



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE ED AZIENDALI
"M. FANNO"**

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE

CORSO DI LAUREA IN ECONOMIA

PROVA FINALE

"Il principio di non discriminazione nel contratto e l'autonomia privata"

RELATORE:

CH.MA PROFESSORESSA Bianca Checchini


LAUREANDO/A: Viviana Alessia Celmanti

MATRICOLA N. 2000721

ANNO ACCADEMICO 2022 – 2023

Dichiaro di aver preso visione del “Regolamento antiplagio” approvato dal Consiglio del Dipartimento di Scienze Economiche e Aziendali e, consapevole delle conseguenze derivanti da dichiarazioni mendaci, dichiaro che il presente lavoro non è già stato sottoposto, in tutto o in parte, per il conseguimento di un titolo accademico in altre Università italiane o straniere. Dichiaro inoltre che tutte le fonti utilizzate per la realizzazione del presente lavoro, inclusi i materiali digitali, sono state correttamente citate nel corpo del testo e nella sezione ‘Riferimenti bibliografici’.

I hereby declare that I have read and understood the “Anti-plagiarism rules and regulations” approved by the Council of the Department of Economics and Management and I am aware of the consequences of making false statements. I declare that this piece of work has not been previously submitted – either fully or partially – for fulfilling the requirements of an academic degree, whether in Italy or abroad. Furthermore, I declare that the references used for this work – including the digital materials – have been appropriately cited and acknowledged in the text and in the section ‘References’.

Firma (signature) 

INDICE

INTRODUZIONE	4
CAPITOLO I.....	6
<i>IL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE.....</i>	6
1. <i>Premessa: la discriminazione nella contrattazione</i>	6
2. <i>L'origine del principio nella dimensione internazionale</i>	6
3. <i>Il quadro europeo e le direttive di seconda generazione</i>	8
4. <i>La non discriminazione nell'ordinamento interno</i>	13
CAPITOLO II.....	20
<i>LA DISCRIMINAZIONE NEL CONTRATTO E L'AUTONOMIA PRIVATA.....</i>	20
1. <i>Premessa.....</i>	20
2. <i>L'autonomia privata</i>	20
3. <i>La disciplina discriminatoria applicabile al contratto</i>	22
4. <i>I provvedimenti giudiziari</i>	26
PER UNA CONCLUSIONE.....	29
RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI E SITOGRAFIA	31

INTRODUZIONE

La società moderna si basa su alcuni valori fondamentali, tra cui l'uguaglianza, la giustizia e il rispetto dei diritti umani, valori che non sempre vengono rispettati sfociando quindi in discriminazioni basate su alcune caratteristiche personali degli individui; discriminazioni riscontrate anche nelle pratiche contrattuali.

Il contratto infatti rappresenta il fondamento delle relazioni commerciali all'interno di una società e all'art. 1321 del Codice civile è definito come «l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale».

Ad oggi i contratti si scontrano con un'ampia disciplina antidiscriminatoria, che si riferisce espressamente al settore dell'accesso alla fornitura dei beni e dei servizi; disciplina che marca un nuovo limite riguardo all'autonomia dei contraenti in vari aspetti, tra cui la scelta, non solo del contenuto del contratto, ma anche della controparte con cui stipulare il contratto.

Il divieto di discriminazione mira alla liberazione della scelta del contraente da eventuali pregiudizi basati sulle qualità personali precludendo la possibilità di rifiutare di trattare, o un trattamento meno favorevole.

Con il divieto di discriminazione in ambito contrattuale si ha un'accezione più "orizzontale" del principio costituzionale di uguaglianza, principio che tradizionalmente si applicava ai soli rapporti "verticali" tra Stato e cittadino.

Questo divieto assume un ruolo importantissimo perché, non solo garantisce una contrattazione più libera e quindi il giusto funzionamento del mercato interno, ma regola inoltre la libertà e la dignità di ciascun individuo; questo principio trova applicazione in una vastità di ambiti e porta a conseguenze non solo nel campo del diritto civile ma, come analizzeremo in seguito, anche penale.

Lo sviluppo di questo principio, che è avvenuto in modo parallelo e non congiunto tra le varie fonti, si è evoluto con la creazione di una normativa disomogenea che richiede oggi l'aiuto dell'interpretazione degli operatori del diritto.

La difficoltà non si trova nell'interpretazione letterale del testo, ma nella capacità di ampliare e adattare la portata applicativa del diritto antidiscriminatorio bilanciando principi definibili opposti sul piano dei diritti e delle libertà, da un lato l'autonomia privata e dall'altro il principio di uguaglianza e la sua "evoluzione" nel principio di non discriminazione.

In questa tesi, ci proponiamo di esaminare il complesso rapporto tra le discriminazioni nei contratti e l'autonomia privata, principio quest'ultimo che non deve quindi rappresentare ed essere inteso come una "giustificazione" per compiere discriminazioni ingiuste.

Per arrivare a questo obiettivo nel primo capitolo verrà esposto un quadro generale riguardo al principio di non discriminazione tramite una ricostruzione storica; attraverso le varie fonti, sovranazionali e nazionali, si descriverà l'evoluzione della normativa vigente in materia di discriminazione contrattuale.

Nel secondo capitolo invece, analizzeremo l'applicazione delle direttive e delle leggi che riguardano il principio di non discriminazione in ambito contrattuale e le tutele che ne derivano in confronto con il principio di autonomia privata, quest'ultima intesa nella prospettiva contrattuale.

Confronto creato per riuscire a cogliere i limiti di ciascuno dei due principi e le soluzioni fornite e consentite dalla legislazione e la successiva applicazione per trovare il giusto bilanciamento che soddisfi le esigenze dell'autonomia privata ma che tuteli anche gli individui da possibili discriminazioni.

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa: la discriminazione nella contrattazione - 2. L'origine del principio nella dimensione internazionale - 3. Il quadro europeo e le direttive di seconda generazione - 4. La non discriminazione nell'ordinamento interno.

1. Premessa: la discriminazione nella contrattazione

La discriminazione contrattuale è un fenomeno complesso e controverso che riguarda il trattamento ineguale di individui e/o gruppi sulla base di caratteristiche personali o protette durante le transazioni contrattuali.

L'obiettivo di "non discriminazione" è ad oggi un principio europeo da affiancare ai valori fondativi proclamati dal Trattato di Lisbona¹ e, per giungere a questo obiettivo, sono state create nel corso degli anni, un insieme di regole che sono definite, dal legislatore, applicabili "all'accesso ai beni e servizi e alla loro fornitura" e quindi in modo più sintetico alla materia della contrattazione.

Facendo riferimento alle norme che vietano comportamenti discriminatori è necessario identificare i c.d. "fattori di rischio" quali la razza, l'etnia, la religione, l'età, la disabilità e l'orientamento sessuale.

Prima di soffermarmi su questo specifico contesto, è utile analizzare alcune indicazioni circa l'origine e l'evoluzione di questo principio per poter comprendere a pieno il percorso che è stato necessario compiere per arrivare alla situazione attuale.

2. L'origine del principio nella dimensione internazionale

Ricostruendo il percorso che ha portato all'attuale principio di non discriminazione, si nota come a partire dalla Seconda guerra mondiale si sia reso evidente il bisogno e l'importanza di contrastare le discriminazioni perché, con la politica razziale nella Germania nazista e la loro visione di supremazia della "razza ariana", si è arrivati allo sterminio sistematico ingiustificato di una minoranza.

Con la nascita dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), derivante dalla situazione creatasi dopo la guerra, nel 1945 vengono adottate politiche di tutela dei diritti con alcuni divieti generali contro le discriminazioni fondate sulla diversità di razza.

¹ Trattato di Lisbona (siglato il 13 dicembre 2007, e in vigore dal 1° dicembre 2009), che modifica il TCE (Trattato costitutivo dell'UE).

