamento "può costituire discriminazione *indiretta* ai sensi dell'art. 2, paragrafo 2, lettera *b*), della direttiva 2000/78/CE", ma la Corte di Giustizia demanda questo accertamento (nel merito) alla corte interna che aveva sollevato la questione pregiudiziale (Cfr. § 34, 37, 43 e 44 della sentenza). Sembra emergere una certa propensione dell'organo giudicante verso l'esclusione anche di una discriminazione indiretta. La risposta a tale quesito non è, però, immediata. Un criterio di neutralità generale, uniformemente rivolto verso tutti i dipendenti, è sicuramente rispettoso del principio della parità di trattamento, ma fino a che punto può giustificare la compressione del diritto assoluto a manifestare la propria fede — e quindi non essere discriminatorio? Si consideri che l'uso del velo nella religione islamica non riveste una mera valenza estetica o di appartenenza ad un gruppo, ma gioca un ruolo importante nella vita interiore del fedele, poiché agevola l'unione tra immanente e trascendente. L'attuale impossibilità di conoscere la decisione del giudice nazionale, nonché gli elementi fattuali portati in giudizio, rendono arduo offrire un giudizio netto sulla vicenda. Tuttavia, ritenere lecito il comportamento della G4S sarebbe possibile solo considerando questa, società privata, come un'associazione di tendenza "al contrario" — nella misura in cui la tendenza è proprio l'esclusione di qualunque connotazione politica o religiosa — e presupponendo la consapevolezza della Achbita di questo tratto distintivo al momento di stipulare il contratto di lavoro. Questi elementi non sembrano però sufficienti a giustificare una compressione di tale entità del proprio diritto a esternare la propria fede: in che modo la presenza o l'assenza del velo influiscono sulla prestazione lavorativa della *receptionist* di una società che si occupa di *risk mangament*? Domanda che, in termini più astratti, può così tradursi: come può favorirsi l'integrazione fra culture se si teme anche il mero contatto visivo con ciò che è altro da noi? Cfr. V. NUZZO, *La Corte di Giustizia e il velo islamico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 436 ss. Si suggerisce altresì, per una visione moderna della nozione di laicità, la lettura di G. SAVAGNONE, *Dibattito sulla laicità. Alla ricerca di una identità*, cit., *passim*.

(42) Si vedano gli artt. 3, comma 2, dir. 2004/113/CE, e 55-ter, comma 4, del d.lgs. n. 198 del 2006. Cfr. anche Corte Giust. UE, Grande Sezione, C-157/2015, del 14 Marzo 2017, *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contro G4S Secure Solutions NV*, cit., § 38 ss.

minoranza etnica, non riuscisse a concludere un determinato contratto, quali che ne siano le ragioni, questi potrebbe asserire di esser stato discriminato e così agire in giudizio nei confronti del presunto discriminante. Non si vuole quindi ammettere la “configurabilità di un obbligo a carattere generale, che imponga a chiunque di contrarre con chiunque e nel rispetto della parità di trattamento” (43).

Conseguentemente, non sussiste, nella ricostruzione che qui si offre, effettiva antinomia tra il divieto in esame e l'autonomia contrattuale, ma si può individuare tra i due un “legame di discontinuità”, se non addirittura un rapporto di complementarità, pure se *sui generis* (44).

La proibizione di discriminazione impone semplicemente la “svalutazione giuridica di alcune differenze fattuali, che non possono condizionare le opportunità di accesso agli scambi di mercato” (45): è vietato dar rilievo a fattori personali della controparte, ogni qualvolta gli stessi non possano in alcun modo rilevare ai fini dell'oggetto contrattuale. Il che equivale sì a dire che il diritto opera in maniera tale

---

(43) E. CONTU, *op. cit.*, 201.

(44) Come icasticamente evidenziato da D. MAFFEIS, voce *Discriminazione (dir. priv.)*, cit., 493, con riguardo all'oggetto dello studio, “pensare ad un'antinomia è stravagante, come sarebbe stravagante supporre che, siccome le modalità di manifestazione della libertà contrattuale o l'esercizio di diritti attribuiti dal contratto possono avere — in presenza di ben determinate circostanze concomitanti — carattere di illeciti, allora esisterebbe un'antinomia fra la nozione di autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c. e la nozione di atto illecito di cui all'art. 2043 c.c.”. Cfr. anche B. CHECCHINI, *Discriminazione contrattuale e tutela della persona*, cit., 17 ss. Sembra cautamente escludere la sussistenza di una reale negazione della libertà contrattuale E. CONTU, *op. cit.*, 202, affermando che una lettura analogico-estensiva delle ipotesi di illecito discriminatorio (secondo l'A. ammissibile sulla base degli obblighi legali a contrarre preesistenti nell'ordinamento, che tuttavia non giustificerebbero l'applicabilità del divieto alle trattative individualizzate) non limiti la libertà contrattuale, ma sia sintomatico di una funzionalizzazione della stessa.

(45) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 109. Nella sua matrice europea, il divieto di discriminazione affonda le sue radici nell'esigenza di tutelare — contrastando le limitazioni nell'accesso a beni e servizi — la natura concorrenziale del mercato, secondo la preponderante visione dell'economia sociale di mercato, teoria economica nata sulla scia dell'*Ordoliberalism* della Scuola di Friburgo; cfr. M. BOLDRIN, *Ma l'economia sociale di mercato cos'è?*, in *L'Imprenditore-Confindustria*, Milano, 2008, reperibile in [www.limprenditore.com](http://www.limprenditore.com). Si rimanda a L. BRUNI, S. ZAMAGNI, *L'economia civile*, Bologna, 2015, *passim*, e Id., *Economia Civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, Bologna, 2004, spec. 23, 163, 183, per una visione alternativa, conciliatrice, delle esigenze mercato e della politica economica con quelle del diritto e dell'autonomia dei cittadini.

da indirizzare la scelta del singolo; ma la direzione di questa scelta “caldamente consigliata” non è altro che quella che il singolo avrebbe preso se avesse partecipato alla contrattazione in assenza di preconcetti. È per tale ragione che si ritiene il divieto di discriminazione come “complementare” rispetto all’autonomia contrattuale: le norme *indirizzano* l’individuo nel corretto utilizzo della sua libertà, vanificando l’operare dei pregiudizi.

Se di limitazione si vuol parlare, si può ben considerare che, in realtà, al verificarsi di una discriminazione, si sta sì limitando l’autonomia di qualcuno, ma è l’autonomia del soggetto che è discriminato a risultare compressa: l’atto discriminatorio lede non solo la dignità, ma anche la libertà dell’altro nel momento in cui a questi si impedisce di ottenere un bene o di ottenerlo a condizioni più favorevoli. La normativa che si sta esaminando risulta, di converso, in grado di “ri-espandere” l’autonomia contrattuale del privato, compressa dalla discriminazione che gli ha impedito l’accesso al bene o servizio desiderato. Può meglio comprendersi quanto appena detto prendendo ad esempio la controversia di Asma Bougnaoui, licenziata perché il suo uso del velo infastidiva dei clienti della società per cui la stessa lavorava (46). Nel caso in esame il giudizio di bilanciamento compara la libertà religiosa della vittima con il mero pregiudizio palesato da un *partner* commerciale; poiché il sacrificio imposto alla dipendente risulta sproporzionato rispetto al desiderio della controparte (mediatamente, anche del datore di lavoro) di non essere “infastidito dalla vista del velo”, l’applicazione della normativa antidiscriminatoria consente di ritenere prevalente il diritto della Bougnaoui a non essere discriminata ed in tal modo “ri-espandere” l’autonomia della stessa, garantendole così la possibilità della reintegrazione.

In un recente studio, è stata valutata l’ipotesi per cui il rifiuto di contrarre per motivi discriminatori possa rivestire una “forma di abuso della libertà contrattuale”, desunto in via analogica dalla previgente disciplina generale, valutabile sulla base di “un’analisi di razionalità nell’esercizio della prerogativa, che implica il bilanciamento degli

---

(46) Corte Giust. UE, Grande Sezione, C-188/2015, del 14 marzo 2017, *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l’homme (ADDH) contro Micropole SA*, cit. La Corte qui giunge ad una soluzione opposta rispetto al caso Achbita, quasi a dire che se discrimino solo un dipendente allora il comportamento è sanzionabile, mentre se ne discrimino tutti allora, per il principio della parità di trattamento, non sto discriminando nessuno. Cfr. V. NUZZO, *op. loc. ult. cit.*



interessi in conflitto e il richiamo alla buona fede oggettiva” (47). Tuttavia questa ipotesi non viene ampiamente fatta propria dall’Autrice, non potendosi rinvenire un vero e proprio obbligo a contrarre da poter opporre ai casi di rifiuto discriminatorio. Appare, invece, auspicabile un approfondimento di essa, ritenuta *prima facie* ben persuasiva, ampliando tale studio alla luce non solo degli obblighi legali di *ius positum* e per le fattispecie di rifiuto a contrarre, bensì anche facendo emergere tutte le ipotesi di illeciti contrattuali (discriminatori e non) e avendo come orizzonte assiologico di riferimento la dimensione “sociale” cui si accennerà nel successivo paragrafo.

5. Si discrimina nella misura in cui si dà valore più ad una qualità della controparte che alla sua capacità, ad es., di adempiere la controprestazione. Ciò che si persegue con il divieto di discriminazione è quindi quella “*lesione del fondamentale principio costituzionale che disegna la società come comunità di uomini ordinata secondo la pari dignità sociale*” (48).

L’eguaglianza tende a realizzare la pari dignità sociale (che è nozione diversa dalla parità di trattamento (49)) ed è volta a rimuovere tutto ciò che ostacoli la realizzazione della libertà dei cittadini, mirando così a costruire, in ultima analisi, la giustizia sociale e distributiva. In tale ottica, l’eguaglianza è quel fine cui l’ordinamento giuridico si orienta per garantire non una mera redistribuzione dei beni, ma una

---

(47) E. CONTU, *op. cit.*, 137 ss., 141, 147, 206, per la quale non potrebbe “ritenersi lecito l’utilizzo della libertà cui consegna la negazione di quella della controparte, o risulti preclusa la possibilità di quest’ultima di determinarsi consapevolmente”. L’A., nella sua analisi connotata da un fine rigore concettuale, cita a pag. 137 le parole di Rodolfo Sacco che, in tema di abuso del diritto, invita a riflettere sulla nozione di autonomia: “se noi chiamiamo libertà lo zero giuridico, e se poi chiamiamo diritto la libertà, quell’atto può diventare abuso della libertà”; R. SACCO, *L’esercizio e l’abuso del diritto*, in *Trattato di diritto civile. Il diritto soggettivo*, di G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNIERI, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. SACCO, Torino, 2001, 353.

(48) L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., 17, 290.

(49) La pari dignità sociale è magistralmente definita da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 436, come quello “strumento che conferisce a ciascuno il diritto al ‘rispetto’ inerente alla qualità di uomo, ed inoltre la ‘pretesa’ di essere messo nelle condizioni idonee ad esplicare le proprie attitudini personali assumendo la posizione a queste corrispondente”.

ben più ampia garanzia della partecipazione concreta ed effettiva ai rapporti di diritto civile (50).

La non discriminazione, oggi, si ritiene sia un principio autonomo, anche in materia contrattuale (51). Principio autonomo che tuttavia rinviene nella nozione suprema di uguaglianza il suo fondamento, concettuale e giuridico.

La rilevanza della normativa antidiscriminatoria, come baluardo dell'eguaglianza in tutte le sue estrinsecazioni, si ritiene sia diretta conseguenza "del principio informatore di tutela della persona (art. 2 Cost.), della centralità nell'ordinamento repubblicano del rispetto dei diritti fondamentali e quindi della funzionalizzazione delle situazioni patrimoniali [...] alle situazioni esistenziali" (52). E tale funzionalizzazione dei rapporti economici (e quindi contrattuali) rispetto a quelle esistenziali implica la possibilità, in un ordinamento di matrice solidarista e personalista, di tutelare lesioni alla persona in quanto tale anche tramite gli strumenti civilistici (53).

