



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento Di Scienze Economiche Ed Aziendali "Marco Fanno"

PROVA FINALE DI LAUREA TRIENNALE IN ECONOMIA

**“DIRITTO DEI CONTRATTI E PRINCIPIO DI
NON DISCRIMINAZIONE”**

Relatore: Ch.Mo Prof. Viglione Filippo

Laureando: Perin Alberto

Matricola N. 1160913

ANNO ACCADEMICO 2019-2020

Indice

Introduzione.....	3
1. Capitolo 1: Discriminazione e autonomia privata.....	5
1.1. Eguaglianza e autonomia contrattuale.....	5
1.2. I limiti all'autonomia privata.....	6
1.3. Dignità della persona.....	8
1.4. Il diritto assoluto a non essere discriminati.....	8
Capitolo 2: Leggi antidiscriminatorie.....	10
2.1. Le origini del diritto contrattuale antidiscriminatorio.....	10
2.2. La Direttiva 2000/43/CE.....	11
2.3. Prima e seconda attivazione in Italia del diritto contrattuale antidiscriminatorio.....	13
2.4. La Carta di Nizza.....	15
Capitolo 3: Comportamenti discriminatori illeciti e provvedimenti giudiziari.....	17
3.1. I soggetti della discriminazione.....	17
3.2. La discriminazione nella conclusione del contratto.....	19
3.3. Gli strumenti sanzionatori.....	21
3.4. Il risarcimento del danno.....	23
3.5. Banche, assicurazioni e discriminazione.....	25
Conclusioni.....	28
Bibliografia.....	30

Introduzione

La libertà contrattuale è una tematica di innegabile ed assoluta importanza.

Ogni negoziazione che affrontiamo, ogni acquisto che sosteniamo e ogni firma che apponiamo ogni giorno, nei limiti del consenso della controparte contrattuale, è una manifestazione del concetto di libertà contrattuale.

Appare dunque indiscutibile il peso che questo argomento abbia nelle nostre vite; ritengo perciò che sia molto importante comprenderne le peculiarità e, soprattutto, i limiti.

Ogni persona, nel nostro ordinamento giuridico, è libera di scegliere il soggetto con cui trattare e le condizioni della contrattazione; ha facoltà, inoltre, di basare le proprie decisioni sulle qualità personali della controparte.

Quest'ultimo aspetto è stato evidenziato da A. Galasso, nel libro "La rilevanza della persona nei rapporti privati", nel quale scrive "La libertà di scelta del contraente costituisce una delle manifestazioni (...) della libertà contrattuale".

Il contraente, al momento della conclusione del contratto, può attribuire rilievo alle condizioni della controparte, anche a connotati contingenti o non durevoli.

Faccio un esempio: la decisione di un banchiere riguardo la concessione di un fido può essere influenzata dal modo in cui sia vestito il cliente e dal suo comportamento o atteggiamento in fase di trattativa.

Questo aspetto, a mio parere, vede la sua estrema manifestazione nel mondo del recruiting, soprattutto nel caso in cui la ricerca di nuovo personale sia indirizzata verso figure junior, i cui curriculum, prevalentemente scolastici, non sono sufficienti per compiere una corretta valutazione.

In questi casi le caratteristiche personali e i comportamenti dei candidati divengono determinanti ai fini della selezione del soggetto, da parte dell'azienda, con cui stipulare il contratto di lavoro.

Il principio generale di cui stiamo parlando riguarda dunque il fatto che il contraente possa rifiutarsi di contrattare con una controparte che evidenzi qualità naturali o giuridiche che possano potenzialmente esporre a pericolo la propria persona o i propri beni.

Queste qualità personali possono essere classificate in: "scelte", ossia oggetto di una decisione del soggetto stesso, come ad esempio le opinioni politiche o la professione esercitata, e "non

scelte”, ovvero derivanti da caratteristiche che non sono oggetto di decisione del soggetto, ad esempio la genetica, la famiglia di provenienza, la lingua, il sesso.