Le nazioni facenti parte di questa nuova organizzazione erano incoraggiate a «promuovere la realizzazione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzioni di razza, di sesso, di lingua, di religione».

Un passo importante per giungere al principio di non discriminazione è stata la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948, adottata dalle Nazioni Unite, con particolare riferimento all'art. 2² il quale afferma che ogni individuo ha diritto alla parità di trattamento davanti alla legge, senza discriminazione di alcun genere, e in particolare, senza distinzione di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altra opinione, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione.

Pur non essendo un vincolo formale per gli Stati membri, la Dichiarazione rappresenta la prima testimonianza della comunità internazionale nel voler riconoscere universalmente i diritti che spettano a ciascun essere umano e le norme che la compongono sono, dal punto di vista sostanziale, considerate come principi generali del diritto internazionale.

Nel 1950 è stata poi firmata la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (CEDU) dal Consiglio d'Europa; questa è un trattato internazionale volto a tutelare i diritti umani e le libertà fondamentali in Europa e di questa Convenzione sono parte tutti i 47 Paesi che formano il Consiglio d'Europa.

Con questa Convenzione è inoltre stata istituita la Corte europea dei diritti dell'uomo che ha lo scopo di tutelare le persone dalle violazioni dei diritti umani a cui può rivolgersi ogni persona di uno Stato parte.

L'art. 14 della CEDU è importante in quanto prevede e garantisce che: «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione [...]»³.

Questa disposizione rappresenta un caposaldo fondativo del divieto di discriminazione, la cui definizione è stata nel tempo ampliata dalla giurisprudenza.

² Dichiarazione universale dei diritti Umani, art. 2 «Ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciate nella presente Dichiarazione senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione [...]».

³ Art. 14 CEDU «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione».

Secondo quest'ultima, per discriminazione si intende «il fatto di trattare in modo diverso persone che si trovino in situazioni analoghe o di trattare nello stesso modo persone che si trovano in situazioni diverse, senza una giustificazione oggettiva e ragionevole»⁴.

La Corte con “giustificazione oggettiva e ragionevole” va ad introdurre delle eccezioni, in cui spetta allo Stato dimostrare che la misura sia giustificata ed applicata in modo proporzionato. Riassumendo quindi, ai fini di questa disposizione, una distinzione è da definirsi discriminatoria quando manca una giustificazione oggettiva e ragionevole, quando la distinzione non persegue un fine legittimo e nel caso, comunque, non sussista «un rapporto di ragionevole proporzionalità tra i mezzi impiegati e il fine perseguito»⁵.

La Corte Edu ritiene compatibili con la Convenzione, in alcuni casi, disparità di trattamento solo in casi di “cause giustificative molto gravi”⁶ o di “considerazioni fortissime”⁷.

3. Il quadro europeo e le direttive di seconda generazione

Durante l'istituzione della Comunità europea nel 1957 ci sono stati alcuni accenni alla tematica con il Trattato di Roma, nella cui versione originale, gli unici riferimenti comparivano nell'art. 7⁸ in cui si sanciva il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, nell'art. 39⁹ in cui è stata trattata la libera circolazione dei lavoratori e nell'art. 119¹⁰ che, tra gli strumenti delle politiche della Comunità, trattava la parità di salario tra uomini e donne.

Solo nel 1997, con la firma del Trattato di Amsterdam, sono state introdotte alcune importanti modifiche che hanno reso il principio di uguaglianza un principio fondamentale dell'Unione Europea andando ad incidere in diversi ambiti del trattato stesso.

⁴ CEDU, 7 gennaio 2014, *Cusan e Fazzo contro Italia*; 11 giugno 2022, *Willis contro Regno Unito*.

⁵ CEDU, 7 gennaio 2014, *Cusan e Fazzo contro Italia*; 25 ottobre 2005, *Niedzwiecki contro Germania*.

⁶ CEDU, 7 febbraio 2013, *Fabris contro Francia*; 28 ottobre 1987, *Inze contro Austria*.

⁷ CEDU, 7 gennaio 2014, *Cusan e Fazzo contro Italia*.

⁸ Trattato CEE, art. 7 «Nel campo di applicazione del presente Trattato, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dallo stesso previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità. Il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione dell'Assemblea, può stabilire, a maggioranza qualificata, tutte le regolamentazioni intese a vietare tali discriminazioni».

⁹ Trattato CEE, art. 39 «La libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità è assicurata. 2. Essa implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro [...]».

¹⁰ Trattato CEE, art. 119 «Ciascuno Stato membro assicura durante la prima tappa, e in seguito mantiene, l'applicazione del principio della parità delle retribuzioni fra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro [...]».

In particolare, l'art. 2 include tra i compiti che la Comunità deve mettere in pratica, quello di attuare la parità tra uomini e donne, l'art. 3 si riferisce all'obiettivo dell'eliminazione delle "ineguaglianze", mentre l'art. 12 ribadisce (ex art. 7 trattato CEE) il divieto di discriminazione in base alla nazionalità.

Di fondamentale rilevanza è l'art. 13 (ora art. 19 TFUE) che attribuisce all'Unione Europea una competenza aggiuntiva in materia di lotta contro la discriminazione; questo articolo, infatti, contempla la facoltà del Consiglio di adottare provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni basate sul sesso aumentando in modo significativo il numero dei c.d. fattori di rischio¹¹ rilevanti.

Con il trattato di Amsterdam, quindi, l'eguaglianza diventa un "principio guida" delle politiche comunitarie¹².

Nel 2000 poi, con la "Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", nota anche come "Carta di Nizza" tutto ciò viene rafforzato e vengono ampliate le potenzialità applicative di questo principio.

Degna di nota è la nuova declinazione del principio di uguaglianza di cui al capo III della Carta che per l'appunto tratta l'uguaglianza; l'art. 20 fa riferimento all'uguaglianza formale davanti alla legge, l'art 21¹³ tratta la non discriminazione sia in riferimento ai fattori di rischio prima identificati sia alle discriminazioni basate sulla cittadinanza e l'art. 23¹⁴ tratta la parità tra uomini e donne facendo riferimento anche ai vari campi di applicazione come in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione.

Dall'art. 24 all'art. 26 sono indicate disposizioni specifiche per categoria riferite a soggetti deboli come bambini, anziani e disabili.

¹¹ Con "fattori di rischio" si intendono le caratteristiche personali in ragione delle quali e alle quali si possono ricondurre diversi tipi di discriminazione quali il genere, l'origine etnica, il credo (opinioni, fede, religione), l'orientamento sessuale, l'età, la disabilità fisica o psichica.

¹² B. Checchini, 2019. *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, p. 60.

¹³ CDFUE, art. 21 «È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali [...]».

¹⁴ CDFUE, art. 23 «La parità tra uomini e donne deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione. Il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato».

La “Carta di Nizza” però acquista l’efficacia giuridica dei Trattati nel 2009 con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona¹⁵, che ripete e conserva ciò che era inizialmente redatto dal Trattato di Amsterdam sull’argomento.

L’art. 6 del Trattato, infatti, al 1° comma riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea attribuendogli lo stesso valore giuridico dei Trattati e nel 2° comma rende ufficiale il fatto che l’Unione Europea aderisce alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU).

Negli anni 2000 sono state adottate varie direttive, tra cui una sulla parità di trattamento in materia di occupazione ossia la direttiva 2000/78/CE¹⁶ che include anche la parità di condizioni di lavoro, e fa riferimento alla lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l’età o le tendenze sessuali.

In questa direttiva, così come nelle prossime che andremo ad esaminare, è inclusa una classificazione della discriminazione che viene quindi identificata come diretta o indiretta; con discriminazione diretta si fa riferimento a quando un soggetto viene trattato in modo meno favorevole di come sia o sarebbe stato trattato un altro soggetto in una situazione analoga; con discriminazione indiretta si fa riferimento a quando una disposizione, una prassi o un criterio apparentemente neutri possono mettere in una posizione di svantaggio determinati soggetti con caratteristiche personali, fattori di rischio, rispetto ad altri soggetti.