Su tale aspetto non si ha unanimità di vedute in dottrina. Pur essendo non agevole tracciare linee di demarcazione nette, è possibile individuare in questo nodo gordiano almeno quattro ulteriori tesi sulla scaturigine assiologica del divieto di discriminazione contrattuale.

---

(50) Già L. PALADIN, *Il principio costituzionale di uguaglianza*, Milano, 1965, 173 ss., ammetteva la possibilità che il principio di uguaglianza operasse come criterio di legittimità delle leggi di oggi settore e materia. Cfr. anche B. CHECCHINI, *Discriminazione contrattuale e tutela della persona*, cit., 11, 17, la quale definisce la normativa discriminatoria come una forma di "paradigma in negativo del principio di uguaglianza", che riesce ad intercettare la libertà contrattuale all'interno di un terreno comune.

(51) Cfr. artt. 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ed art. 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; l'ordinamento europeo attribuisce autonoma rilevanza al principio di non discriminazione, che considera essere separato dal principio di uguaglianza. V.: L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010, 161 s.; D. LA ROCCA, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Torino, 2008, 47 ss.

(52) P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 455 ss.

(53) D. LA ROCCA, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, cit., 341 ss., sostiene inoltre che "la novità più rilevante degli ultimi decenni consiste, proprio, nel tentativo di far ruotare tale modello intorno all'applicazione del raffinato strumento civilistico, pensato 'originariamente' per la protezione dei 'valori economici' ed ora sempre più reclamato anche a tutela dei 'valori' *tout court*. Una delle argomentazioni-chiave, ad esempio, delle frequenti proposte di dilatazione della tutela risarcitoria è quella che chiama in causa l'assenza di efficaci strumenti alternativi di tutela (privatistica e non) dei diritti della persona".

Talora il fondamento del divieto di discriminazione si è riscontrato nel principio della *pari dignità umana* (54).

Altri hanno rinvenuto il cardine della normativa nella *parità di trattamento* (55).

Vi è poi chi, ricercando un fondamento autonomo per il principio di non discriminazione (56), ha attribuito carattere di centralità alla *tutela delle pari opportunità*, escludendo in radice che l'uguaglianza e la giustizia sociale possano essere oggetto di una realizzazione anche per tramite dei rapporti contrattuali; la personalità e la dignità di ogni singola controparte si attergerebbero, in tal modo, come bene protetto.

Da ultimo, si è sostenuto che l'uguaglianza è un principio con estrinsecazione prevalentemente verticale, ma che, all'interno del contratto, si proietta orizzontalmente grazie proprio al divieto di discrimi-

---

(54) A. GENTILI, *Il principio di discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 207 ss. Per la teoria in esame, il diritto privato è *essenzialmente* discriminatorio, essendo un ramo del diritto fondato sulla libertà negoziale dell'individuo; ma poiché tale libertà gode del medesimo rango dell'uguaglianza, non è ammissibile che l'autonomia del soggetto sia compressa al mero fine di garantire un non meglio definito obbligo di parità di trattamento. Rimandare però alla mera lesione della dignità umana comporta una svalutazione della "capacità plurioffensiva" della discriminazione, che rileva sia come offesa alla dignità che come lesione delle libertà, specie economiche, del soggetto, da cui discenderebbe anche una vanificazione delle ampie possibilità di tutela che oggi l'ordinamento appronta contro le discriminazioni. Cfr. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 180 ss.

(55) G. PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970, 16 ss., 41, 43 ss. La nozione di parità di trattamento costituisce un retaggio dell'esperienza giuslavoristica degli anni Settanta; cfr. D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., Cap. II, *passim*, 57 ss., e G. ARRIGO, *Uguaglianza, parità e non discriminazione nel diritto dell'Unione Europea*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 2016, 457 ss. Oggi essa risulta inadatta ad offrire tutela dinanzi alla variegata complessità delle ipotesi di discriminazione; e presuppone, in aggiunta, la sussistenza di un *tertium comparationis*, elemento non sempre presente in ambito privatistico. Cfr.: G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 176 s., 180 ss., 187 ss.; D. LA ROCCA, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, cit., 333.

(56) D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 23, 25, 30 ss., 59. L'A. sostiene espressamente che nucleo del divieto sia solo il rispetto dell'*equal opportunity* del mercato. In corso d'opera, *ibidem*, 31, 44, riconosce che obiettivo del divieto è il "riconoscimento, su un piano di effettività, della *pari dignità* di tutte le persone, *indipendentemente dalle qualità personali*".

nazione, in quanto sono “l’uno la derivazione dell’altro”, ma a condizione di alcuni adattamenti (57).

La riconduzione, invece, della non discriminazione al principio di *pari dignità sociale*, corollario dell’art. 3 Cost., sembra risultare più plausibile almeno per tre ordini di ragioni.

Il ricorso a tale nozione, che si fonda sull’art. 3 Cost., fa sì che tutela civilistica potrebbe aversi anche in assenza di specifiche norme, o per ipotesi non coincidenti con le fattispecie astratte tipizzate (58).

Il richiamo alla funzione sociale della categoria del negozio giuridico consente di valorizzare la capacità dei divieti di “svalutare” i preconcetti, ossia di agevolare il superamento dei pregiudizi diffusi, in accordo alle direttive europee di riferimento (59).

*Last but not least*, la pari dignità sociale, così come teorizzata, in virtù della sua attenzione alla collettività, è in grado di dare maggior spazio, nel controllo di meritevolezza, ad un bilanciamento fra gli interessi negoziali in gioco nei casi concreti (60).

Siffatto approccio di funzionalizzazione degli strumenti civilistici alle “situazioni esistenziali” rende doverosa una *reductio ad unum* della disciplina applicabile, sia per evitare potenziali abusi di un’interpretazione conforme a Costituzione (61), sia per agevolare l’interprete, che si trova a dover operare un *collage normativo* (62).

(57) E. NAVARRETTA, *L’evoluzione dell’autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, cit., 635 ss.

(58) In merito alla possibilità di estendere la tutela anche per discriminazioni aventi ad oggetto motivazioni, fattispecie o fattori di rischio non espressamente previste dai vari interventi normativi, si veda la nota n. 62. Favorevole ad un’interpretazione analogico-estensiva delle ipotesi di illecito discriminatorio, operando sulla base dei principi generali di “ordine pubblico” e “dignità in senso sociale”, E. CONTU, *op. cit.*, 201 ss.

(59) V. considerando n. 26 dir. 2000/43/CE; considerando n. 27, dir. 2004/143/CE.

(60) V. *infra*, § 8.1. Cfr. anche E. CONTU, *op. cit.*, 201.

(61) Si veda, più nel dettaglio, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 460 ss. L’A. ritiene l’art. 3 Cost. utile, nei concreti rapporti ordinari, ad “incidere sull’individuazione del contenuto delle stesse clausole generali che contribuiscono alla definizione degli istituti fondamentali, quali la ‘funzione sociale’ per la proprietà e la ‘utilità sociale’ per l’iniziativa economica privata” e pertanto non può “essere trapiantato *sic et simpliciter* nel diritto civile senza che sia armonizzato e reso compatibile con l’intero sistema normativo”; il rischio di attribuire alla nozione di giustizia sociale, ed in specie all’art. 3, comma 2, Cost., un ruolo di autonoma perequazione, rischia di dar vita ad una

Una normativa stratificata, *alluvionale*, come correttamente è stata definita, con facilità si presta a creare incertezze all'interprete, a causa dei difetti di coordinamento tra norme (63). Da qui, la necessità di addivenire ad una ricostruzione unitaria, al fine di impedire che la disarmonia tra le fonti conduca ad esiti applicativi incerti.

Tale operazione ermeneutica trova legittimazione già nello stesso diritto dell'Unione Europea, per il quale il principio di non discriminazione è un principio generale, dotato di una particolare autonomia, il che ne rende lecita "l'applicazione ad ipotesi che non sono espressamente contemplate" (64), ed è agevolata dalle similarità e dai notevoli punti di contatto che presentano direttive europee in tema di lotta alle discriminazioni e relativi decreti legislativi di attuazione (65).

---

"super norma operativa", ma in grado di originare contraddizioni e incongruenze sistemiche.

(62) M. BELL, *A patchwork of Protection: The New Anti-Discrimination Law Framework*, in *Modern Law Review*, 2004. Con precipuo riferimento alla difficile tipizzazione dei "fattori di rischio", ed alle possibili carenze di tutela, cfr., ad es.: B. CHECCHINI, *Discriminazione contrattuale e tutela della persona*, Torino, 2016, 154; D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 193; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 65. Concorde sulla possibilità di estendere il divieto, sulla base della prassi giurisprudenziale in ambito giuslavoristico, G. CASTELLANI, voce *Discriminazione (divieto di)*, in *Digesto IV ed., Disc. priv., Sez. civ.*, IX agg., Torino 2014, 239 ss., 242. Già nel 2002, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 e 44 del T.U. sull'immigrazione*, cit., auspicava che dopo la prima fase della tutela antidiscriminatoria giuslavoristica e penalistica, e dopo la seconda fase della tutela civilistica, subentrasse una terza fase che potesse essere caratterizzata dalla "costruzione unitaria non solo del concetto giuridico di atto illecito discriminatorio, quanto delle forme di tutela". L'art. 28 del d.lgs. n. 150 del 2011 ha sicuramente accelerato il subentro di questa nuova, desiderata era, ma si ritiene siano ancora ben lontani i tempi della configurazione di un illecito unitario, o meglio i tempi in cui la dottrina avrà il coraggio di aprirsi a quelle ricostruzioni unitarie già offerte da alcuni illuminati studiosi.

(63) D. LA ROCCA, *Principio di uguaglianza e divieti di discriminazione nel diritto europeo*, in *Persona e diritto - Giornate di studio in onore di Alfredo Galasso*, R. ALESSI, S. MAZZARESE e S. MAZZAMUTO (a cura di), Milano, 2013, 86. V. anche Cass. sez. lav. 8 maggio 2017 n. 11165, in *Banca dati JusExplorer*, ove la Suprema Corte evidenzia, relativamente alla legittimazione ad agire delle associazioni collettive, la necessità di una ricostruzione unitaria della tutela antidiscriminazioni, che sia conforme a Costituzione e all'ordinamento europeo, al fine di evitare una normativa che crei essa stessa disparità di trattamento.

(64) L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010, 161 ss.

(65) Si vedano i molteplici lavori monografici che in materia di discriminazioni contrattuali, hanno offerto una disciplina unitaria dell'illecito, seppur con esiti talvolta diversi. *Ex multis*, cfr. P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione*

6. Al fine di analizzare i mezzi di tutela esperibili, è necessario investigare su quale sia la natura dell'illecito discriminatorio, così da poter individuare quale debba essere l'oggetto della ricerca dell'interprete che si accinga a verificare la sussistenza dei requisiti di tal illecito. Si riscontrano in dottrina essenzialmente tre tesi inerenti i caratteri della discriminazione afferente i rapporti privatistici.

Autorevole dottrina ha ritenuto il rifiuto ingiustificato di contrarre una "modalità (dannosa) dell'attività contrattuale" (66), dal momento che la discriminazione, in assenza di un vantaggio economico per il soggetto agente, è compiuta al mero fine di arrecare un disagio, un pregiudizio alla controparte, giacché, scegliendo di non contrarre, questi perderebbe un'occasione di profitto. Come per gli atti emulativi di cui all'art. 833 c.c., atti compiuti al mero fine di nuocere o recare molestia ad altri, l'unico fine del rifiuto discriminatorio di contrarre è, secondo questa dottrina, il danno che si arreca.

L'adesione alla suddetta tesi, seppur autorevole, potrebbe non risultare sempre soddisfacente per l'interprete davanti alle variegature sfumature della casistica.