Le leggi antidiscriminatorie stabiliscono un limite alla libertà contrattuale del contraente che si rivolga al pubblico, sia nel momento della trattativa, sia nella conclusione ed esecuzione del contratto.

Vorrei evidenziare la dicitura “al pubblico” in quanto, come avremo modo di approfondire, il divieto di discriminazione pare operare soltanto nel caso di beni e/o servizi offerti al pubblico, escludendo dunque da questo tema, tutti i contratti cosiddetti “individualizzati”.

Nel considerando n. 14 della direttiva 2004/113/CE, leggiamo che “Ogni persona gode della libertà contrattuale, inclusa la libertà di scegliere un contraente per una transazione. La persona che fornisce beni o servizi può avere vari motivi soggettivi per la scelta del contraente.”.

Tuttavia, le leggi antidiscriminatorie vietano al contraente che si rivolga al pubblico, mettendo a disposizione beni o servizi, di proporre unilateralmente condizioni diverse e più svantaggiose alla controparte contrattuale in ragione di quelle che abbiamo classificato come le sue “qualità non scelte”.

Lo scopo di questo elaborato è costruire un quadro dell’evoluzione delle leggi antidiscriminatorie, per compierne un’analisi dal punto di vista giuridico-economico, al fine di comprendere il funzionamento delle tutele a favore dei soggetti discriminati.

Tratterò tre tematiche principali, secondo me importanti per cogliere quelli che sono gli aspetti principali del diritto contrattuale antidiscriminatorio.

Inizierò parlando del delicato rapporto che vige tra autonomia privata e discriminazione, passando in seguito a compiere un’analisi delle leggi antidiscriminatorie e delle loro origini, terminando con la spiegazione dei provvedimenti giudiziali e sanzionatori contro i comportamenti discriminatori.

Capitolo 1

Discriminazione e autonomia privata

Sommario: 1. Eguaglianza e autonomia contrattuale - 2. I limiti all'autonomia privata - 3. Dignità della persona - 4. Il diritto assoluto a non essere discriminati.

1. Le prime applicazioni da parte del legislatore europeo del diritto contrattuale antidiscriminatorio risalgono agli anni '70 ma solo recentemente questa tematica ha iniziato ad influenzare i rapporti contrattuali tra privati, ramo del diritto per il quale si sente prevalentemente parlare di "libertà".

In Europa, infatti, tende ad arricchirsi la mole di normative che hanno come scopo il divieto di comportamenti discriminatori tenuti in ragione di qualità personali specifiche, quali il sesso, l'età, la religione o la razza, ed è da questa tendenza che nasce la tematica del difficile rapporto tra libertà negoziale e antidiscriminazione nel contesto nazionale ed europeo.

Una prima soluzione a questo problema, che discende direttamente dalla legislazione europea antidiscriminatoria, consiste nella limitazione dell'applicazione dei divieti di discriminazione esclusivamente alla contrattazione che si rivolge al pubblico; tema trattato approfonditamente dall'opera di D. Maffei "Offerta al pubblico e divieto di discriminazione".

Le direttive n. 2000/43 e 2004/113 escludono infatti l'applicazione del diritto contrattuale antidiscriminatorio in tutte le contrattazioni strutturate e concluse privatamente.

Tali direttive, emanate dal legislatore europeo, sembrano comunque giustificare delle limitazioni all'autonomia contrattuale, tramite l'applicazione di limiti e divieti normativi.

A questo punto è necessario chiedersi se il diritto antidiscriminatorio nei contratti rivolti al pubblico possa o meno essere preso in considerazione per tutta la contrattazione tra privati.

Considerando che lo scopo della normativa europea antidiscriminatoria è la tutela di una precisa condizione giuridica, potrebbe essere inopportuno limitare l'applicazione di tale normativa in funzione della modalità con cui viene concluso un contratto (privatamente o mediante un'offerta al pubblico).

D'altro canto, se tali limitazioni all'autonomia contrattuale venissero applicate a prescindere dalla condizione di conclusione del contratto, come sarebbe legittimo aspettarsi, diverrebbe

necessario un aggiornamento degli strumenti sanzionatori e dei poteri esercitabili dal giudice, per garantire il rispetto e la tutela del soggetto discriminato, nelle contrattazioni tra privati.