Anche in questo caso, ci sono delle eccezioni, deve però sussistere una giustificazione oggettiva data da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il conseguimento della finalità stessa devono essere appropriati e necessari.

Ci sono poi due direttive molto importanti che coinvolgono la materia specifica “dell’accesso a beni e servizi”, le direttive 2000/43/CE e 2004/113/CE.

La prima, affronta il tema dell’uguaglianza razziale con riferimento al divieto di discriminazione in base alla razza o all’origine etnica al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento, questo anche nel campo dell’accesso al sistema di welfare, alla sicurezza sociale e più in generale all’accesso di beni e servizi.

¹⁵ Trattato che modifica il Trattato sull’Unione Europea (TUE).

¹⁶ CE, 2000/78 Art. 1 «La presente direttiva mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate [...] per quanto concerne l’occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli stati membri la parità di trattamento».

Questo perché, nell'ottica di un'uguaglianza sostanziale, è necessario garantire parità di accesso anche a servizi come istruzione, abitazione e assistenza sanitaria per consentire a tutti gli individui di sviluppare le proprie competenze e potenzialità nel mercato del lavoro.

È inoltre contenuta nella direttiva un'eccezione, nell'art. 4¹⁷, con riferimento all'ambito lavorativo; è infatti consentita una differenza di trattamento nei casi in cui le caratteristiche personali siano essenziali per lo svolgimento dell'attività lavorativa, definibile però sulla base di valutazioni oggettive degli scopi e della natura stessa del lavoro.

La direttiva si applica a tutte le persone sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico.

La direttiva 2004/113/CE istituisce un quadro di lotta alla discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e alla loro fornitura al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento tra uomini e donne.

La direttiva fa riferimento alla somministrazione di beni e servizi a disposizione del pubblico indipendentemente dal settore, sia pubblico che privato.

In entrambe le direttive il legislatore, seguendo quanto indicato dalla Corte di Giustizia, considera il principio di non discriminazione inderogabile per qualsiasi rapporto giuridico in ragione del suo carattere imperativo, dato che, se avesse valore unicamente per gli atti pubblici, potrebbe scaturirne una difformità di applicazione¹⁸.

È però affidata agli Stati membri la creazione di un apparato strumentale adeguato, che disponga di «sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive, applicabili in caso di violazione degli obblighi risultanti dalle direttive»¹⁹.

Nonostante le due direttive siano simmetriche sul piano dei contenuti, è importante riconoscere come divergano su alcuni punti rilevanti.

La direttiva 2000/43/CE ha una portata più ampia che va a sfociare solo incidentalmente nella disciplina delle relazioni contrattuali²⁰.

¹⁷ Art. 4/2000/43/CE, *Requisiti essenziali e determinanti per lo svolgimento dell'attività lavorativa*, «In deroga all'articolo 2, paragrafi 1 e 2, gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata alla razza o all'origine etnica non costituisca discriminazione 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».

¹⁸ G. Carapezza Figlia, 2013, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*.

¹⁹ Art. 26/2000/43/CE e Art. 27/2004/113/CE.

²⁰ D. Maffei, 2007, *Il divieto di discriminazione*.

La direttiva 2004/113/CE invece ha come ambito applicativo esclusivo il mercato dei beni e dei servizi, l'accesso e la loro fornitura con l'obiettivo di attuare la parità di trattamento tra uomini e donne.

Le direttive 2000/43/CE e 2004/113/CE come prima accennato riformulano le nozioni di discriminazione essendo fortemente influenzate dalle novità incluse nel Trattato di Amsterdam e nella Carta di Nizza; non vengono solo aumentati i fattori di rischio considerati ma si amplia il campo applicativo includendo l'accesso a beni e servizi.

Come è già stato ricordato, in queste direttive è stata inclusa una definizione di discriminazione diretta e indiretta ed in entrambe è stata equiparata ad esse la molestia, identificata come «un comportamento indesiderato avente lo scopo o effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante e offensivo»²¹; è indicato come illecito anche l'ordine di discriminare persone a causa dei fattori di rischio.

Non sono però inclusi dei riferimenti alle discriminazioni multiple, ossia fondate su più fattori di rischio in contemporanea, o alle discriminazioni per associazione, in cui si subiscono discriminazioni a causa di un soggetto terzo.

L'approccio legislativo, articolato in base ai diversi fattori di rischio, comporta alcune lacune per taluni settori e fattori di rischio; differente approccio, invece, è stato attuato dagli USA che hanno articolato gli strumenti di tutela per diversi segmenti di mercato e tipologie contrattuali²².

La scelta del legislatore europeo ha reso più complicato coordinare le diverse discipline relative ai singoli fattori di rischio ed affrontare casi di discriminazione multipla, cosicché diventa sempre più importante l'interpretazione dei giuristi al fine di coordinare in maniera sistematica l'intero apparato legislativo.

²¹ Direttiva 2000/43/CE art. 2 comma 3: «Le molestie sono da considerarsi, ai sensi del paragrafo 1, una discriminazione in caso di comportamento indesiderato adottato per motivi di razza o di origine etnica e avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo. In questo contesto, il concetto di molestia può essere definito conformemente alle leggi e prassi nazionali degli Stati membri».

²² D. LA ROCCA, 2008, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo*, p. 57.

4. *La non discriminazione nell'ordinamento interno*

È necessario precisare che nella Costituzione non è inserito un riferimento esplicito al divieto di non discriminazione ma l'art. 3²³ della Cost. stabilisce, come è noto, il principio di uguaglianza che afferma che tutti i cittadini sono uguali davanti alla legge.

Questo articolo pur non citando direttamente il divieto di discriminazione ne rappresenta un fondamento trattando di eguaglianza e di pari dignità sociale.

La giurisprudenza, infatti, definisce discriminatorie e di conseguenza in violazione dell'art. 3 Cost., tutte quelle «situazioni sostanzialmente identiche»²⁴, di «fattispecie, pur diverse, ma ragionevolmente analoghe»²⁵, di «situazioni omogenee»²⁶ e quindi «comparabili o assimilabili»²⁷.

Secondo la Corte costituzionale il trattamento è discriminatorio quando la differenza di trattamento sia «ingiustificata»²⁸, «formalmente contraddittoria»²⁹ e quindi «irrazionale, secondo le regole del discorso pratico»³⁰.

²³ Cost. art. 3 «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

²⁴ Corte cost. n. 340/2004 «si ha la violazione dell'art. 3 della Costituzione quando situazioni sostanzialmente identiche siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso, mentre non si manifesta tale contrasto quando alla diversità di disciplina corrispondono situazioni non sostanzialmente identiche, essendo insindacabile in tali casi la discrezionalità del legislatore».

²⁵ Corte cost., 9 aprile 2014 n. 162, consultabile in <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=162>.

Corte cost., 26 ottobre 1988, n. 1009, consultabile in https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:1988:1009.

²⁶ Corte cost., 7 maggio 2008, n. 146, consultabile in <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2008&numero=146>.

²⁷ Corte cost., 21 maggio 2014, n. 155, consultabile in <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=155> ; «la violazione del principio di uguaglianza sussiste qualora situazioni sostanzialmente identiche siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso e non quando alla diversità di disciplina corrispondano situazioni assimilabili».

²⁸ Corte cost., 8 marzo 2006, n. 108, consultabile in <https://giurcost.org/decisioni/2006/0108s-06.html>; Corte cost., n. 155/2014.

²⁹ Corte cost., n. 162/2014.

³⁰ Corte cost., nn. 162/2014 e 1009/1988.