Alla suddetta tesi va indubbiamente riconosciuto il merito di aver

---

*e autonomia contrattuale*, cit.; E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 547 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile*, in ID. (a cura di), *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, Napoli, 2002; D. LA ROCCA, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, 289 ss. e EAD., *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Torino, 2008, e EAD., *Principio di uguaglianza e divieti di discriminazione nel diritto europeo*, in *Persona e diritto in Persona e diritto - Giornate di studio in onore di Alfredo Galasso*, R. ALESSI, S. MAZZARESE e S. MAZZAMUTO (a cura di), Milano, 2013, 4 ss.; B. TROISI, *Profili civilistici del divieto di discriminazione*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del I Convegno Nazionale della Società Italiana Studiosi del Diritto civile (SISDIC), Napoli 2006, 295 ss.; D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit.; ID., *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 401 ss.; A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 207 ss.; L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit.; B. CHECCHINI, *Eguaglianza, non discriminazione e limiti dell'autonomia privata: spunti per una riflessione*, cit., 186 ss. e EAD., *Discriminazione contrattuale e tutela della persona*, cit.; M.J. REYES LOPEZ, *Il principio di non discriminazione nell'accesso a beni e servizi nell'ordinamento ispano-comunitario*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 169 ss.

(66) R. SACCO, in ID. e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 2004, 100, e ID., *Parità di trattamento (nel diritto dei contratti)*, in *Digesto Disc. priv. — Sez. civ. — VII agg.*, Torino, 2012, 738.

sottoposto agli operatori giuridici il problema dell'accertamento degli atti discriminatori in ambito contrattuale.

Essa, però, sembra non aver riscontrato largo seguito in dottrina, verosimilmente perché offre all'interprete un modello di accertamento difficile da applicare ad ipotesi discriminatorie diverse dal rifiuto a contrarre (67), e per la conseguente neutralizzazione della normativa nel caso di motivazioni economiche sottostanti il comportamento discriminatorio (68).

Il rifiuto del ricorso alla categoria degli atti emulativi, ha indotto una parte della dottrina a configurare la discriminazione come un *illecito di dolo*.

Secondo questa seconda tesi, sarebbe indispensabile che la qualità personale della controparte sia l'unica a determinare il consenso del contraente, sì che egli si raffiguri, e voglia riservare all'altro "un trattamento dannoso o comunque più sfavorevole", a prescindere da qualsiasi tipo di vantaggio (per sé) o pregiudizio (per l'altro) che possa sorgere dall'illecito (69). In questa tesi rilevano la volontarietà dell'atto ed il profilo soggettivo.

Viene affermato che non serve "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 sfavorevole". Sarebbe così sufficiente il riscontro del *dolo generico, i.e.* dell'intento di discriminare, presupposto dell'illecito, non necessariamente dell'intento ulteriore di nuocere alla controparte (70).

---

(67) Si veda, in tema di atti emulativi, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017, 220 ss. Il giudizio di accertamento degli atti emulativi prescrive non la verifica dell'*animus*, ma la ricerca del "rapporto oggettivo tra vantaggi del proprietario e svantaggi del terzo". Tale giudizio non può trovare applicazione nel caso di specie, dal momento che la discriminazione ben può essere inutile, o anche lesiva degli interessi del soggetto attivo (specie nel caso di rifiuto) ma può anche rilevarsi "vantaggiosa", come già delineato, nel caso di previsione di clausole deteriori.

(68) Si veda G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 221 ss., ed in specie la nota 454. Concorde sul punto D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 158 ss.

(69) D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 158 ss., 184 ss. V. anche la replica alle critiche ricevute: ID., *Diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, cit., 175 ss.

(70) D. MAFFEIS, *La discriminazione religiosa nel contratto*, cit., 55 ss., § 6, e ID., *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 189. Lo stesso afferma che non può

Tale dottrina fa valere il dato testuale di alcune disposizioni come elemento in virtù del quale sarebbe necessario l'accertamento del dolo generico (71): le espressioni “a causa’, ‘soltanto a causa’, ‘in ragione’ del fattore di discriminazione” esprimono “*il carattere determinante, in via esclusiva, del consenso del contraente, della qualità personale della sua controparte*” da cui quindi è derivato questo *intento empirico unico ed esclusivo* di riservare alla controparte un trattamento dannoso o comunque più sfavorevole (72).

Si ritiene però di dover superare anche questa seconda tesi.

Innanzitutto, è stato contestato il ricorso al dato letterale della normativa: *in primis* perché espressioni come “a causa” o “in ragione” non rimandano in alcun modo al motivo psicologico o all’obiettivo caratterizzanti la condotta, ma all’eziologia del *patis*, e quindi al *fondamento* della condotta medesima (73). E a nulla vale replicare che fondamento materiale della condotta siano la coscienza e la volontà del contraente e quindi il preconetto (74): anche a voler prescindere dal significato strettamente terminologico, è contestato il *ruolo* esercitato dalle espressioni (75).

In ogni caso, al di là delle problematiche ermeneutiche letterali, si ritiene si debba superare questa tesi, in quanto è preferibile attribuire rilevanza al *risultato* della discriminazione, più che al profilo soggettivo. La normativa antidiscriminatoria contrattuale non ha come scopo diretto il perseguimento dei pregiudizi diffusi — che è invece un

richiedersi la sussistenza del dolo specifico, perché altrimenti si dovrebbe ritenere necessaria la commissione del reato di discriminazione ai fini della configurazione dell’illecito civile. Sui reati connotati da specifico intento discriminatorio si veda G. PAVICH e A. BONOMO, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull’evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a costituzione la normativa vigente*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*.

(71) Il dolo specifico è richiesto per le discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi solamente in materia penale, secondo Cass. 21 dicembre 2003 n. 46783, in *www.asgi.it*.

(72) D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 160. Le citazioni normative appartengono, rispettivamente, all’art. 2, comma 1 del d.lgs. n. 215 del 2003, all’art. 43 comma 2 lett. *b* del d.lgs. n. 286 del 1998, e all’art. 43, comma 2 lett. *c* del d.lgs. n. 286 del 1998.

(73) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 225.

(74) D. MAFFEIS, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio*, cit., 176.

(75) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 224.



risultato mediato — ma mira a garantire a quei soggetti “deboli”, ossia connotati dai c.dd. fattori di rischio, l’accesso a beni e servizi che in determinati contesti potrebbe risultare loro gravoso. Ne discende che la ricerca del dolo nel discriminante potrebbe comportare un eccessivo restringimento del diritto ad una tutela effettiva, sia per le difficoltà di accertamento, che per l’impossibilità di perseguire comportamenti fattualmente discriminatori, causati non da un pregiudizio ma da altre motivazioni non rilevanti né meritevoli di tutela ordinamentale (76). Si ritiene, invece, debba individuarsi nella condotta, ossia nel “comportamento”, l’elemento integrante la fattispecie discriminatoria, non già nell’*animus* (77).

L’esclusione dell’illecito di dolo sembrerebbe essere confermata anche dall’apparato rimediale: troncante è il rilievo che, se l’ordinamento ammette la risarcibilità anche del danno non patrimoniale, e lo si ammette anche nelle ipotesi di discriminazione indiretta — fattispecie ove una disposizione, un criterio, una prassi di apparente neutralità creano una discriminazione — si deve dedurre la necessità di ritenere illeciti discriminatori quelle condotte che, pur se prive delle caratteristiche di *rimproverabilità* e *colpevolezza*, siano produttive di una situazione di grave svantaggio per quei soggetti recanti determinate caratteristiche personali (78). Come si cercherà di chiarire nel prosieguo della trattazione, dare rilievo al profilo soggettivo potrebbe impedire di valorizzare l’elemento della *giustificazione meritevole di tutela*.

Si contesta che sia necessario, ma sufficiente, che il contraente “*si raffiguri, e voglia* riservare alla controparte contrattuale un trattamento dannoso o comunque più sfavorevole” (79): tale requisito equivale di fatto al richiedere la *volontarietà* dell’atto. Ciò pare per certi aspetti superfluo: potrebbe forse essere ragionevole richiedere la volontà dell’effetto — ma si ricadrebbe così nella tesi dell’atto emulativo — ma richiedere la volontarietà di quello specifico atto risulta ridondante,

---

(76) Sulla possibilità che l’*animus nocendi* non sia l’unico *status* soggettivo a muovere il discriminante, si veda Corte Giust. UE, Grande Sezione, C-188/2015, del 14 marzo 2017, *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l’homme (ADDH) contro Micropole SA*, cit.

(77) C. DI SALVO, *Discriminazione*, cit., 854.

(78) L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., 291 ss., il quale identifica la fattispecie discriminatoria in una fattispecie di pericolo, individuando il pregiudizio qualificante l’illecito nell’aver posto un ostacolo attuale e concreto al “riconoscimento di pari opportunità”.

(79) D. MAFFEIS, *La discriminazione religiosa nel contratto*, cit., § 6.

posto che, salvo il caso di soggetti non imputabili, chi pone in essere un certo comportamento tendenzialmente lo fa perché vuole realizzarlo. Ma il vero corto circuito è dato dal fatto che aderendo a questa ipotesi si avrebbe, in tal modo, un'assimilazione dei comportamenti discriminatori a quelli che tali non sono, in quanto legittimati da valori ordinamentali. Tale visione infatti comporterebbe, ad es., l'equivalenza tra un rifiuto a contrarre privo di giustificazione, ed un rifiuto a contrarre dovuto ad esigenze familiari del soggetto agente, interesse apprezzabile e tutelato dall'ordinamento.

Accettando la configurazione della discriminazione contrattuale come illecito di dolo, si avrebbe inoltre una "inutile sovrapposizione con la figura dell'abuso del diritto" (80). Se per abuso del diritto si intende un esercizio di una situazione giuridica che con dolo leda un diritto di un altro soggetto, sì da perseguire "obiettivi diversi e ulteriori rispetto a quelli indicati dalla norma" (81), viene meno qualsiasi esigenza di configurare un nuovo, ridondante strumento di tutela che protegga quel "diritto soggettivo assoluto a non essere discriminati" (82).

La dottrina che qualifica la discriminazione contrattuale quale illecito di dolo generico ritiene inoltre di poter superare la tradizionale (tendenziale) equivalenza tra dolo e colpa, sostenendo che l'illecito discriminatorio necessita del primo elemento soggettivo perché si realizza.

Ora, è doveroso premettere che il danno causato da un illecito discriminatorio potrebbe nel nostro ordinamento essere risarcibile anche in assenza di previsione normativa in virtù dell'art. 2043 c.c.

Non risulta ben intellegibile, però, per quale motivo, in assenza di espressa previsione, si ritiene possibile derogare alla disciplina ordinaria dell'illecito civile per quanto riguarda l'elemento della colpevolezza.

---

(80) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 225.

(81) V. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, 205 ss.; F. LONGOBUCCO, *Autonomia negoziale e abuso del diritto nei contratti tra imprese*, in *L'interpretazione secondo Costituzione nella giurisprudenza - Crestomazia di decisioni giuridiche*, Napoli, 2012, 391 ss. V. anche G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Ragion pratica*, 2005, 161 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 57.

(82) Cfr. Cass. Sez. un. 30 marzo 2011 n. 7186, cit.; Cass. Sez. un. 15 febbraio 2011 n. 3670, cit. Nella giurisprudenza europea v. Corte Giust. UE 12 dicembre 2000, *Ángel Rodríguez Caballero*, C-442/00, in *Racc.*, 2002, I, 11915, § 32.

Dolo e colpa, ai fini dell'applicazione del 2043 c.c., costituiscono "solo uno dei vari criteri giuridici mediante i quali le conseguenze dannose vengono trasferite sul piano patrimoniale dal danneggiato al danneggiante" (83). Non avendosi esplicite statuizioni in merito, dovrebbero essere i criteri generali derivati dalla clausola generale di responsabilità civile di cui all'art. 2043 c.c. ad applicarsi alla singola categoria.

È stato anche fatto notare (84) che la "tipizzazione degli illeciti di dolo" è finalizzata ad incrementare gli atti illeciti contro cui è possibile agire, dal momento che questa mira a sanzionare atti in potenza consentiti, ma perseguiti in virtù della presenza del peculiare elemento psicologico.

Tutto ciò non può rilevare nella fattispecie discriminatoria, ove opera una vera e propria "preferenza normativa", essendo superfluo individuare il dolo come elemento costitutivo della singola fattispecie, ed essendo poi l'illecito discriminatorio costituito non a vantaggio del soggetto attivo, ma a tutela e nell'interesse di chi subisce la condotta lesiva e vede intaccato il suo diritto a non essere discriminato (85).