Il “principio di eguaglianza” è uno dei temi fondamentali su cui si fonda la Costituzione Italiana. L’articolo 3 è dedicato alla specificazione della parità di dignità sociale di tutti i cittadini, senza distinzione.

Si sono sviluppate principalmente tre linee di pensiero riguardo l’applicabilità delle norme costituzionali.

La prima visione sostiene che la norma costituzionale non possa essere applicata nei rapporti tra privati, considerando l’art 3 della Costituzione come una disposizione applicabile solo all’ordinamento giuridico pubblico e non a quello privato. Secondo quest’ottica, l’eventuale applicazione della normativa costituzionale come base del concetto di eguaglianza porterebbe ad una totale distruzione dell’autonomia privata, imponendo dei limiti troppo stringenti.

Una seconda linea di pensiero sostiene che la normativa costituzionale non sia direttamente applicabile nei rapporti tra privati, bensì indirettamente, tramite una legge ordinaria oppure grazie a principi generali del diritto privato, come il buon costume, l’ordine pubblico e la buona fede.

Un terzo modo di ragionare considera le norme costituzionali riguardanti l’uguaglianza direttamente applicabili ai rapporti tra privati, ritenendo quindi necessario una rilettura del sistema normativo nazionale.

Nell’ordinamento nazionale coesistono un principio costituzionale di eguaglianza e un insieme di normative di origine europea in tema di antidiscriminazione.

Considerando che anche il concetto di libertà contrattuale è tutelato dalla nostra Costituzione, specificatamente dal principio costituzionale di libertà d’iniziativa economica, possiamo concludere sostenendo che il principio di eguaglianza trattato nell’art. 3 non possa essere direttamente applicato ai rapporti tra privati, tranne nei casi in cui sia il legislatore stesso a dettare una disciplina specifica di limitazione delle libertà contrattuali, come accade nei casi della normativa Antitrust, del monopolio o delle assicurazioni obbligatorie per i veicoli a motore.

2. La libertà contrattuale, come abbiamo appena concluso, non è esente da limiti. In primis, la base su cui ogni manifestazione della libertà di iniziativa economica deve basarsi, è la Costituzione.

Il contesto nel quale la libertà contrattuale può manifestarsi è infatti “delimitato” da quei concetti generali che guidano la nostra Costituzione e che non possono essere alienati, ossia “sicurezza”, “libertà” e “dignità umana”, aspetto a cui dedicheremo il paragrafo successivo.

Qualora il soggetto privato, nell’esercizio della propria iniziativa contrattuale ed economica, leda uno dei tre valori costituzionali poc’anzi citati a sfavore della controparte, si potrebbe legittimamente configurare un’ipotesi di illecito discriminatorio.

Per poter analizzare quelle che sono le limitazioni all’autonomia contrattuale, è necessario partire dalla considerazione del fatto che solo una norma di legge ha il potere di limitare la libertà contrattuale e di imporre l’obbligo di contrattazione o di osservanza della parità di trattamento.

Per quanto concerne questo aspetto, abbiamo già parlato della tutela antidiscriminatoria attuata dalle direttive europee e dalla Costituzione.

Ulteriori limiti legali alla libertà di contrattare sono disciplinati dal Codice civile, precisamente dagli articoli 1679 e 2597, che costituiscono l’obbligo di contrattazione (o il divieto del rifiuto a contrattare) rispettivamente per i gestori di servizi pubblici di linea per il trasporto di persone o cose, e per gli imprenditori monopolisti.

Tali figure sono dunque obbligate per legge ad accettare la contrattazione con qualsiasi soggetto, osservando la parità di trattamento.

La ratio di questi obblighi deriva dall’esigenza di tutelare il consumatore sprovvisto di potere contrattuale, nel caso del monopolista, e di organizzazione di un servizio che per definizione deve essere “pubblico”, nel caso dei trasporti di linea.