Da tenere presente che esistono inoltre norme specifiche applicabili in base a specifici settori come, ad esempio, la Legge n. 125/1991³¹, che tutela l'uguaglianza e la parità di trattamento tra uomini e donne nel lavoro mirando a ridurre le disparità di cui le donne sono di fatto soggette nella formazione scolastica e professionale, nell'accesso al lavoro, negli avanzamenti di carriera e nella vita lavorativa.

L'art. 1 della legge n. 300/1970³² dello statuto del lavoratore riguarda la non discriminazione, in riferimento però alla libertà di opinione mentre l'art. 8³³ tratta il divieto di indagine sul lavoratore.

Nell'Ordinamento italiano sono stati introdotti alcuni decreti legislativi che hanno recepito le direttive prima analizzate: il D.lgs. 215/2003³⁴ che recepisce la direttiva 2000/43/CE, il D.lgs. 196/2007 che fa riferimento alla direttiva 2004/113/CE ed il D.lgs. 216/2003³⁵ che recepisce la direttiva 2000/78/CE.

Il D.lgs. 215/2003 prende in considerazione come "fattori di rischio", le qualità generali riferibili alla persona di "razza e origine etnica".

Nel D.lgs. 216/2003 vengono considerate non solo la "razza" ma anche discriminazioni di "genere" e di "carattere culturale e religioso".

In questa direttiva è avvenuto un ampliamento del campo di applicazione del principio di non discriminazione, e questo grazie al rinvio, da parte del legislatore, al Testo Unico

³¹ Legge n. 125/1991, art. 1 «le disposizioni contenute nella presente legge hanno lo scopo di favorire l'occupazione femminile e di realizzare l'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro [...]».

³² Legge n. 300/1970, art. 1 «I lavoratori, senza distinzione di opinioni politiche, sindacali e di fede religiosa, hanno diritto, nei luoghi dove prestano la loro opera, di manifestare liberamente il proprio pensiero [...]».

³³ Legge n. 300/1970, art. 8 «è fatto divieto al datore di lavoro, ai fini dell'assunzione come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore».

Per quanto riguarda la tutela penale, si può fare riferimento alla legge n. 205/1993, nota anche come "legge Mancino", che è una legge che converte, con alcune modifiche, il precedente decreto legge n. 122 del 1993, decreto che prevedeva la reclusione da uno a quattro anni per chi commetteva alcuni reati, reati ad oggi riconducibili all'art. 604-bis³³ del Codice penale, articolo che definisce reato la propaganda e l'istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa, identificando quindi le conseguenze penali di tali comportamenti.

³⁴ D.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, in G.U. 12 agosto 2003, n. 186, *Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica*.

³⁵ D.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, in G.U. 13 agosto 2003, n. 187, *Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*.

sull'Immigrazione, scelta fatta in quanto si è ritenuto necessario aggiungere fattori di rischio non direttamente inclusi nell'originaria direttiva europea.

Il T.U. sull'Immigrazione è però una normativa preesistente, che non è testualmente così precisa in materia non discriminatoria per quanto riguarda i fattori di rischio, ma è doveroso ricordare che questi Decreti legislativi contengono una disposizione che fa salvi l'art. 43 e l'art. 44 del T.U., norme che includono fattori di rischio prima non considerati, quali, ad esempio, il colore, l'ascendenza, le convinzioni e le pratiche religiose³⁶.

Il Testo Unico sull'Immigrazione è un provvedimento nato come strumento per integrare l'esistente tutela penale contro gli atti discriminatori che era ritenuta insufficiente per l'obiettivo di contrastare il fenomeno discriminatorio.

In esso sono elencati i c.d. fattori di rischio presi in considerazione, ed in via generale tratta razza, etnia, nazionalità e religione.

Esiste però una discrepanza terminologica tra il primo e il secondo comma; la dottrina maggioritaria, data presenza meramente esemplificativa dell'elencazione dei c.d. fattori di rischio, "ha inteso delineasse una nozione di discriminazione ampia, capace di espandere la forza percettiva anche ad altre qualità e connotati della persona"³⁷.

Il T.U. nella previsione originaria dedica solo i già citati articoli 43 e 44 alla disciplina sostanziale e processuale del fenomeno discriminatorio.

Con l'art. 43 il legislatore ha definito in via generale la nozione di condotta discriminatoria, illecito considerato per «ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica».

Il legislatore ha di conseguenza predisposto specifiche forme di tutela giurisdizionale individuale e collettiva contro tali discriminazioni, prevedendo in più l'accesso della tutela inibitoria e alla rimozione degli effetti della discriminazione.

In questo articolo, al 1° comma si trova una definizione di discriminazione di carattere generale e non esemplificativa, al 2° comma, vengono poi elencate una serie di situazioni in cui "in ogni caso" può verificarsi un atto o comportamento discriminatorio.

³⁶ L'art. 44, ad oggi D.lgs. 150/2011, ha aggiunto altri due fattori di rischio, provenienza geografica e lingua.

³⁷ B. Checchini, 2019. *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, p. 102.

Per quanto riguarda la specifica materia della contrattazione si fa riferimento a due delle casistiche del comma sopracitato, una che qualifica discriminatoria la condotta di chi, privato o Pubblica amministrazione, imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire beni o servizi offerti al pubblico ad uno straniero soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità, ed una che configura discriminatoria la condotta di chi illegittimamente rifiuta o impone condizioni più svantaggiose nell'accesso all'alloggio.

L'art. 44 ha un'impostazione più procedurale ed è dedicato agli strumenti di tutela contro gli atti e i comportamenti discriminatori per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, procedura che è poi stata modificata dal d.lgs. 150/2011.

Sul piano della tutela giurisdizionale è previsto un intervento inibitorio (ordine di cessazione), ripristinatorio (rimozione degli effetti) e risarcitorio (risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale).

Il 9° comma di questo articolo tratta il profilo probatorio da parte del ricorrente e consente di azionare il meccanismo di tutela anche quando i soggetti lesi non sono direttamente e immediatamente identificabili; in questo modo è quindi stata introdotta una lettura più ampia della nozione di "interesse ad agire" che tiene conto dell'importanza collettiva dell'interesse da tutelare (art. 100 c.p.c.).

Dalla direttiva 2004/113/CE, invece, si può analizzare la discriminazione in base al sesso, direttiva che una volta recepita ha portato ad un'importante modifica del "Codice delle pari opportunità"³⁸, di cui al d.lgs. n. 198/2006.

³⁸ Il "Codice" è suddiviso in IV libri che trattano:

- Libro I: Disposizioni per la promozione delle pari opportunità tra uomo e donna
- Libro II: Pari opportunità tra uomo e donna nei rapporti etico-sociali
- Libro III: Pari opportunità tra uomo e donna nei rapporti economici
- Libro IV: Pari opportunità tra uomo e donna nei rapporti civili e politici

Nel libro I, il Titolo I indica alcune disposizioni generali e il Titolo II tratta dell'organizzazione per la promozione delle pari opportunità.

L'argomento è analizzato introducendo alcuni organi necessari per attuare i principi delineati nel Titolo I; la "commissione per le pari opportunità tra uomo e donna", il "comitato nazionale per l'attuazione dei principi di parità di trattamento ed uguaglianza di opportunità tra lavoratori e lavoratrici", i "consiglieri di parità" ed il "comitato per l'imprenditoria femminile".

“Codice” che contiene alcuni passaggi che meritano di essere segnalati come: «La parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini deve essere assicurata in tutti campi, compresi quelli dell’occupazione, del lavoro e della retribuzione» (contenuto nell’art.1), oppure il fatto che il principio delle pari opportunità non impedisce azioni positive a favore del genere sottorappresentato (contenuto nell’art. 1); altro articolo significativo è l’art. 56 che va a prevedere norme di favore per l’accesso delle donne al Parlamento europeo oppure, sullo stesso argomento, l’art. 18-*bis*, comma 3, del d.P.R. n. 361/1957 che stabilisce che i candidati di ogni lista, per l’elezione della camera dei deputati, debbano essere collocati «secondo un ordine alternato di genere».