Nell'andare a disciplinare i divieti di discriminazione, il legislatore, all'art. 43 dal d.lgs. n. 286 del 1998, non soltanto non richiama il dolo, ma addirittura "prescinde dalla colpevolezza", andando a creare una sorta di sistema di responsabilità oggettiva, similmente a quanto potanzi visto in tema di responsabilità aquiliana (86).

Perché si abbia discriminazione è richiesto ora, alternativamente, "lo scopo o l'effetto" ovvero l'"oggetto o la conseguenza" discriminatori (87), ora il "trattamento meno favorevole" (88), ora il "particolare svantaggio" (89) nell'accesso a beni o servizi e loro fornitura, prescin-

---

(83) F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 724.

(84) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 227 ss.

(85) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, cit., 1411.

(86) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, cit., 1411.

(87) V. art. 43, d.lgs. n. 286 del 1998; con riferimento alle molestie, artt. 2, comma 3, d.lgs. n. 215 del 2003 e 55 bis, commi 4 e 6, d.lgs. n. 198 del 2006.

(88) V. artt. 2, comma 1, d.lgs. n. 215 del 2003; 55 bis, comma 1, d.lgs. n. 196 del 2007.

(89) V. artt. 2, comma 1, d.lgs. n. 215 del 2003; 55 bis, comma 2, d.lgs. n. 196 del 2007.

dendo quindi in maniera integrale da qualsivoglia elemento psicologico di volontarietà, consapevolezza, colpevolezza, ecc. (90).

Ciò che quindi connota tale illecito, similmente a quanto previsto dalla clausola generale di responsabilità civile, è “l’irrelevanza della volontà dell’agente” ai fini della sua configurabilità: unico elemento caratterizzante la fattispecie astratta è il “profilo funzionale dell’atto”, espresso dalla creazione di un “effetto di ingiustificata disequaglianza connotata dalla presenza di un fattore di rischio” (91).

Al più, è possibile ipotizzare che l’intento manifestamente doloso possa incidere sulle concrete modalità di realizzazione della tutela e sulla scelta del singolo rimedio, così fungendo da “metro” dell’interprete ai fini, ad es., di una quantificazione del risarcimento del danno (tenuto conto della ritenuta valenza anche affittiva dei rimedi) (92). *Simili modo* è stato argomentato da chi, nel temere l’introduzione di una presunzione di discriminatorietà, che non sarebbe conforme al nostro ordinamento non esistendo alcun obbligo di eguale trattamento, ha ritenuto possibile individuare nella formulazione operata dal Legislatore nel 1998 un sistema binario: da un lato, “un’accezione di discriminazione fondata sull’intento perseguito, che prescinde dall’entità della situazione di disparità concretamente procurata”, dall’altro “una accezione incentrata sulla particolare incidenza lesiva della condotta, viceversa indifferente ad un sindacato in ordine all’elemento soggettivo”. Tali categorie consentirebbero di offrire una tutela elastica e quindi ampia: la rilevanza dello scopo discriminatorio fornirebbe protezione qualunque sia l’effetto conseguente alla condotta del soggetto passivo, mentre la “sufficienza dell’effetto consente di reprimere quelle condotte che [...] siano dotate di una tale incidenza sul piano effettuale, da rappresentare un grave ostacolo al godimento, in condi-

---

(90) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all’autonomia contrattuale*, cit., 1412.

(91) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all’autonomia contrattuale*, cit., 1412.

(92) V. art. 28, comma 6, d.lgs n. 150 del 2011. Cfr. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 279 ss. Si veda anche, in merito alla valenza affittiva del risarcimento dei danni in ipotesi discriminatorie, L. SITZIA, *Danno non patrimoniale da ritorsione avverso un’iniziativa antidiscriminatoria. Considerazioni critiche a margine di alcuni provvedimenti giurisprudenziali nel caso dei cartelli di divieto di Burqa e attività di “vu cumprà” apposti dal Comune di Varallo*, in [www.dirittocivile-contemporaneo.it](http://www.dirittocivile-contemporaneo.it).

zioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali da parte dei soggetti recanti il fattore di discriminazione” (93).

In conclusione, si ritiene che non sia possibile assimilare la discriminazione contrattuale ad un atto emulativo, o ad un illecito di dolo generico o specifico, giacché tali impostazioni, ponendo l’accento sul profilo soggettivo volontaristico, trascurano il nucleo della fattispecie in esame, ossia l’effetto *oggettivo* di diseguaglianza, oggettivamente privo di giustificazione.

Come si cercherà di spiegare nel successivo paragrafo, stante la poliedricità degli illeciti discriminatori, alla luce anche di quanto articolato nel par. 4 rispetto al ruolo del principio di eguaglianza nel contratto, risulta più soddisfacente, oltre che più in grado di adattarsi alle innumerevoli sfumature della casistica, la tesi di chi pone l’accento sul profilo funzionale dell’atto ed individua il nucleo normativo dei vari illeciti discriminatori nella creazione di un “effetto di ingiustificata diseguaglianza, connotata dalla presenza di un fattore di rischio” (94).

La terza tesi sulla configurazione dell’illecito discriminatorio avvia la sua analisi da un presupposto, ossia che disparità di trattamento non è di per sé sinonimo di discriminazione in quanto dalla normativa antidiscriminatoria è *expressis verbis* affermato che non può considerarsi discriminatorio quell’atto o comportamento “giustificat(o) oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari” (artt. 3, comma 4, d.lgs. n. 215 del 2003 e 55-*bis*, comma 7, d.lgs. n. 198 del 2006). Pertanto la libertà contrattuale dei privati resta impregiudicata nella misura in cui la scelta del contraente non si basi su una qualità personale che sia fattore di rischio, ma su una valutazione economica o non economica, e quindi su un interesse meritevole di tutela per l’ordinamento (95).

In quest’ottica, il comportamento negoziale, in qualunque forma, tipo o fase contrattuale si manifesti, configurerà una discriminazione vietata “qualora non sussista una ragione a fondamento della disparità di trattamento oppure quella addotta sia futile, ma vi corrisponda un notevole svantaggio per il soggetto passivo della condotta” (96).

---

(93) L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., 85 ss.

(94) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 204 ss., 230 ss.

(95) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 206.

(96) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all’autonomia contrattuale*, cit., 1398.

Questa tesi si fonda sull'assunto per cui non vi siano nel nostro ordinamento obblighi di parità di trattamento, ma dovere di tutelare la dignità sociale del singolo, giacché, come è stato ben evidenziato da altra attenta dottrina, "la logica e la struttura del diritto antidiscriminatorio sono rivolte a rimuovere le disparità di trattamento *ingiustificate*" in quanto il titolare del diritto a non essere discriminato non è "il soggetto appartenente ad un predeterminato gruppo 'svantaggiato' *in quanto tale*: lo è qualunque soggetto [...] che dimostri caso per caso che il trattamento deteriore subito sia la conseguenza immediata, diretta ed esclusiva di una determinata caratteristica della persona, che sia stata ritenuta *rilevante* dall'ordinamento" (97).

Oggetto del giudizio di cognizione sarà quindi la ricerca della giustificazione all'effetto di diseguaglianza arrecato dallo specifico comportamento, secondo il meccanismo che si esporrà a breve.

L'innovatività di tale posizione non è solo insita nelle categorie del ragionamento e nel rigore concettuale, ma promana anche dalla ragionevolezza nella prassi applicativa: la ricerca della giustificazione, più che della lesione della parità di trattamento, consente di evitare plausibili paradossi applicativi (98).

Si veda il caso delle banche etiche (99): la disparità di trattamento che questi soggetti possono attuare, nell'accettare o meno soggetti la cui condotta imprenditoriale sia rispondente a determinati principi morali, o nell'applicare a questi condizioni contrattuali deteriori, se a rigore analizzata secondo la logica della parità di trattamento, dovrebbe condurre a vedere in tali comportamenti delle logiche discriminato-

---

(97) D. LA ROCCA, *Principio di uguaglianza e divieti di discriminazione nel diritto europeo*, cit., 88 s. si noti che l'A. ritiene che il giudizio di accertamento della discriminazione abbia "natura *intrinsecamente comparativa*"; cfr. EAD., *Uguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, cit., 175, 182.

(98) Si noti che la più recente giurisprudenza risulta seguire tale impostazione, superando l'impostazione classica per la quale l'accertamento di una discriminazione necessita di un *tertium comparationis* ideale o reale. Si vedano, ad es., Trib. Roma ord. 8 marzo 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 964, ed anche Trib. Catania ord. 11 gennaio 2008, in *Foro. it.*, 2008, 1687, le quali, dopo aver verificato la sussistenza di una condotta del convenuto che ha posto il disabile-attore "in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone", riconoscono la sussistenza dell'illecito discriminatorio prescindendo da qualsiasi *tertium comparationis*, come anche dal dare rilievo all'elemento del dolo, e liquidano il danno non patrimoniale.

(99) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 211 s.

rie (100). Invece, valutare il comportamento sulla base di una “giustificazione ordinamentale” consente proprio di rimediare a possibili inique incongruenze.

In tale ottica si inserisce anche la previsione che alla discriminazione vietata sia stata assimilata la *molestia* (101), un comportamento lesivo di “un *diritto assoluto* a non essere intimiditi, degradati, umiliati o offesi (e dunque a non essere ‘svantaggiati’ e non già ‘più svantaggiati’) per le proprie caratteristiche soggettive”, a tutela delle quali il meccanismo di protezione approntato dal diritto comunitario “prescinde da una effettiva comparazione” (102).

Della tesi che configura l’illecito discriminatorio come un illecito di responsabilità oggettiva è stato contestato il meccanismo della “preferenza normativa”, in quanto sarebbe problematico individuare una giustificazione oggettiva della condotta contrattuale in conformità all’ordinamento. A ciò si è addotto, ad es., che le ipotesi di manodopera minorile, della produzione di armi da guerra, il gioco d’azzardo, o la pornografia (esempi ritenuti lampanti di fattispecie eticamente incerte) siano soggetti a giudizi morali differenti, e pertanto gli esiti applicativi di queste argomentazioni come fonti di giustificazione potrebbero essere diversi in funzione dell’interprete del caso di specie, del suo paradigma assiologico e dei suoi valori morali, essendo in tutto ciò “astorica l’idea di stilare una gerarchia degli interessi” (103).

Tuttavia, si ritiene di poter superare l’*impasse*. Pur non essendo il contesto adatto a tali analisi, si consideri a titolo meramente esemplificativo che: lo sfruttamento minorile è sanzionato e represso a livello internazionale (104) oltre che regolato in ambito costituzionale dall’art. 37 Cost.; la guerra — e quindi la produzione di armi a ciò destinate — è ripudiata dalla Repubblica Italiana già in Costituzione all’art. 11; sul

---

(100) D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 191 ss., ritiene irrilevante la “meritevolezza degli scopi etici dichiarati” ai fini dell’operatività del divieto.

(101) V. gli artt. 2, comma 3, d.lgs. n. 215 del 2003; 55-*bis*, commi 4 e 5, d.lgs. n. 198 del 2006.

(102) M. BARBERA, *Introduzione. Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, cit., XXXII.

(103) D. MAFFEIS, *Diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, cit., 178 ss.

(104) V. Convenzione ONU sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza del 1989, ratificata dall’Italia con legge n. 176 del 27 maggio 1991, art. 32, che revisiona il Principio Nono della “Dichiarazione dei diritti del fanciullo” approvata il 20 novembre 1959 dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

gioco d'azzardo basti pensare all'impegno dello Stato italiano in merito al fenomeno della ludopatia (105).

La causa di giustificazione potrà allora essere valutata sulla base di un giudizio di comparazione e bilanciamento tra gli interessi sottesi alla categoria negoziale in rilievo, oggetto di "desiderio" del potenziale discriminato, e l'interesse contrapposto fatto valere come giustificazione della disegualianza (106).