La definizione di discriminazione può essere suddivisa in più campi. Si parla infatti di discriminazione diretta, qualora un soggetto venga trattato sfavorevolmente in ragione del sesso, etnia o razza a differenza di come sarebbe stato trattato un altro soggetto nella stessa situazione, mentre si ha un caso di discriminazione indiretta quando tale trattamento deriva da una prassi o comunque da una disposizione applicata in maniera continuativa.

Una situazione simile alla discriminazione, la molestia, si configura invece ogniqualvolta vi sia un comportamento indesiderato per motivi di sesso, razza o etnia, che lede la dignità della persona che lo subisce.

La ratio dei divieti antidiscriminatori pare non essere collegata all’interesse economico dei contraenti, bensì alla protezione della dignità della persona discriminata, sia sotto una visione privata e intima, sia dal punto di vista del riconoscimento sociale.

Si configura dunque una nuova definizione di autonomia contrattuale, in cui la libertà di iniziativa economica deve obbligatoriamente sottostare al rispetto della dignità della persona.

3. Tutte le norme e le direttive che abbiamo citato finora, hanno in comune il riferimento ad un concetto di base: la “dignità” della persona.

Ogni qualvolta vi sia una violazione o danneggiamento dei diritti umani e delle libertà fondamentali, si configura un comportamento discriminatorio.

Il concetto di dignità umana ha iniziato ad avere rilevanza giuridica nel secondo dopoguerra, fino ad arrivare a rappresentare, al giorno d’oggi, la base simbolica del riconoscimento dei diritti umani.

Nel corso degli ultimi decenni, si è configurato il passaggio da un concetto di dignità intesa come riconoscimento dei diritti e libertà fondamentali della persona, ad una dignità come fonte di limiti all’autonomia privata.

Tale passaggio evidenzia la presenza di due modelli di dignità. Il primo, che evidenzia il riconoscimento giuridico dei diritti umani fondamentali, che fungono da garanzia contro tutti i comportamenti di rinnegamento dei valori della persona. Un secondo, che configura una serie di divieti antidiscriminatori non derogabili, neanche in caso di consenso espresso della controparte, data l’assoluta importanza dei valori costituzionali coinvolti.

La ratio della disciplina antidiscriminatoria evidenzia quindi la necessità di valorizzare la persona in quanto detentricessa di diritti fondamentali quanto inalienabili e, contemporaneamente, riconoscere la libertà contrattuale come aspetto imprescindibile del diritto privato ma sottostante ai limiti imposti dall’obbligo del rispetto della dignità personale della controparte.

In conclusione, sia che si parli di regole antidiscriminatorie derivanti dalla dottrina europea, sia che si parli di limiti imposti dalla nostra Costituzione o di leggi ordinarie, è necessario riconoscere l’importanza del divieto antidiscriminatorio anche nell’esercizio dell’autonomia privata, verificando in seguito quali siano effettivamente i mezzi per tutelare la controparte discriminata nel caso concreto.

4. Le indicazioni fornite dalle direttive europee di cui abbiamo parlato finora (la 2000/43/CE e la 2004/113/CE) sono generiche e non permettono di cogliere quali siano i rimedi applicabili ai casi concreti in cui si verifica discriminazione.

Un quesito che ci si pone è se lo scopo di tali direttive sia semplicemente l’attuazione della parità di trattamento tra soggetti privati, garantendone la tutela contro possibili discriminazioni in ragione di specifiche qualità personali (età, razza, religione...); oppure se il loro obiettivo sia la creazione di un principio generale, a livello europeo, per il quale ciascun soggetto debba obbligatoriamente godere del “diritto assoluto a non essere discriminato”.

La Corte di Giustizia europea e la nostra Cassazione sono giunte ad affermare l'esistenza di quest'ultima condizione, anche nei rapporti tra privati, in determinate condizioni.

La Corte di Giustizia europea, giudicando la legittimità di una legge tedesca in materia occupazionale, è giunta ad affermare che il principio di non discriminazione in base all'età debba essere un principio generale dell'Unione e che, in quanto tale, debba essere rispettato da tutti gli stati membri, attraverso la sua applicazione nei vari territori nazionali, dai giudici.