L’obiettivo di questo decreto è quindi la promozione dell’uguaglianza di genere e la prevenzione della relativa disuguaglianza in diversi ambiti e la sua introduzione ha modificato l’impianto del “Codice delle pari opportunità” inserendo un nuovo titolo; il Titolo II *bis*, che prevede disposizioni sulla «parità di trattamento tra uomini e donne nell’accesso a beni e servizi e loro fornitura».

Titolo che si divide in Capo I, in cui sono espone le nozioni di discriminazione e, con l’art. 55 *ter*, il divieto di discriminazione che è applicabile a «tutti i soggetti, pubblici e privati, fornitori di beni e servizi che sono a disposizione del pubblico e che sono offerti al di fuori dell’area della vita privata e familiare e delle transazioni ivi effettuate».

Nel libro II, il Titolo I affronta i rapporti tra coniugi, e rimanda a quanto disciplinato dal Codice civile, ed il titolo II tratta il contrasto alla violenza nelle relazioni familiari, indicando l’applicazione delle disposizioni previste dalla legge 154/2001.

Legge che agisce sia in ambito civile, Art. 342-*bis* e Art. 342-*ter* c.c. con gli “ordini di protezione contro gli abusi familiari”, sia in ambito penale con l’art.282 *bis* che prevede un’importante misura cautelare, “l’allontanamento dalla casa familiare”.

Nel libro III, il Titolo I affronta le pari opportunità nel lavoro trattando anche le discriminazioni dirette ed indirette, le molestie e le molestie sessuali; alcuni degli ambiti affrontati sono la discriminazione nell’accesso al lavoro, nella retribuzione e nella progressione di carriera.

Viene poi messa in luce la tutela giudiziaria che ne fa riferimento, i metodi e le iniziative di promozione delle pari opportunità e le tutele ed i sostegni della maternità e della paternità.

Il Titolo II affronta le pari opportunità nell’esercizio dell’attività d’impresa e le azioni positive rivolte all’imprenditoria femminile, tra cui il “Fondo nazionale per l’imprenditoria femminile”, che concede agevolazioni secondo alcuni criteri; il Titolo III tratta la parità di trattamento tra uomini e donne nell’accesso a beni e servizi e la loro fornitura.

Il Libro IV al Titolo I tratta le pari opportunità nell’accesso alle cariche elettive.

Vengono inoltre delineati i limiti del campo di applicazione del divieto escludendo le aree di impiego e occupazione, mezzi di comunicazione e pubblicità, istruzione pubblica e privata.

Al comma 4° dell'articolo in questione è inoltre specificato che “resta impregiudicata la libertà contrattuale delle parti, nella misura in cui la scelta del contraente non si basa sul sesso della persona”.

Ulteriore modifica è data dall'art. 55 *quater*, in cui è proposta un'analisi più specifica riguardo i servizi assicurativi e altri servizi finanziari; introduce inoltre l'IVASS, ossia l'istituto per la vigilanza sulle assicurazioni che vigila sul rispetto delle disposizioni dell'articolo stesso.

Al Capo II del Titolo 2 bis viene trattata la tutela giudiziaria dei diritti in materia di accesso a beni e servizi e loro fornitura; viene esposto il procedimento adottabile in casi di discriminazione e i provvedimenti giudiziari che possono essere attuati³⁹, e sono inoltre indicate le associazioni e gli enti che sono legittimati ad agire in questi casi⁴⁰.

Al Capo III viene trattata la promozione della parità di trattamento con, ad esempio, consultazioni periodiche tra gli organismi e gli enti che hanno un legittimo interesse nella rimozione delle discriminazioni e il Ministro per i diritti e le pari opportunità.

Con la legge n. 162/2021, che rappresenta l'ultima modifica effettuata al “Codice delle pari opportunità”, vengono ampliati i soggetti a cui è riferibile il comportamento discriminatorio, tra questi infatti non sono più presenti solo lavoratori e lavoratrici, ma anche «i candidati e le candidate in fase di selezione del personale».

È inoltre stata ampliata e resa più completa la nozione di comportamento discriminatorio, non ci si riferisce più al “trattamento” ineguale ma anche ad «ogni modifica dell'organizzazione o delle condizioni e dei tempi di lavoro»; e oltre alle discriminanti «gravidanza, maternità e paternità» includendo anche quelle adottive, sono riconosciute anche «sesso, età anagrafica, esigenze di cura personale o familiare».

Questi fattori vanno considerati in riferimento ad almeno una delle condizioni che ne possono derivare; la posizione di svantaggio rispetto agli altri lavoratori, la limitazione delle opportunità di partecipazione alla vita o alle scelte aziendali o la limitazione dell'accesso ai meccanismi di avanzamento e di progressione di carriera.

Sono inoltre stati implementati gli obblighi per i datori di lavoro che, seguendo precise linee guida, devono produrre la “Certificazione della parità di genere”, documento che attesta le

³⁹ Art. 55 – *Quinquies* del D.lgs. 198/2006, *Procedimento per la tutela contro le discriminazioni per ragioni di sesso nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura*.

⁴⁰ Art. 55 – *Septies* del D.lgs. 198/2006, *Legittimazione ad agire di associazioni ed enti*.

misure e le politiche adottate aziendali al fine di diminuire le differenze di genere in riferimento alle opportunità di crescita, alla parità dei compensi e delle mansioni, e alle politiche di gestione delle differenze di genere.

Ad oggi la tutela discriminatoria è frammentaria; per il fattore di rischio sesso si applica il Codice delle pari opportunità; per i fattori di rischio razza, colore, ascendenza o origine nazionale, etnia e convinzioni e pratiche religiose, si applica il Testo Unico sull'immigrazione ed il derivante d.lgs. n. 286/1998; per il fattore disabilità si applica la legge n. 67/2006.

CAPITOLO II

LA DISCRIMINAZIONE NEL CONTRATTO E L'AUTONOMIA PRIVATA

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. L'autonomia privata - 3. La disciplina discriminatoria applicabile al contratto - 4. I provvedimenti giudiziari.

1. Premessa

Le direttive europee prima analizzate ed i decreti legislativi che le recepiscono a livello nazionale, pongono il problema di capire l'applicabilità del divieto di discriminazione in rapporto al principio di libertà contrattuale.

È innegabile che il principio di non discriminazione vada a ridurre l'autonomia dei contraenti ma ciò non significa che non ci possa essere una conciliazione e quindi un equilibrio tra i valori della libertà e dell'uguaglianza.

In questo capitolo affronterò la disciplina discriminatoria applicabile al contratto nell'ordinamento italiano, analizzando le diverse fasi della contrattazione, partendo dalle trattative fino alla conclusione del contratto.

Esporrò il problema legato alla difficoltà di prova dei comportamenti discriminatori ed il relativo risarcimento del danno, patrimoniale e non.

Affronterò inoltre la tutela vigente per quanto concerne l'autonomia privata, al fine di presentare un quadro generale della situazione ed evidenziare i possibili casi di conflitto tra l'applicazione del principio di non discriminazione e l'autonomia privata.

2. L'autonomia privata

Come già detto, l'obiettivo di ridurre ed eliminare le discriminazioni nei contratti si va a contrapporre all'autonomia privata, principio che riconosce alle parti, singoli o gruppi, di autoregolare e disciplinare in modo libero i propri interessi attraverso manifestazioni di volontà relative alla propria sfera giuridica e, fondamentale, consiste nel potere di autodeterminazione del soggetto.

L'autonomia privata comprende anche e non solo l'autonomia negoziale, intesa come libertà di determinare il contenuto del contratto e di scegliere il contraente, ed è un pilastro fondamentale del diritto civile italiano, riconosciuto dall'art. 1322 del Codice civile⁴¹.