7. In genere la discriminazione non si manifesta in modo palese e facilmente ravvisabile. Il motivo che sottende la differenza di trattamento in molti casi non è espresso oppure è in apparenza giustificato come dovuto a un altro fattore. Peculiare è in tal senso la causa *Feryn*, in cui il titolare di un'impresa in Belgio aveva espressamente dichiarato, per mezzo di annunci pubblicitari e verbalmente, che nessun immigrato sarebbe stato assunto nella sua impresa, presumibilmente al fine di "assecondare" le tendenze nazionalistiche della sua clientela (107).

La difficoltà nel provare che il comportamento è stato causato dall'aver posto come determinante il fattore di rischio, poiché si è esclusa la configurabilità di un illecito di dolo, induce a ritenere non rilevante, ai fini dell'accertamento della violazione, l'elemento soggettivo.

Avvalora la tesi che la disciplina discriminatoria segua criteri di responsabilità oggettiva anche la configurazione dell'*onus probandi*.

---

(105) Si rimanda a [www.salute.gov](http://www.salute.gov) alla voce "ludopatia"; v. anche, a titolo informativo, L. 8 Novembre 2012, n. 289. In merito agli effetti della pornografia (tema dibattuto, come la prostituzione) ai rischi per la società e soprattutto per i giovani, e quindi alla possibile contrarietà di questa rispetto all'ordinamento — che ne legittimerebbero la configurabilità come causa di giustificazione — cfr. R. STELLA, *Il fenomeno di diffusione di massa della pornografia.*, in *Aggiornamenti sociali*, 1992, 213 ss. Più di recente, v. uno studio della *University of Georgia*, L. G. SIMONS, *Exposure to harsh parenting and pornography as explanations for males' sexual coercion and females' sexual victimization*, in [www.ncbi.nlm.nih.gov](http://www.ncbi.nlm.nih.gov), database di pubblicazioni biomedicali dello USA *National Center for Biotechnology Information*.

(106) Ci si riferisce alla lettura dell'autonomia contrattuale per cui questa non avrebbe un suo fondamento costituzionale unico, bensì sarebbe possibile individuare plurimi fondamenti, da accertare nel caso di specie in ragione della "utilità sociale" di quella specifica modalità di esercizio della libertà dei contraenti. Per una più ampia trattazione, si rimanda a P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2017, 451 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 327 ss.

(107) Corte Giust. UE 10 luglio 2008, causa C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, cit.



Secondo chi considera la discriminazione contrattuale un illecito di dolo, con riguardo alla disciplina processuale previgente al d.lgs. n. 150 del 2011 (108), all'interno di un giudizio l'attore dovrebbe provare sia il *fatto* (e quindi il rifiuto di contrattare o le condizioni deteriori) sia il *dolo* e quindi l'intento discriminatorio, ponendo in capo al convenuto solo l'onere di dimostrare l'impossibilità di soddisfare la richiesta del bene o del servizio (109).

Una tale configurazione dell'apparato probatorio però nuoce al soggetto passivo, giacché dimostrare l'intento doloso del convenuto-soggetto attivo non è di facile realizzabilità da parte di questo, che si troverà quindi svantaggiato rispetto al convenuto-discriminante, che dovrebbe solo provare l'impossibilità della prestazione.

Ponendo l'attenzione sulle concrete modalità operative, è stato ritenuto possibile superare questo *impasse* probatorio tramite una "interpretazione conforme al diritto comunitario" della norma recante la disciplina processuale, così da "configurare una presunzione legale relativa" in grado di meglio ripartire l'onere probatorio ed evitare in tal modo un eccessivo aggravio per il soggetto discriminato (110).

L'art. 28, comma 4, d.lgs. n. 150 del 2011, in merito statuisce che "*quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione*".

Si consideri, in aggiunta, che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, nelle controversie in materia di discriminazione è onere del soggetto passivo-attore far valere e "dimostrare, in un primo momento, i fatti che *consentano di presumere l'esistenza di una discriminazione* diretta o indiretta. Solamente nel caso in cui questi abbia provato tali fatti, spetterà poi al convenuto dimostrare che non vi sia stata violazione del principio di non discriminazione" (111). I soggetti convenuti potranno contestare la natura discriminatoria del comportamento da loro posto in essere "con qualsiasi

---

(108) Tale decreto ha avuto il merito di riunire e coordinare le azioni processuali precedentemente previste in tema di discriminazione, ma che, nei fatti, richiamavano pedissequamente o quasi lo schema previsto dall'art. 44 T.U.I.

(109) D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 175 ss.

(110) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 234.

(111) V. Corte Giust. UE 21 luglio 2011, C-104/10, *Kelly c. National University of Ireland*, in *Racc.*, 2011, I-06813, § 30; Corte Giust. UE 19 aprile 2012, C-415/10,

mezzo” (112) e potranno far valere la non discriminatorietà anche tramite una “serie di indizi concordanti” (113).

A mente del richiamato art. 28, a dover essere dimostrati in giudizio sono “atti, patti o comportamenti discriminatori”, elementi che, se provati, consentono di *presumere* l’avvenuta discriminazione. Non essendo ben chiaro l’oggetto dell’onere probatorio secondo tale norma, si può ragionevolmente richiamare la normativa comunitaria, ossia le direttive fondanti l’apparato antidiscriminatorio, che richiedono all’attore la prova di tutti quei “fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta”, dovendo così il convenuto provare “che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento” (114).

Considerando che l’introduzione di una presunzione da parte del legislatore è giustificata da un *favor* dell’ordinamento verso la parte più debole, che sceglie di “proteggere più efficacemente l’interesse della parte, esonerata dall’onere della prova, sì da renderne più agevole la difesa processuale” (115), ne discende che l’*intento* discriminatorio, comunque esso si atteggi, non è elemento che deve essere positivamente provato.

L’attore dovrà dimostrare la sussistenza di “un effetto di disegualianza, qualificato da un fattore di discriminazione, creato nell’eserci-

---

*Meister c. Speech Design Carrier Systems GmbH*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, 39, § 36 (corsivo aggiunto).

(112) Corte Giust. UE Grande Sez. 17 luglio 2008, C-303/06, *Coleman c. Attridge Law e Steve Law*, in *Racc.*, 2008, I-5603, § 55; Corte Giust. UE 25 aprile 2013, C-81/12, *Accept c. Consiliul National pentru Combaterea Discriminariilor*, cit., § 56; Corte Giust. UE 19 aprile 2012, C-415/10, *Meister c. Speech Design Carrier Systems GmbH*, cit., § 36.

(113) Corte Giust. UE 25 aprile 2013, C-81/12, *Accept c. Consiliul National pentru Combaterea Discriminariilor*, cit., § 58. Cfr. C. DI SALVO, *Discriminazione*, cit., 860 ss.

(114) V. artt. 8 dir. 2000/43/CE, e 9 dir. 2004/113/CE. Cfr. App. Trento, sez. lav., 23 febbraio 2016 n. 63, con nota di R.S. RUGIU, *Il caso della docente di una scuola religiosa: la discriminazione per orientamento sessuale nelle organizzazioni di tendenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 816 ss., ove la Corte ritiene che in presenza di dichiarazioni idonee a fondare la presunzione di una politica di assunzione discriminatoria, l’onere della prova, invertendosi, graverà sul datore di lavoro (presunto) discriminante, il quale dovrà dimostrare “di non aver violato il principio della parità di trattamento”. L’assenza di prova contraria indurrà, pertanto, a dover ritenere dimostrata giudizialmente la discriminazione.

(115) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 238 s. In specie cfr. *ibidem*, note 494 e 497.

zio della libertà contrattuale”, non perseguente finalità legittime o con mezzi necessari e proporzionati; provato tale comportamento, questo si presumerà discriminatorio. Nulla chiaramente impedirà al soggetto agente di provare l’*assenza* di una giustificazione della scelta contrattuale della controparte, e vanificare così l’eventuale apparato probatorio del convenuto (116).

La presunzione che si deduce dall’effetto di disuguaglianza ha natura *relativa*: infatti, al convenuto è rimesso l’onere di dimostrare “l’insussistenza della discriminazione”, e cioè di dare prova contraria di tale presunzione. Questi ha pertanto la facoltà di far valere in sede giudiziale una *giustificazione apprezzabile secondo l’ordinamento*, rispetto all’effetto di disuguaglianza che il suo comportamento avrebbe creato (117). Ragionamento simile si rinviene in una recente pronuncia della Corte di Appello di Trento che, in seno ad un giudizio inerente un licenziamento discriminatorio, ha ritenuto sufficiente che l’attrice — ex dipendente di scuola paritaria — assolvesse l’onere probatorio fornendo “indizi precisi e concordanti” rispetto alla sussistenza di un trattamento deteriore collegabile ad un suo fattore di rischio; così ponendo in capo all’ipotetico discriminante l’onere di dimostrare l’insussistenza della discriminazione o la giustificazione del comportamento contrattuale (118).

---

(116) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 239 ss.

(117) Così ragionando, chi affermi di cercare “inquilini cristiani” potrebbe non compiere una discriminazione, in virtù del fatto che il locatore vorrebbe concedere un singolo vano dell’immobile in cui egli risiede. Potrebbero così rilevare la tutela della vita privata nel proprio domicilio, l’autonomia della propria personalità, senza contare la connotazione *intuitus personae* di tale peculiare locazione. Cfr. *Alto Adige*: “Affitto casa solo ai cristiani”. *Polemiche per l’annuncio discriminatorio*, in *www.corriere.it*, 18 novembre 2017. Diverso, chiaramente, è il caso di AirBnb (cfr. § 2), ove sarebbe difficile far valere una causa di giustificazione analoga, sia per l’occasionalità del rapporto sorto online, che per la sempre maggiore difficoltà dell’*host* di conoscere, prima della stipula, dati personali di chi sta cercando un alloggio temporaneo, a seguito della odierna politica di non discriminazione adottata dal *marketplace*, in parte riformulata dopo la vicenda accennata *supra*, § 2.

(118) App. Trento, sez. lav., 23 febbraio 2016 n. 63, cit. La decisione, tuttavia, appare discutibile in quanto trattasi di una scuola confessionale (qualificabile quindi come organizzazione di tendenza) che sceglie di licenziare un’insegnante omosessuale perché durante le lezioni manifestava liberamente ideali in contrasto con quelli dell’istituto presso cui lavorava. La Corte ha qui ritenuto illegittimo il licenziamento principalmente per l’esistenza di un caso per certi aspetti analogo (un’insegnante convivente *more uxorio*) non sanzionato dalla scuola. Tuttavia, se è plausibile ipotizzare

In aggiunta agli elementi indiziari, è altresì ammesso il ricorso a dati statistici, al fine di dimostrare la sussistenza della discriminazione (119). Questi possono rivelarsi utili soprattutto ai fini della prova in ipotesi di discriminazioni indirette, perché in tali situazioni le norme o prassi in questione sono apparentemente neutre. In tal caso è necessario concentrarsi sugli effetti delle norme o prassi per dimostrare l'effetto discriminatorio (120).

Il presunto autore della discriminazione, oltre a contestare il fatto in sé, ha due vie per confutare la presunzione. Può dimostrare che il ricorrente non si trova effettivamente in una situazione analoga, o raffrontabile con quella dell'eventuale "termine di paragone", oppure dar prova che la diseguaglianza posta in essere non sia dovuta al motivo oggetto del divieto di discriminazione, bensì ad altre differenze oggettive.

Se il supposto autore non perviene a confutare la presunzione, dovrà allora argomentare a difesa del suo atto adducendo l'oggettiva ragionevolezza e proporzionalità del provvedimento adottato (121).

Quindi, ricapitolando, lo schema dell'impianto probatorio che si ricava dalla normativa attualmente vigente, alla luce del diritto comunitario, è il seguente:

1. la parte interessata deve fornire la prova del "fatto base" — rifiuto a contrattare o condizioni deteriori — e cioè dell'effetto di diseguaglianza a seguito di un fattore di rischio; non è necessario

---

la riconoscibilità di un eventuale risarcimento dei danni patiti dall'insegnante (qualora le modalità di interruzione del rapporto siano state lesive della sua dignità), si critica la decisione di condannare la scuola alla reintegra della lavoratrice: il diritto alla libertà organizzativa degli istituti scolastici privati, corollario del diritto alla scelta del tipo di istruzione che si vuole ricevere, o far ricevere ai propri figli, si fonda direttamente sull'art. 33 Cost.; dovrebbe quindi conseguire la legittimità dell'interruzione del rapporto di lavoro a seguito dei contrasti fra la persona dell'insegnante e i *core values* dell'istituto paritario. Memorabile in tal senso il caso Cordero, *leading case* rispetto alla libertà di docenza delle organizzazioni di tendenza: v. Corte cost. 29 dicembre 1972 n. 195. Cfr. anche A. PIZZOFERRATO, *Il regime del licenziamento nelle organizzazioni di tendenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, 638 ss.; F. ONIDA, *Il problema delle organizzazioni di tendenza nella direttiva 2000/78/EC attuativa dell'art. 13 del Trattato sull'Unione Europea*, in *Dir. eccl.*, 2001, 905 ss.