Allo stesso modo, la Cassazione italiana è giunta ad affermare l'esistenza, nel nostro ordinamento giuridico, di un diritto generale a non essere discriminati per ragioni etniche o simili.

Nel caso specifico, tutto è nato da una vicenda riguardante l'istituzione di un "bonus bebè" nel Comune di Brescia, con l'intento di incentivare la natalità.

Inizialmente, per poter godere di questo bonus, erano richieste la residenza da almeno due anni nel Comune e la cittadinanza italiana.

In seguito ad un ricorso da parte di alcune famiglie immigrate di origine extracomunitaria domiciliate a Brescia, il Comune decise per la rimozione di tale bonus, per tutte le famiglie, ufficialmente per motivi finanziari.

Tale decisione è stata impugnata nuovamente dagli immigrati, fino al momento in cui il Tribunale di Brescia ha ordinato la rimozione della delibera di cancellazione del bonus, procurandone la ricostituzione, con l'esclusione dell'iniziale requisito di cittadinanza italiana.

In base alle applicazioni della giurisprudenza decise dalle diverse Corti, emerge l'esistenza di una situazione giuridica soggettiva a non subire discriminazioni sulla base di caratteristiche personali, trovando giustificazione sovranazionale (direttive UE) e costituzionale (parità di trattamento davanti alla legge).

La giurisprudenza europea sta accelerando nel tentativo di istituire una generale normativa antidiscriminatoria. Contemporaneamente, i legislatori nazionali si stanno limitando ad attuare le direttive europee, senza procedere con un intervento di ristrutturazione profonda del diritto privato e contrattuale.

Sarebbe invece opportuno, soprattutto a livello nazionale, considerare la non discriminazione come situazione giuridicamente rilevante e da tutelare con leggi e provvedimenti opportuni. Solo utilizzando quest'ottica sarebbe possibile compiere un aggiornamento del sistema normativo nazionale, prevedendo regole antidiscriminatorie applicabili anche alla contrattazione tra privati, ossia quella cosiddetta "individualizzata".

Capitolo 2

Leggi antidiscriminatorie

Sommario: 1. Le origini del diritto contrattuale antidiscriminatorio - 2. La direttiva 2000/43/CE - 3. Prima e seconda attivazione in Italia del diritto contrattuale antidiscriminatorio - 4. La Carta di Nizza.

1. Come abbiamo avuto modo di presentare, le origini del diritto contrattuale antidiscriminatorio si devono ricercare nei Trattati dell'Unione Europea.

In origine, i trattati di Roma e di Maastricht, non evidenziavano palesemente il principio di eguaglianza come fondamentale e basilare per l'ordinamento europeo.

La versione originale del Trattato di Roma, emanata nel 1957, riportava solo alcuni richiami al concetto di eguaglianza. Nel dettaglio, nell'articolo 7 viene menzionato il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità, con l'obiettivo di promuovere la libera circolazione delle persone. Nell'articolo 119 invece, viene espressamente prevista la parità salariale tra uomini e donne, al fine di combattere le disuguaglianze salariali nei vari settori lavorativi (tema molto discusso ancora oggi).

Al momento della stesura del Trattato di Roma, dunque, è stata volontariamente esclusa la trattazione del principio di uguaglianza, per concentrarsi su aspetti prevalentemente economici e lasciare la gestione delle questioni sociali ai singoli ordinamenti nazionali.

Una svolta importante è avvenuta con il Trattato di Amsterdam, nel 1997, con il quale viene introdotto il principio di eguaglianza come principio fondamentale dell'Unione europea.