⁴¹Art. 1322 c.c. «Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico».

Ciò significa che le parti coinvolte in una transazione o in un accordo possono negoziare liberamente i termini e le condizioni del contratto, purché gli oggetti o gli interessi regolati siano leciti e disponibili, ovvero non contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume e riconosce quindi alle parti la libertà di scelta non solo della controparte contrattuale, ma anche la possibilità di farsi sostituire nel compimento dell'attività negoziale.

Oltre a prevedere il contenuto dei contratti nei limiti imposti dalla legge, l'art. 1322 del Codice civile⁴² prevede che le parti possano concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare; per fare questo viene introdotto il vincolo che i contratti siano diretti alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

L'autonomia riconosciuta alle parti non è quindi illimitata, ma si confronta con alcune limitazioni date da principi contenuti in alcune previsioni codicistiche.

Tra queste sono importanti il concetto di equità e l'autoresponsabilità che si può tradurre nel principio di correttezza e nella buona fede oggettiva.

L'equità è una fonte di integrazione del contratto e secondo l'art. 1374 c.c. «il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità»; secondo l'interpretazione maggioritaria, l'equità interviene solo a contratto concluso andando a definire alcuni aspetti della negoziazione che non possono essere determinati utilizzando altre regole di integrazione, rappresentando quindi la conciliazione dei diversi interessi delle parti.

L'autoresponsabilità può essere intesa come onere di diligenza di ciascuna delle parti nel momento in cui si crea un rapporto obbligatorio tra di loro.

Il principio di correttezza e di buona fede oggettiva può essere definito come criterio di valutazione del comportamento tenuto dalle parti nel rapporto.

L'art. 1325 del Codice civile⁴³, oltre all'accordo tra le parti da un'indicazione su tutti i requisiti del contratto quali la causa, l'oggetto e la forma; oltre a ciò, l'autonomia contrattuale risulta comunque sottoposta ai vincoli imposti legislativamente nel rispetto delle norme imperative, dell'ordine pubblico e del buon costume come indicato nell'art. 1343 del Codice civile.

⁴² Art. 1322 c.c. «Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico».

⁴³ Art. 1325 c.c. «I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità».

L'obbligo di trattamento paritario nei contratti porterebbe ad una limitazione anche del contenuto del contratto stesso vietando anche distinzioni positive per la controparte, come ad esempio nella vendita di un immobile ad un familiare, non applicando il trattamento paritario infatti sarebbe possibile vendere l'immobile ad un prezzo inferiore rispetto al valore di mercato per il legame di parentela; prezzo inferiore di quello che sarebbe stato applicato alla vendita dello stesso immobile ad una terza parte.

È possibile dedurre che il principio di autonomia privata sia rilevante in molteplici ambiti, inclusi i contratti di lavoro, i contratti di compravendita, i contratti di locazione, i contratti commerciali e molti altri; in tutti questi casi le parti coinvolte possono determinare le clausole contrattuali come prezzi, condizioni, termini di pagamento, obblighi e diritti, ma a condizione che tali clausole non violino la legge o i diritti fondamentali delle persone.

L'autonomia privata e la libertà contrattuale che ne deriva hanno dei limiti segnati dalla Costituzione, tra questi possiamo indicare alcuni concetti come la "sicurezza", la "libertà" e la "dignità umana", quest'ultima che può essere definita come la base del riconoscimento dei diritti umani.

3. La disciplina discriminatoria applicabile al contratto

Il divieto di atti e comportamenti discriminatori ha una particolare importanza quando si opera nei rapporti contrattuali perché in questo ambito, come appena detto, vige il principio della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost)⁴⁴ e dell'autonomia contrattuale riconosciuti e tutelati dall'ordinamento costituzionale ed interno (art 1322 c.c.)⁴⁵.

È possibile, tuttavia, che in queste situazioni abbiano luogo condotte discriminatorie, sia nella fase di scelta del contraente che nell'esecuzione del contratto; questo può accadere sia nella stipula di contratti con rapporti equilibrati ma, soprattutto, nei casi in cui è presente un disequilibrio normativo, in cui lo schema contrattuale stesso attribuisce una posizione di "forza" ad una delle parti come, ad esempio, nei contratti di lavoro o nei contratti dei consumatori.

Per avere un quadro accurato è necessario considerare in primo luogo il modello antidiscriminatorio contrattuale europeo; il Consiglio ha innovato l'ordinamento giuridico con una direttiva che mira a combattere le discriminazioni più emergenti ed oggi la fattispecie

⁴⁴ Art. 41 Cost. «L'iniziativa economica è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana [...]».

⁴⁵ Art. 1322 c.c. «Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge [art. 41 Cost] [...]».

discriminatoria è integrata da regole e divieti applicabili unicamente con due limitazioni formali:

- a) In ragione di specifiche qualità durevoli di una persona quali la razza, l'origine etnica e il sesso (c.d. fattori di rischio)
- b) Esclusivamente in ambiti settoriali, quindi circoscritti, quali lo scambio di beni e servizi che sono offerti al pubblico

Il comportamento illecito in ambito contrattuale, secondo la normativa europea, si può avere solo nell'accesso ai beni e servizi offerti al pubblico e non nella contrattazione tra privati⁴⁶ e, anche se atipica nelle modalità, ha una correlazione causa-effetto a prescindere dalla volontà di discriminare del soggetto agente tenendo conto quindi dell'effetto discriminatorio effettivamente prodotto; non è quindi necessario che ci sia consapevolezza o volontà rendendo irrilevante l'elemento soggettivo.

La presenza di una discriminazione espressa nel contenuto di un contratto, ne determina certamente l'illiceità.

Per quanto riguarda la legislazione italiana è noto che nel sistema del Codice civile del 1942, è già previsto un obbligo in linea generale di contrattare con chiunque richieda beni e servizi offerti dall'impresa a parità di trattamento, stabilito per tutti quei contratti aventi come oggetto servizi definibili "universali", ad oggi desumibile dall'art. 2597 del Codice civile per i servizi prestati dal monopolista legale e dall'art. 1697 c.c. per il concessionario di pubblico servizio.

La progressiva valorizzazione, anche in ambito europeo del principio di non discriminazione, ha indotto la dottrina a valutare la possibilità di applicare la legislazione antidiscriminatoria anche alla contrattazione che si svolge mediante una trattativa individuale; nella direttiva europea è molto chiaro il limite riferito al solo accesso a beni e servizi offerti al pubblico e altrettanto chiaro lo è nelle traduzioni inglese, francese e tedesco, mentre quella italiana ha consentito di sollevare qualche interrogativo.

Infatti, nella traduzione italiana di una delle due direttive, è presente questa "mancanza" che ha portato ad una riflessione sulla ragione della limitazione del principio nel diritto europeo e la relativa legittimità e ragionevolezza del superamento della limitazione in ambito nazionale.

È necessario quindi chiedersi se le normative finora analizzate possano essere prese in considerazione, ed applicate, anche nella contrattazione tra privati; e nel caso la risposta fosse affermativa, fino a che punto sono tutelate la libertà e la dignità degli individui?

*

⁴⁶ Direttiva n. 2000/43/CE e Direttiva n. 2004/113/CE.

È doveroso confrontare due nozioni incontrate in questa analisi, il comportamento scorretto, riconoscibile nella violazione del principio di buona fede ed il comportamento discriminatorio. Quando si parla di correttezza si fa riferimento all'attenzione e al rispetto per l'interesse altrui nei limiti di un ragionevole sacrificio dell'interesse proprio; se invece si parla di discriminazione, si ha un comportamento che va a violare un divieto.

Nella "vita" di un contratto si possono immaginare diverse fasi, e l'ordinamento prevede, già in una delle prime fasi, quella di trattativa, dei meccanismi di correzione e riequilibrio che si attivano con la violazione della regola di buona fede data dall'art. 1375 c.c.⁴⁷, in questo modo un limite di "moralità nella contrattazione"⁴⁸ si può incontrare già nella fase preliminare che porta alla formazione di un contratto.