(119) Art. 28, comma 4, d.lgs. n. 150 del 2011.

(120) *Manuale di diritto europeo delle discriminazioni*, pubblicazione della European Union Agency for Fundamental Rights, organismo indipendente dell'Unione Europea, in *fra.europa.eu*, 137 s.

(121) *Manuale di diritto europeo delle discriminazioni*, cit., 134.

dimostrare che l'autore sia mosso da pregiudizio, ad es., che l'autore abbia opinioni razziste o sessiste per provare una discriminazione fondata sulla razza o sul sesso.

2. il giudice dovrà considerare provato l'illecito discriminatorio qualora sia giudizialmente accertata la realizzazione dell'effetto di diseguaglianza tramite la dimostrazione di "atti, patti o comportamenti discriminatori";

3. il convenuto dovrà per sua parte portare in giudizio elementi in grado di far acclarare l'insussistenza del fatto presunto a lui contestato, cioè la discriminazione; egli dovrà far valere la presenza di una giustificazione rispetto al fatto-base contestato dall'attore. Il convenuto-soggetto attivo della condotta dovrà dare la prova sia dell'esistenza e della meritevolezza di tutela del *fondamento giustificativo* dell'effetto discriminatorio, sia del *rapporto di proporzionalità* tra il primo e il secondo.

4. Non deve il convenuto provare necessariamente l'assenza di un intento discriminatorio, poiché, come appena illustrato, è irrilevante l'elemento soggettivo (122).

8. L'azione processuale introdotta nel 1998 dal T.U. sull'immigrazione, poi novellata dall'art. 28 del d.lgs. 150 del 2011, si impernia oggi sullo schema del procedimento sommario di cognizione previsto dall'art. 702-*bis* c.p.c.

Il menzionato art. 28 disciplina anche i poteri rimediali dell'autorità giudiziaria. Di tale norma, ciò che rileva in questa sede sono i commi dal 5 al 7, afferenti ai rimedi esperibili.

A grandi linee, ciò che caratterizza i rimedi contro le discriminazioni è una coltre di *effettività*. Secondo le dir. 2000/43/CE e 2004/113/CE le sanzioni devono essere "effettive, proporzionate e dissuasive" (123).

Da un primo sguardo a quanto stabilito dalla legge, se ne può ricavare la possibilità di ricorrere ad una vasta gamma di provvedimenti: dal risarcimento del danno (patrimoniale e non), alla tutela inibitoria (al fine di far cessare il comportamento pregiudizievole, ove possibile);

---

(122) La prova dell'*intento* discriminatorio è richiesta per le discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi solamente in materia penale, secondo Cass. 21 dicembre 2003 n. 46783, in *www.asgi.it*.

(123) V. considerando n. 26 dir. 2000/43/CE; considerando n. 27, dir. 2004/113/CE.

dalla pubblicazione della sentenza, alla tutela costitutiva — di cui si discutono le specifiche modalità di realizzazione — al fine di rimuovere gli effetti derivati dalla discriminazione.

Tale poliedricità dei rimedi è stretta conseguenza della *atipicità* dell'illecito discriminatorio, tangibile soprattutto nei molteplici fattori di discriminazione, nel variabile nesso di causalità, nel giudizio di accertamento, nell'ampiezza del fondamento del divieto. In particolar modo, attenzione andrà prestata dall'interprete a coniugare le istanze di "promozione della dignità umana" e di "salvaguardia di interessi economici" nella composizione del conflitto e nella scelta del rimedio del caso concreto (124).

L'effettività della tutela pretende che l'interprete sia attento e consapevole nella scelta del "giusto rimedio" (125), agisca con cautela nella comparazione degli interessi coinvolti e, soprattutto, si lasci guidare dai criteri di "*ragionevolezza*, sul versante qualitativo, e *proporzionalità*, sul versante quantitativo" nella risoluzione del conflitto, al fine di adottare lo strumento di tutela meglio in grado di reprimere la creazione ingiustificata della disuguaglianza (126).

Tenuto conto della necessità di individuare caso per caso il fondamento assiologico specifico dell'atto concreto di autonomia negoziale — e quindi il fondamento dei relativi limiti (127) — sarà onere dell'autorità giudiziaria effettuare il bilanciamento tra gli interessi costituzionali rilevanti nel caso di specie. Dal rapporto di equivalenza o prevalenza tra interessi, il giudice dovrà lasciar orientare il suo giudizio all'interno di questa delicata fase (128).

Nell'individuare i rimedi e la *forza afflittiva* di questi, sarà necessario che l'interprete valuti l'*incidenza* dell'effetto di disuguaglianza in tutte le sue caratteristiche, tenendo conto ad es. dell'intensità del nesso causale, del contesto di realizzazione, dell'incisività delle giustificazioni stesse. La sfida, per l'interprete, risiede proprio nella *omnicomprensività* necessaria che deve sottostare alla sua valutazione.

---

(124) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 218.

(125) V. P. PERLINGIERI, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 1 ss.

(126) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 219 s. (corsivo aggiunto).

(127) Cfr. P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., 451 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 327 ss.

(128) Cfr. P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., 457 ss.

L'effettività si può desumere anche dal novero dei soggetti legittimati ad agire contro il discriminante: è infatti previsto che non solo il soggetto leso, ma anche terzi possano adire il giudice in sua vece (129). In virtù di quest'ampia legittimazione processuale attiva, possono agire in giudizio "in nome, per conto o a sostegno" del soggetto passivo della discriminazione una serie di soggetti collettivi (si pensi alle cc.dd. associazioni di categoria) espressamente individuati sulla base di una previa approvazione ministeriale (130). Tale previsione risulta significativa giacché legittima e probabilmente incoraggia il ricorso a *class action*, e la possibilità di un'estensione del giudicato *secundum eventum litis* (131), ossia di estendere gli effetti positivi del giudicato anche a chi non sia stato parte processuale, concorre al raggiungimento di quell'effettività della tutela che orienta e informa questa disciplina.

Si cercherà ora di ripercorrere, tramite una breve panoramica, i punti salienti delle varie tutele approntate dall'ordinamento, le quali presentano alcuni nodi critici, e le relative soluzioni offerte dalla dottrina.

8.1. L'art. 28, comma 5, del d.lgs. n. 150 del 2011 prevede la possibilità di ottenere dal giudice un ordine di "cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole". Tale ordine è subordinato all'"attualità" della condotta pregiudizi-

---

(129) Cfr. art. 5, d.lgs. n. 215 del 2003, e art. 55-*septies*, d.lgs. n. 198 del 2006. V. anche Cass. sez. lav. 8 maggio 2017 n. 11165, cit.

(130) La legittimazione discende da un previo riconoscimento: si veda il d.P.C.M. del 9 aprile 2010, n. 47213, per le discriminazioni per motivi razziali ed etnici; v. d.P.C.M. del 5 marzo 2010, n. 47825, in merito alle discriminazioni legate a fattori di disabilità. Come bene evidenzia C. DI SALVO, *Discriminazione*, cit., 874 ss., la legittimazione attiva di enti di associazioni di categoria non è richiamata da tutte le singole fonti in materia. Ciononostante, si ritiene che, in virtù di quella necessaria interpretazione sistematica che vuole connotare tale lavoro, dovrebbe ritenersi ammissibile l'azione processuale da parte di associazioni riconosciute a prescindere dal fattore discriminatorio, pensa un forte *vulnus* al diritto di difesa. Si veda, da ultimo, T.A.R. Genova 4 aprile 2016 n. 321, in *Banca dati JusExplorer*. Cfr., per un'esposizione chiara e concisa dello schema processuale di tale azione, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Rimini, 2015, 360 ss., e C. DI SALVO, *Discriminazione*, cit., 843 ss. L'art. 42 del d.lgs. n. 286 del 1998, consente, a seguito della modifica introdotta dall'art. 19, l. n. 47 del 2007, la possibilità che le associazioni di categoria tutelino agendo in giudizio anche i minori non accompagnati.

(131) C. DI SALVO, *Discriminazione*, cit., 878. Cfr. anche R. CAPONI, *Il giudicato civile dimensionato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 941 ss.

zievole, alla permanenza degli effetti di una condotta discriminatoria, o alla presumibile reiterazione della stessa (132).

Questo rimedio rileverà con maggior vigore qualora l'illecito si realizzi — e sia ivi confinato — nella fase precontrattuale, come rifiuto di iniziare o di proseguire la trattativa; ma potrà trovare applicazione anche nel caso di discriminazione-trattamento deteriore, qualora si riservino alla controparte condizioni più svantaggiose o non si inseriscano nel regolamento le eventuali condizioni di favore dovute, ad es., nell'ambito di una contrattazione seriale (133).

Il provvedimento si atteggerà come *inibitoria positiva* obbligando il convenuto ad un *facere*, e quindi a contrattare ponendo fine alla discriminazione (purché sussista disponibilità materiale del bene o del servizio e la conclusione del contratto sia possibile); o come *inibitoria negativa*, imponendo obblighi di *non facere*, valevoli *pro futuro* (134).

Là dove il soggetto attivo persista nella condotta illecita, non adempiendo all'obbligo di trattare in modo corretto, la circostanza potrà essere valutata in sede di liquidazione del danno risarcibile — o, eventualmente, ai fini della tutela reale di cui si tratterà *infra*.

Nel caso, invece, di predisposizione di singole clausole dalle quali discenda un trattamento deteriore, la discriminazione “penetra nel contenuto del regolamento contrattuale, incidendo negativamente soltanto su alcune clausole”, sì da comportare la nullità parziale, con l'eventuale integrazione o correzione del contratto (135). L'inibitoria

---

(132) C. DI SALVO, *Discriminazione*, cit., 866.

(133) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 256 ss.

(134) Cfr., soprattutto in tema di ammissibilità di inibitoria positiva, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 144 ss.; D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 283.

(135) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, cit., 1415 s., ritiene preferibile “collegare l'eventuale correzione o integrazione del contratto al potere giudiziale di rimozione degli effetti della discriminazione ex art. 28, comma 5, d.lgs. n. 150 del 2011”, piuttosto che all'inserzione automatica delle clausole generalmente adottate dal contraente ex art. 1339 c.c. (v. G. PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970, 313 ss.) o alla rettifica quale “forma di risarcimento in forma specifica ex art. 2058 c.c.” (R. SACCO, in ID. e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 100; D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 286). Si veda anche, riguardo alle ipotesi di integrazione e rettifica del contratto, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Milano, 2015, III, 499 ss., 601 ss., 639 ss.; A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2015, 579 ss. Cfr. anche B. CHECCHINI, *Discriminazione contrattuale e tutela della persona*, cit., 215 ss., 222 ss.



potrà soccorrere anche per evitare reiterazioni del comportamento discriminatorio, specie nell'ambito di contrattazioni seriali (es. condizioni generali di contratto, contratti per adesione, ecc.). L'ordine di *non facere* si atteggia qui come inibitoria negativa (136). Il giudice ha, infatti, anche la facoltà di adottare un piano di rimozione delle discriminazioni accertate (art. 28, comma 5), proprio al fine di evitare la reiterazione delle condotte illecite, soprattutto nel caso di discriminazioni collettive (per cui è previsto il parere, obbligatorio non vincolante, dell'ente collettivo ricorrente, specie nel caso di *class action*) (137).