In casi di comportamento illecito nella fase precontrattuale diventa difficile interpretare le conseguenze dell'atto illecito; una dottrina tradizionale prevedeva la responsabilità precontrattuale solo se la violazione della buona fede portava ad un contratto invalido per "vizi del consenso"⁴⁹; ad oggi invece è previsto un risarcimento anche in casi di contratti formalmente validi che abbiano comunque un pregiudizio verso il contraente in ragione di "vizi incompleti" che quindi non portino all'annullamento del contratto in quanto non ascrivibili alle ipotesi di invalidità dei contratti⁵⁰.

Questo anche per il c.d. principio di non interferenza che regola la validità e la correttezza nel contratto; con questo principio, la violazione del dovere di buona fede, non è ritenuta una causa di invalidità del contratto, ma diventa fonte di responsabilità per i danni che ne derivano.

Ciò comporta che nei casi in cui i tribunali devono affrontare la liquidazione dei danni non patrimoniali, derivanti da tali comportamenti, si ha incertezza e oscillazione circa l'ammontare del *quantum* risarcibile.

Un problema si traduce quindi nel giustificare oltre ai danni patrimoniali, previsti dalla normativa sulla tutela precontrattuale, anche la risarcibilità dei danni di carattere non patrimoniale che è invece prevista dalla normativa antidiscriminatoria nazionale.

⁴⁷ Art. 1375 c.c. «Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede».

⁴⁸ B. Checchini, 2019. *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, p. 174.

⁴⁹ A norma del Codice civile, il contraente può chiedere all'annullamento del contratto quando la sua volontà è stata alterata dai vizi del consenso, ovvero il suo consenso è stato dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo.

⁵⁰ Invalidità data da contratto nullo o annullabile.

Come è noto, l'art. 2059 c.c.⁵¹ prevede che «il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge» e la giurisprudenza ha ritenuto di ampliare l'applicazione della norma ogni qualvolta vi sia «la lesione dei diritti inviolabili della persona: alla libertà personale, alla riservatezza, a non subire discriminazioni»⁵².

È quindi opportuno e necessario verificare nella fase precontrattuale quando la condotta è “libera”, se questa è da definirsi illecita perché in violazione del dovere di buona fede o perché derivante dalla violazione del principio di non discriminazione, verifica necessaria anche per identificare l'applicabilità del risarcimento per i danni, patrimoniali, non patrimoniali e per i casi in cui sono applicabili entrambi⁵³.

Per i danni patrimoniali si mira a ripristinare il patrimonio del discriminato per un importo pari al danno economico subito; per i danni non patrimoniali il risarcimento è previsto nei casi di lesione di un diritto costituzionalmente protetto; l'onerosità del risarcimento in questo caso varia in base alla gravità dell'offesa e del danno provocato, e ciò può derivare da una valutazione equitativa; questa funzione è quindi compensativa, ma anche lato sensu punitiva.

In molti casi diventa pressoché impossibile provare se la scelta è basata su una motivazione interna discriminatoria, anche se come già detto, non è necessaria “l'intenzione discriminatoria” ma solo l'effetto o risultato discriminatorio.

È anche possibile ipotizzare un comportamento discriminatorio nel rifiuto di concludere il contratto; in tal caso il rifiuto è illegittimo nel caso sia esplicitamente fondato su una caratteristica personale protetta della persona che rappresenta l'altro contraente; ciò nonostante tradizionalmente il rifiuto di concludere il contratto sia considerato insindacabile in ragione del principio di libertà negoziale.

In questi casi il rifiuto diventa illegittimo perché contrario al principio di buona fede e al divieto di non discriminare; il rifiuto della conclusione del contratto non produce necessariamente un danno o pregiudizio economico, ma può produrre, come già analizzato, un danno morale non patrimoniale, danno sanzionato dalla legge.

È però necessario, che «la rottura delle trattative si verifichi dopo che si sia consolidato il giustificato affidamento di controparte nella conclusione del contratto»⁵⁴ e che la rottura stessa sia priva di giusta causa.

⁵¹ Art. 2059 c.c. «il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge».

⁵² Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26973.

⁵³ B. Checchini, 2019. *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, p. 174.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 173.

La discriminazione può avvenire oltre che nella contrattazione anche nella fase della stipula e quindi nel contenuto del contratto e si possono ipotizzare tre casi⁵⁵:

1. L'inserimento nel contratto di una clausola economicamente svantaggiosa; in tale ipotesi si utilizzano i metodi tradizionali;
2. L'inserimento di una clausola economicamente svantaggiosa perché discriminatoria; la clausola può essere espressamente discriminatoria, e in tal caso si può applicare la tutela ordinaria perché l'illiceità è per tabulas, ma anche la tutela antidiscriminatoria, e quindi il risarcimento del danno non patrimoniale.

Oppure la clausola non è direttamente discriminatoria ed appare neutra; in questo caso diventano rilevanti, come parametri discriminatori, la condotta e l'effetto di disegualianza rispetto ad una situazione analoga, sia essa reale o meramente ipotetica; se si riesce a raggiungere le prove di ciò si potrebbe quindi configurare un'ipotesi di discriminazione indiretta.

3. L'inserimento di una clausola discriminatoria ma neutra dal punto di vista patrimoniale; in questi casi diventa più difficile configurare l'illecito discriminatorio, questo perché le motivazioni personali fanno parte dell'area della libertà insindacabile, e di conseguenza, l'illecito è presente solo nel caso in cui la motivazione personale venga tradotta in una clausola espressa, che rende quindi il contratto illecito.

La discriminazione può avvenire oltre che nelle fasi di contrattazione e formazione del contratto, anche nella fase di esecuzione del contratto stesso, rifiutandosi un contraente di fornire beni e servizi o di fornire l'alloggio.

4. I provvedimenti giudiziari

Con l'art. 28 del d.lgs. 150/2011⁵⁶ il legislatore ha previsto una pluralità di provvedimenti emanabili dal giudice nell'ipotesi di illecito discriminatorio.

A tal proposito il magistrato può ⁵⁷:

1. Condannare il convenuto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale;
2. Ordinare la cessazione della condotta, del comportamento e dell'atto discriminatori pregiudizievoli;

⁵⁵ B. Checchini, 2019. *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, p. 188.

⁵⁶ Art. 28 del d.lgs. n. 150/2011 «Al fine di impedire la ripetizione della discriminazione, il giudice può ordinare di adottare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate [...]».

⁵⁷ B. Checchini, 2019. *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, p. 206.

3. Adottare ogni altro provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti;
4. Ordinare la pubblicazione del provvedimento che accoglie la domanda;
5. Ordinare l'adozione di un piano di rimozione delle discriminazioni accertate.

Il giudice, quindi, può fare ricorso sia a provvedimenti tipici, come il risarcimento del danno patrimoniale, ma anche a provvedimenti atipici in quanto, come prima detto, è legittimato ad applicare «ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti»⁵⁸ e quindi atipici nel contenuto.

Il giudice con l'articolo sopracitato può, al fine di impedire la ripetizione della discriminazione, ordinare l'adozione, entro il termine fissato nel provvedimento, di un piano di rimozione delle discriminazioni accertate.

Diventa necessario quindi valutare se, i rimedi previsti dalla normativa, riguardano una forma di tutela inibitoria tradizionale, che quindi “opera per il futuro”, oppure se siano effettivamente in grado di tutelare maggiormente dai comportamenti discriminatori con un intervento mirato; gli obiettivi dichiarati dalla tutela sono quindi due, la *cessazione* del comportamento e la *rimozione* degli effetti che esso ha provocato.

Nonostante questi strumenti rimediali siano espressi dalla normativa, né il diritto europeo, né quello nazionale in materia discriminatoria identificano in modo univoco se ci si interfacci con casi di invalidità, nullità o inefficacia.

Quando si fa riferimento all'illecito, ci si può trovare di fronte ad un atto valutabile in modo oggettivo o ad un comportamento, indipendente dalla volontà dolosa o meno da parte del soggetto, oppure di fronte ad una condotta che è identificabile in un comportamento dotato di consapevolezza e volontà da parte del soggetto agente.

Come esposto precedentemente, nella fase precontrattuale, esistono vari comportamenti in cui potrebbe avvenire discriminazione come, ad esempio, la predisposizione di una proposta, il rifiuto di contrattazione o il rifiuto di concludere il contratto.

Alcuni comportamenti discriminatori sono più “affrontabili” rispetto ad altri; quando ci si interfaccia con il rifiuto di concludere il contratto, ad esempio, è più difficile da parte del giudice emanare l'ordine di proseguire con la trattativa e di concludere il contratto; più agile invece, è

⁵⁸ Art. 28 del d.lgs. n. 150/2011, comma 5, «Con la sentenza che definisce il giudizio il giudice può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, adottando, anche nei confronti della pubblica amministrazione, ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti [...]».

dimostrare i casi di violazione del principio di buona fede, procedendo poi al risarcimento dei danni patrimoniali, ed eventualmente, dei danni non patrimoniali in caso di dimostrazione di condotta discriminatoria.

Ancora più agile, dimostrare la presenza di clausole, o condizioni palesemente discriminatorie, che violano doveri precontrattuali traducendosi, quindi, anche in mancanza di clausole apertamente discriminatorie, in effetti discriminatori per il contraente che possono quindi portare oltre all'ordine di cessazione da parte del giudice, anche alla dichiarazione di illiceità dell'atto, della clausola, o dell'intero contratto.

PER UNA CONCLUSIONE

In questo lavoro abbiamo rilevato che ad oggi sono in vigore una pluralità di norme che regolano i comportamenti discriminatori; questa composizione deriva dalla pluralità di fonti che hanno influenzato la legislazione italiana, da quelle europee alle normative preesistenti vigenti del nostro ordinamento.

Queste norme però tra loro non sono coordinate in modo efficace e sistematico; è quindi indispensabile ed essenziale il ruolo degli interpreti che devono individuare il rimedio adeguato al fine di realizzare il principio di non discriminazione.

Un quesito sorto in quest'analisi è l'applicabilità del diritto antidiscriminatorio anche nella contrattazione tra privati; questo "dubbio" o "vuoto" legislativo deriva da un errore di traduzione delle direttive europee che, come prima esposto, ha lasciato spazio a vari quesiti sul campo di applicabilità.

Le normative che derivano dalle direttive inducono ad una riflessione sulla concezione tradizionale del "contraente" che non è più considerato solo come "operatore economico" ma che deve essere visto anche nella prospettiva della sua dignità.

Si ampliano quindi le cause di illecità del contratto, che sono ora influenzate dalle normative derivanti da questo principio, e si integra una tutela giuridica che si traduce anche in un ampliamento del risarcimento del danno non patrimoniale.

Ne deriva che l'applicazione del diritto antidiscriminatorio può essere considerata nei casi in cui un soggetto ha la possibilità di scegliere la controparte e che decide di procedere o meno nel contratto; non in base ad un interesse economico ma per una caratteristica personale del contraente tenendo quindi un comportamento discriminatorio illecito.

Il principale quesito che emerge in questo in questo lavoro di ricerca riguarda il bilanciamento tra il principio di autonomia privata e quello di non discriminazione.

Nonostante le tutele che derivano dalla disciplina sul contratto di cui al Codice civile, è emerso che l'autonomia privata non è assoluta e nemmeno illimitata, potrebbe nascondere altrimenti comportamenti discriminatori ad oggi non sanzionabili con i rimedi tradizionali.

Analizzando i diversi rimedi, i requisiti di applicazione per gli stessi e i risultati che ne derivano, si evince che il principio di non discriminazione, non nega o limita la libertà di scelta della controparte, nemmeno nei casi in cui il contraente si rivolge al pubblico.

La legislazione in merito, infatti, non va a pregiudicare la libertà di scelta della controparte nella misura in cui la scelta non sia basata sui fattori di rischio.

Si tratta evidentemente solo di un primo passo per l'attuazione della parità di trattamento nella contrattazione in ragione di alcuni connotati riferibili alla persona; ancora molto lavoro si dovrà svolgere ma questa "nuova" direzione ha il merito di voler considerare il contraente come persona in linea con l'evoluzione "personalista" del diritto dell'Unione.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI E SITOGRAFIA

- B. CHECCHINI, 2019. *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*. Torino: Giappichelli editore.
- D. LA ROCCA, 2008. *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo*. Torino: Giappichelli editore.
- D. MAFFEIS, 2007. *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*. Milano: Giuffrè.
- G. CARAPEZZA FIGLIA, 2013. *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*. Napoli: ESI.
- G. OPPO, 1974. *Eguaglianza e contratto nelle società per azioni*. Milano: CEDAM.
- LUDOVICA VACCARO, *Il divieto di discriminazione nei rapporti contrattuali*; disponibile su «[https://www.justowin.it/tema/il-divieto-di-discriminazione-nei-rapporti-contrattuali#:~:text=ivo%20n.,\)%20o%20in%20un'offerta](https://www.justowin.it/tema/il-divieto-di-discriminazione-nei-rapporti-contrattuali#:~:text=ivo%20n.,)%20o%20in%20un'offerta)», [Data di accesso: 25/09/2023].
- PUTATURO DONATI MARIA GIULIA, *Il principio di non discriminazione ai sensi dell'art. 14 CEDU: risolti sul piano del diritto internazionale e del diritto interno*; disponibile su «http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Putaturo_-_Il_principio_di_non_discriminazione.pdf», [Data di accesso: 25/09/2023].
- DIRETTIVA 2000/43/CE del Consiglio, *che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica*; disponibile su «<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A32000L0043>», [Data di accesso: 25/09/2023].
- DIRETTIVA 2004/113/CE del Consiglio, *che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura*; disponibile su «<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0113&rid=1>», [Data di accesso: 25/09/2023].
- DICHIARAZIONE DEI DIRITTI UMANI; disponibile su «https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/itn.pdf», [Data di accesso: 25/09/2023].
- CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UE; disponibile su «https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_it.pdf», [Data di accesso: 25/09/2023].
- CONVENZIONE EUROPEA SUI DIRITTI DELL'UOMO (CEDU); disponibile su «https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ita», [Data di accesso: 25/09/2023].
- «<http://www.privacy.it/archivio/legge1970300.html#art1>», [Data di accesso: 10/10/2023].
- «[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659298/EPRS_STU\(2020\)659298_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659298/EPRS_STU(2020)659298_IT.pdf)», [Data di accesso: 10/10/2023].

«https://www.echr.coe.int/documents/handbook_non_discri_law_ita.pdf», [Data di accesso: 10/10/2023].

«<https://gallettoeassociati.it/wp-content/uploads/2020/02/52.-Codice-civile-commentato-Autonomia-contrattuale-art.-1322.pdf>», [Data di accesso: 10/10/2023].

«<https://www.brocardi.it/codice-delle-pari-opportunita/libro-iii/titolo-ii-bis/>», [Data di accesso: 10/10/2023].

«<https://www.cortecostituzionale.it/default.do>», [Data di accesso: 10/10/2023]

«<https://giurcost.org/>», [Data di accesso: 12/10/2023].

«https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1285395.pdf?_1634226463860», [Data di accesso: 12/10/2023].

«<https://www.technoambiente.it/2021/12/02/modifiche-al-codice-delle-pari-opportunita-cosa-cambia-per-gli-imprenditori/>», [Data di accesso: 12/10/2023].