In ambedue le ipotesi, sarà necessario che l'interprete effettui una "valutazione comparativa degli interessi coinvolti", in maniera tale da comparare e bilanciare gli interessi "in gioco" nella fattispecie concreta: siffatta ricostruzione imporrà il ricorso al rimedio inibitorio solo qualora, in assenza di una "ragione giustificatrice accettabile per l'ordinamento", l'interesse fatto valere dall'attore risulti prevalente rispetto a quello del convenuto discriminante (138).

8.2. L'art. 28 del d.lgs. 150 del 2011 al comma 5 conferisce al giudice la facoltà di disporre per le controversie discriminatorie del risarcimento del danno, anche non patrimoniale. Lo stesso art. 28, al comma 6, individua come criteri da valutare per la liquidazione del danno, "il fatto che l'atto o il comportamento discriminatorio costituisca(a)no ritorsione ad una precedente azione giudiziale" ovvero che lo stesso atto o fatto sia stato una "ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento". Inoltre, è prevista dal comma 7 la possibilità che il giudice ordini "la pubblicazione del provvedimento, per una sola volta e a spese del convenuto, su un quotidiano di tiratura nazionale".

È possibile trarre alcune considerazioni da questi dati normativi.

Al fine di evitare il ricorso alla clausola generale di responsabilità, il legislatore ha previsto un fondamento autonomo per il risarcimento dei danni eventualmente derivati da una discriminazione contrattuale,

---

(136) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, cit., 1415.

(137) C. DI SALVO, *Discriminazione*, cit., 868 ss.

(138) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 259.

risarcimento che deve essere integrale (139). A ciò va poi affiancato l'espresso riconoscimento della risarcibilità del danno non patrimoniale.

Si consideri che, se sussiste un diritto assoluto a non essere discriminati, come in effetti le Sezioni Unite hanno riconosciuto (140), se ne può ricavare che il danno sarebbe stato ugualmente risarcibile anche in assenza della previsione normativa e che, in aggiunta, la risarcibilità opera anche per quei danni non economicamente quantificabili, coerentemente a quanto indicato dalla stessa Suprema Corte (141).

In merito all'onere probatorio ai fini risarcitori, non può ritenersi *in re ipsa* il pregiudizio per il sol fatto che si sia avuta una discriminazione, dal momento che il danno non patrimoniale non si presume (142), pertanto l'attore dovrà dimostrare in giudizio l'effettività della lesione. Tuttavia, questi potrà ricorrere a presunzioni semplici e valutazioni prognostiche sulla base di elementi obiettivi, sulla base di quanto evidenziato in precedenza (143) e degli ordinari criteri di responsabilità.

---

(139) Si veda Corte Giust. UE 17 dicembre 2015, C-407/14, *Camacho c. Securitas Seguridad España SA*, in *www.asgi.it*.

(140) Cass. Sez. un. 15 febbraio 2011 n. 3670, cit.

(141) Cfr. Cass. 8 maggio 2015 n. 9320, ed anche Cass. 18 giugno 2015 n. 12594, in *Danno non patrimoniale: gli ultimi chiarimenti della Cassazione*, in *www.diritto24.it*, con cui la S.C. va ad integrare ed arricchire quanto affermato precedentemente con le "sentenze di San Martino" (Cass. n. 26972-3-4-5 dell'11 novembre 2008). V. anche P. VIRGADAMO, *Danno non patrimoniale e "ingiustizia conformata"*, cit., 46 ss., 257 ss. *Breviter*, secondo la Cassazione, in assenza di un'espressa previsione legale della risarcibilità o di una fattispecie di reato, il danno ex 2059 c.c. può essere risarcito qualora sussista "un'ingiustizia costituzionalmente qualificata", cioè una lesione di un valore tutelato dalla Costituzione. Nel caso specifico il valore offeso viene riscontrato nella pari dignità sociale di cui all'art. 3, comma 1, Cost.; cfr. L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., 290 e B. CHECCHINI, *Discriminazione contrattuale e tutela della persona*, cit., 228 ss.

(142) Si veda P. VIRGADAMO, *Danno non patrimoniale e "nuova ingiustizia conformata": le "quattro stagioni" dell'art. 2059 c.c. in attesa della Corte Costituzionale?*, in questa *Rivista*, 2010, 598 ss., e Id., *La tutela risarcitoria del danno non patrimoniale patito dai disabili: dalle barriere architettoniche alla l. n. 67 del 2006*, in *Giust. civ.*, 2007, 263 ss. In merito al danno non patrimoniale, è rifiutata la visione del c.d. danno *in re ipsa*, cioè del danno che si presume sol perché viene riconosciuta la lesione di un bene protetto. Il danno giuridico può consistere non nella lesione, ma nelle sue conseguenze, che possono anche non aversi, così come lesione e danno possono avere "natura tra loro diversa nel senso che dalla lesione di un interesse patrimoniale può derivare un danno non patrimoniale e viceversa".

(143) V. *infra*, § 7.

Pur avendo il risarcimento natura satisfattiva, in tal caso emergerebbe, secondo alcuni, anche la sua valenza afflittiva, sanzionatoria e deterrente (144), nei confronti del convenuto-soggetto attivo, e si deduce ciò particolarmente dal dato normativo: a differenza di quanto generalmente previsto per il danno non patrimoniale, ove rileva l'entità della lesione, l'art. 28, comma 6, riconduce la quantificazione del nocumento da risarcire anche alla gravità della condotta e al suo costituire una ritorsione o ingiusta reazione (145).

Tale norma può, invero, rivelarsi utile al fine di impedire la reiterazione della condotta illecita, svolgendo così una funzione "general-preventiva", oppure, più verosimilmente, di affliggere in una certa misura il soggetto attivo, scoraggiando lo stesso dal perpetrare il suo comportamento — e rivestendo così un ruolo, per così dire, "special-preventivo".

In tal senso, si segnala al Lettore una recentissima pronuncia della Corte di Appello di Palermo. In sede di rinvio dalla Corte di Cassazione, la Corte panormita ha condannato il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ed il Ministero della Difesa a risarcire, a titolo di "danno morale", nella misura di centomila euro, un giovane siciliano che, dichiaratosi omosessuale alla visita di leva, si era visto revocare la patente di guida a causa della propria identità sessuale. La Corte *ad quem* ha sottolineato come una somma inferiore "non sarebbe idonea

---

(144) Secondo le direttive comunitarie, le sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive. Ha posto alcuni interrogativi il requisito della dissuasività, poiché nel nostro ordinamento la tutela risarcitoria non avrebbe valenza punitiva o dissuasiva, ma sarebbe concepita come strumento di ripristino, in forma specifica o per equivalente, della situazione esistente prima dell'illecito. In tal senso, e auspicando un nuovo dibattito sui *punitive damages*, anche alla luce del noto arresto della Cassazione a Sezioni unite del 5 luglio 2017 n. 16601, Cfr.: G. CASTELLANI, voce *Discriminazione (divieto di)*, cit., 240 s.; C. SCOGNAMIGLIO, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2016, 1120 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 e 44 del T.U. sull'immigrazione*, cit., § 7.

(145) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 279 ss. L'A. mette in luce come in realtà tale ampia valenza sia non di rado frustrata dalle timide applicazioni della giurisprudenza di merito, che ha fatto ricorso più al criterio del valore dell'affare che a quello della gravità dell'offesa. Si veda anche, in merito alla valenza afflittiva del risarcimento di tale fattispecie, L. SITZIA, *Danno non patrimoniale da ritorsione avverso un'iniziativa antidiscriminatoria. Considerazioni critiche a margine di alcuni provvedimenti giurisprudenziali nel caso dei cartelli di divieto di Burqa e attività di "vu cumprà" apposti dal Comune di Varallo*, in *www.dirittocivile-contemporaneo.it*.

al ristoro dei pregiudizi subiti”: la *gravità* del danno giustifica (o, forse, rende dovuto) l’elevato ammontare del risarcimento, in virtù della necessità di ristorare l’oltraggio alla personalità subito, indubbiamente vessatorio, nonché foriero di sfiducia nelle istituzioni giacché proveniente da organi dello Stato (146).

È anche prevista, come peculiare forma di ristoro del danno subito, ai sensi dell’art. 28, comma 7, d.lgs. n. 150 del 2011, la pubblicazione della sentenza, per una sola volta, su un quotidiano di tiratura nazionale, si da offrire all’attore la possibilità di una sostanziale riparazione della lesione. Tale rimedio, pur nella sua incapacità di consentire il raggiungimento del bene della vita agognato, presenta la capacità di ristorare la “sete di giustizia” della vittima ed in una certa misura risanare l’offesa alla sua dignità (147).

8.3. La tutela costitutiva inerente al divieto di discriminazione è quella che ha suscitato maggiori interrogativi in dottrina.

L’art. 28, comma 5, d.lgs. n. 150 del 2011, da parte sua, attribuisce al giudice la possibilità di adottare ogni provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti della discriminazione. Ciò si palesa già con la tutela inibitoria, consentendo al giudice di emettere un ordine di contrattare in caso di rifiuto discriminatorio, permettendogli di correggere o integrare il regolamento contrattuale. In merito, però, all’ordine di contrattare, la norma non si pronuncia sulla possibilità che il condannato non ottemperi all’ordinanza del giudice.

Non può escludersi l’applicazione del disposto dell’art. 388 c.p. che commina una sanzione in caso di mancato ottemperamento di un ordine giudiziale e che, come chiarito dalle Sezioni Unite, si applica anche nell’ipotesi di inadempimento di obblighi di fare infungibili (148).

Tuttavia si ritiene tale rimedio non pienamente soddisfacente in

---

(146) App. Palermo 28 febbraio 2018 n. 431; v. anche il giudizio *a quo*, Cass. 22 gennaio 2015 n. 1126, in questa *Rivista*, 2015, 928 ss.

(147) Cfr., analogicamente, D. ACHILLE, *Diffamazione a mezzo stampa e danno: la pubblicazione della sentenza di merito ha natura ‘ripristinatoria’*, nota a Cass. 21 gennaio 2016 n. 1091, in *Dir. giust.*, 2016, 30 ss. La Suprema Corte, nella pronuncia commentata, rileva che la pubblicazione su quotidiani della sentenza di condanna ha natura di risarcimento in forma specifica, ed è volta ad una integrale riparazione del danno causato all’immagine pubblica ed alla sfera intima del soggetto leso.

(148) Cass. sez. un. 5 ottobre 2007 n. 36692. V. C. DI SALVO, *Discriminazione*, cit., 870 ss.

quanto, pur avendo tale norma ricadute penali potenzialmente lesive dell'autonomia del discriminante (149), non è misurabile l'effetto deterrente della sanzione penale sul soggetto condannato (tranne forse nel caso di soggetto imprenditore per le limitazioni che questa è in grado di determinare nel campo professionale), ma soprattutto poiché il ricorso a tale misura non sembra idoneo a soddisfare l'esigenza al bene della vita del soggetto leso. Peraltro, l'ampiezza dell'espressione usata dal legislatore ("ogni [...] provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti" della discriminazione) induce a ritenere concretamente ammissibile una tutela costitutiva, coerentemente con le esigenze di efficacia ed effettività che informano la normativa in esame (150).

La possibilità, a determinate condizioni, di un "contratto imposto" per tramite di una sentenza costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c. è comunemente rifiutata dalla dottrina maggioritaria. Tale norma richiede che sussista un previo "obbligo a concludere un contratto" di natura volontaria o legale, mentre i rimedi civilistici contro le discriminazioni presuppongono l'assenza di vincoli giuridici, nei casi di rifiuto, o di rapporti contrattuali sfavorevoli, nelle ipotesi di trattamenti deteriori (151); nondimeno, è arduo rinvenire anche per via analogica la sussistenza di obblighi a contrarre valevoli in controversie discriminatorie, né può ritenersi che sussista un obbligo a contrarre allorquando un soggetto venga discriminato, poiché dovrebbe valutarsi caso per caso, ogniquale volta un contratto non sia sorto, se ad impedire la nascita del vincolo sia stata solo ed esclusivamente l'altrui qualità.

Il ricorso al 2932 c.c. potrebbe quindi relegarsi solo alla eventuale

---

(149) Cfr. G. MANERA, *Brevi spunti sulla nozione di 'elusione' dell'esecuzione del provvedimento del giudice di cui all'art. 388, comma 2 c.p.*, nota a Cass. pen. 18 novembre 1999 n. 2925, in questa *Rivista*, 2001, 118 ss.; E. CECCARELLI, *Basta una sola condotta consapevole di eludere il provvedimento del giudice ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 388 c.p.*, nota a Cass. pen. 4 giugno 2010 n. 32562, in *Dir. giust. online*, 422 ss.

(150) V. considerando n. 26 dir. 2000/43/CE; considerando n. 27, dir. 2004/113/CE.

(151) D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 277 s.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile*, cit., 36; B. TROISI, *Profili civilistici del divieto di discriminazione*, cit., 302; E. CONTU, *op. cit.*, 199. *Contra*, V. TURCO, *Lotta alla discriminazione dei disabili. Doppia tutela: inibitoria e risarcitoria*, in *Dir. giust.*, 2006, 104, il quale ritiene ammissibile una pronuncia costitutiva che, ai sensi del 2932 c.c., produca gli effetti del contratto non concluso. Cfr. in tema di sentenza esplicitante gli effetti *ex* 2932 c.c., F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 655 ss.

ipotesi di inadempimento, connotato da carattere discriminatorio, di un precedente vincolo a contrarre. Ma in tal caso si esulerebbe dall'ambito applicativo precipuo dell'azione prevista dal citato art. 28, giacché la valenza del pregiudizio — in particolare si pensi all'eventualità di un rifiuto di adempiere il precedente obbligo caratterizzato da modalità offensive della dignità della persona — potrebbe rilevare solo ai fini risarcitori, per i quali ben potrebbe farsi ricorso agli ordinari strumenti di responsabilità per lesione di diritti afferenti i danni, patrimoniali e non.

Cionondimeno, l'esclusione della sentenza di cui all'art. 2932 c.c. non fa venir meno la possibilità di una tutela che sia pienamente soddisfattiva e che quindi consenta di ottenere quello specifico contratto che, in assenza della discriminazione, si sarebbe concluso.

È stata avanzata una tesi secondo cui la tutela reale potrebbe ugualmente aversi in virtù del "risarcimento in forma specifica" previsto dall'art. 2058 c.c.: il discriminato potrà chiedere al giudice la reintegrazione in forma specifica, e quindi una sentenza che "imponga" il contratto. Tale facoltà potrà essere esercitata secondo le condizioni ordinariamente previste dalla norma, per cui opereranno sia il limite della *possibilità* dell'esecuzione in forma specifica che quello della *non eccessiva onerosità* (152).

Il contratto sarà eccessivamente oneroso, quindi non potrà essere disposto giudizialmente, qualora, ad esempio, sia necessaria per il contraente una riorganizzazione della propria attività d'impresa, o serva una specifica attività *preparatoria* dell'adempimento (153), o si debbano sostenere dei costi ingenti e sproporzionati rispetto al valore dell'affare.

Più incisivo è il requisito della *possibilità*: il contratto sarà infatti "possibile" non solo qualora si abbia la residua disponibilità materiale del bene o del servizio, ma anche — e soprattutto — qualora ne "sia stato determinato il contenuto", preventivamente al rifiuto discriminatorio, in una fase della formazione del singolo contratto antecedente, o nell'offerta o invito ad offrire, o nelle trattative svolte con la controparte-discriminata, o nelle trattative avute con altre controparti con le quali il contraente abbia interagito sulla base della medesima dichiara-

---

(152) D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 279 ss.; L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., 302 s. Si veda, in tema di risarcimento in forma specifica ex 2058 c.c., F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 746.

(153) D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 280.

zione rivolta al pubblico (154). Si intravede, anche in tal caso, il medesimo timore ricorrente, ossia una potenziale lesione dell'autonomia contrattuale.

Questa soluzione è stata oggetto di critiche. Si è ritenuto non “appagante rinvenire nell'art. 2058 c.c. il fondamento di ammissibilità della sentenza costitutiva degli effetti del contratto non concluso”, sulla base dei seguenti rilievi (155):

a) il risarcimento in forma specifica non produce un rapporto giuridico *ex novo*, ma offre la *restitutio in integrum* della “situazione materiale che si sarebbe avuta in assenza dell'illecito”;

b) il contratto imposto con sentenza costitutiva non può essere ricondotto alle “forme ordinarie di riparazione in natura” — che invece sono caratterizzate dalla condanna del convenuto ad un *facere* con cui eliminare le conseguenze del fatto illecito;

c) infine, il contratto imposto non può essere oggetto di una sentenza di condanna — naturale presupposto del risarcimento di cui all'art. 2058 c.c. — ma necessiterà, chiaramente, di una sentenza costitutiva, dovendosi per l'appunto costituire un vincolo giuridico *ex novo*.

La dottrina in esame offre un percorso rimediale alternativo, al fine di ottenere una tutela reale.

Giacché la disposizione di riferimento consente espressamente al giudice l'adozione di “ogni provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti” della discriminazione, ad avviso di tale dottrina è possibile ritenere applicabile al caso di specie l'art. 2908 c.c. (156).

Questa norma disciplina gli “effetti costitutivi delle sentenze” e legittima il giudice a “costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici”, ma solo “nei casi previsti dalla legge”. Così, il già menzionato art. 28 ben potrebbe essere considerato come uno dei casi legittimanti il giudice all'emissione di una sentenza costitutiva, in

---

(154) D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 280.

(155) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 265 ss. Si associa timidamente ai rilievi critici B. CHECCHINI, *Discriminazione contrattuale e tutela della persona*, cit., 225, la quale, escludendo il richiamo agli artt. 2932 e 2058 c.c., ritiene in ultima analisi che la previsione normativa del citato art. 28 sia la fonte legittimante la tutela reale.

(156) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, cit., 1417.

quanto attribuisce all'autorità giudiziaria un potere dai confini atipici, che effettivamente ben può realizzarsi tramite l'art. 2908 c.c. (157).

La sentenza con effetti costitutivi sarebbe subordinata — a differenza del rimedio previsto dall'art. 2058 c.c. — solo alla mera *possibilità* del contratto, ossia la “disponibilità materiale del bene o del servizio” e ad un regolamento contrattuale “sufficientemente determinato” o ugualmente determinabile. Sarà pertanto necessario che si sia raggiunta “un'intesa sugli elementi essenziali del contratto” previamente al verificarsi del rifiuto discriminatorio che ha portato alla rottura delle trattative — evidentemente in una fase ormai avanzata — oppure che si abbia una contrattazione seriale analoga, da cui desumere il contenuto da attribuire al contratto costituendo.

Conforta quest'ultima tesi anche un'analisi sulla concreta attuazione dei rimedi qui citati. La tutela di cui all'art. 2908 c.c. “realizza direttamente la pretesa rimasta insoddisfatta”, in quanto l'effetto costitutivo si produce *ipso iure*, “senza l'attuazione di un procedimento esecutivo” — a differenza di quanto si verifica con la sentenza di condanna.

Per questo motivo, sarebbe forse più opportuna la definizione di “sentenza produttiva degli effetti del contratto”, piuttosto che di “contratto imposto”, in quanto in realtà non si realizza la stipula forzosa di un contratto, ma la sentenza costitutiva produce *ipso iure* gli effetti del contratto non concluso ed il diritto controverso si acquista automaticamente, in forza dell'efficacia tipica del provvedimento giudiziale (che è titolo autonomamente trascrivibile) (158).

Risulta preferibile questa ricostruzione, in quanto il rimedio costitutivo così delineato, poi, non sarebbe vincolato al rispetto del limite dell'eccessiva onerosità — come invece lo è il risarcimento in forma

---

(157) A. DI MAJO, *La c.d. tutela specifica per violazione degli obblighi di assunzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1979, 954, sosteneva già allora, in tema di contratti di lavoro, l'impossibilità di escludere aprioristicamente una eventuale integrazione *ope iudicis* dell'assetto di interessi delle parti, al ricorrere indici obiettivi che ne consentissero l'impiego, e, *ibidem*, la possibilità di configurare nel nostro ordinamento sentenze di tipo ‘modificativo-determinativo’, le quali si differenzerebbero da quelle meramente accertative e costitutive per coniugare il principio di diritto sostanziale dell'integrazione degli effetti del contratto, emergente dagli artt. 1374 e 1346 c.c., con la forma processuale di tutela assicurata dalla pronuncia *ex art.* 2908 c.c. La tesi risulta tutt'oggi persuasiva, in specie nel settore qui in esame. Cfr. anche P. SCIORTINO, *Sulla sentenza costitutiva dell'obbligo di concludere un contratto di lavoro e sui suoi presupposti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, 95, nota a Cass. 5 maggio 2004 n. 8568, sez. lav.

(158) Cfr. F. GAZZONI, *op. cit.*, 886.



specifica — e prescinde dalla presenza dello stesso “danno giuridico”. Infatti, il risarcimento in forma specifica come quello per equivalente sono forme soddisfatorie di strumenti rimediali, funzionali a garantire un ristoro a seguito del danno ingiusto e all’eliminazione materiale delle conseguenze pregiudizievoli che il fatto illecito ha causato. La tutela reale contro le discriminazioni è, invece, una tutela che *si aggiunge*, completa e si pone come concorrente a quella risarcitoria; inoltre la sua funzione precipua non è quella di compensare la perdita subita, bensì di soddisfare “in via diretta e immediata l’interesse deluso”, derivante dal “diritto al contratto” vantato dal soggetto leso (159).

Si ritiene, in conclusione, che potrebbero residuare zone d’ombra in ordine a quei “contratti costituiti con sentenza” ove prestazione e controprestazione sono connotati da periodicità, come i contratti di durata e i contratti a esecuzione continuata o periodica: si pensi ad una sentenza che abbia disposto un contratto di locazione o di somministrazione.

Appare incerta la modalità di scioglimento del costituito vincolo, giacché è presumibile che, a prescindere dalla permanenza delle ragioni discriminatorie, colui al quale sia stato imposto un contratto per un determinato periodo di tempo cercherà di liberarsi dal vincolo coattivo, verosimilmente servendosi degli ordinari mezzi previsti dall’ordinamento. Pertanto, il discriminante che ha “subito” il contratto ha facoltà di recedere dallo stesso o di non rinnovarlo alla scadenza? O si deve, invece, ritenere che lo stesso sia assoggettato al mero arbitrio della controparte, così da “essere liberato” dal vincolo solo qualora decida di farlo la controparte precedentemente discriminata?

La lacunosità giurisprudenziale in merito, stante la difficoltà con cui la giurisprudenza si approccia agli strumenti antidiscriminatori, non offre casi concreti di tal genere da cui avviare una riflessione.

È pertanto plausibile ipotizzare che, contro il discriminante che scelga di porre nel nulla il rapporto giuridico imposto, debba agirsi per mezzo del procedimento regolato dall’art. 28 del d.lgs. n. 150 del 2011 (160): la sentenza costitutiva è di per sé titolo autonomo che, nel

---

(159) G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all’autonomia contrattuale*, cit., 1417.

(160) Poiché la normativa antidiscriminatoria offre tutela in ogni fase dell’attività contrattuale, si ritiene vada preferito questo rimedio, piuttosto che quello, ad es., del procedimento di esecuzione; Cfr. *infra*, § 3; ed anche AA. VV., *L’esecuzione forzata - Lezioni*, C. DELLE DONNE (a cura di), Torino, 2013, 11 ss.

momento in cui “prende il posto” del contratto, vive secondo le regole di quest’ultimo. Potrebbe in tal modo astrattamente avviarsi un ciclo infinito di ricorsi discriminatori, che invero avrà fine (o forse proprio per questo motivo non avrà mai inizio) nel caso in cui il ricorrente contro la discriminazione scelga di chiedere un risarcimento per equivalente. A tal riguardo, può tornare utile la previsione del citato art. 28, comma 6, per il quale il giudice, nel quantificare il risarcimento, valuta “il fatto che l’atto o il comportamento discriminatorio costituisca(r)no ritorsione ad una precedente azione giudiziale” ovvero che lo stesso atto o fatto sia stato una “ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento”.

MICHELE CIANCIMINO