Volendo analizzarne alcuni punti, notiamo che nell'articolo 2 viene previsto, come compito dell'Unione, l'attuazione della parità tra uomini e donne; l'articolo 12 riprende, dal Trattato di Roma, il divieto di discriminazione in base alla nazionalità; l'articolo 13 attribuisce al Consiglio la facoltà di combattere la discriminazione basata sul sesso, origine etnica, religione o convinzioni personali con provvedimenti opportuni; l'articolo 141, infine, riprende anch'esso un concetto già espresso nel Trattato di Roma, ossia quello di parità di trattamento tra uomini e donne, al fine di offrire loro pari opportunità e remunerazioni in ambito lavorativo.

In ragione di questo approfondimento, possiamo affermare che, con il Trattato di Amsterdam, il concetto di eguaglianza diviene un principio cardine per tutte le politiche comunitarie.

Un'integrazione di tale Trattato è avvenuta con la firma del Trattato di Lisbona, nel 2007, il quale, nell'articolo 2, riporta espressamente che "l'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e le protezioni sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni".

Volendo citare ulteriori fonti riguardanti l'origine del diritto contrattuale antidiscriminatorio, il Consiglio ha emanato due direttive molto importanti per quanto riguarda la discriminazione nell'accesso a beni e servizi. La direttiva 2000/43, in particolare, presenta un range d'azione molto ampio, spaziando dal tema della discriminazione nell'accesso ai beni e servizi, alla discriminazione in ambiti occupazionali e scolastici, per motivi di origine etnica o razza. La direttiva 2004/113, invece, tratta il medesimo argomento, parlando però di discriminazione per motivi di genere.

Una volta completata la presentazione delle origini del diritto contrattuale antidiscriminatorio in chiave europea, passeremo ad analizzare le modalità con le quali la normativa italiana ha provveduto a recepire ed interiorizzare tali direttive, con l'obiettivo di costruire un modello da seguire per l'interprete che si trovi nella situazione di dover giudicare se un comportamento o una clausola contrattuale sia illecita e discriminatoria o espressione della libertà contrattuale.

2. Analizziamo ora una delle fonti principali che hanno dato vita al diritto contrattuale antidiscriminatorio: la Direttiva 2000/43/CE, che ha istituito il divieto di discriminazione fra le persone sulla base di differenze razziali o etniche.

Siccome l'obiettivo di questa direttiva è il rispetto della parità di trattamento, diviene necessario sancirne i concetti chiave, il campo di applicazione e le tutele giuridiche che essa viene a costituire a favore dei soggetti discriminati.

Le categorie tutelate dalla direttiva, come già anticipato, sono le persone vittime di discriminazione sulla base della razza o dell'origine etnica, due aspetti che la direttiva stessa non va a definire, lasciando ai singoli stati tale compito.

La direttiva 2000/43/CE può essere applicata in tipologie di discriminazione diverse fra loro.

In primo luogo, tutela i soggetti vittime di "discriminazione diretta", che si verifica nel caso in cui una persona venga trattata "meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe stata trattata un'altra persona in una situazione analoga".

Una seconda categoria di discriminazione vietata dalla direttiva è quella "indiretta", che si verifica quando una disposizione, può mettere "persone di una certa razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone, sempre che non sussista una causa di giustificazione che legittima tale disparità di trattamento".

Un ultimo caso trattato dalla direttiva è quello della molestia, che può diventare un caso di discriminazione quando sussiste un “comportamento indesiderato adottato per motivi di razza o di origine etnica” con lo scopo di violare la dignità di una persona.

Viene aggiunta però un’eccezione, per quanto riguarda l’ambito lavorativo, per il quale gli Stati membri possono acconsentire una diversità di trattamento basata sulla razza o etnia del lavoratore, nel caso in cui tali caratteristiche personali siano essenziali per lo svolgimento delle mansioni di tale posizione lavorativa, sulla base di valutazioni oggettive degli scopi del datore di lavoro e della natura del lavoro stessa.

In tal caso è quindi legittimo e non discriminatorio un trattamento differenziato tra soggetti diversi in funzione del contratto lavorativo.

La direttiva 2000/43/CE è stata scritta per essere applicata a tutte le persone, nei settori sia pubblico che privato: viene a delinarsi, in questo contesto, una forma di tutela contro le discriminazioni anche nei rapporti tra privati.

È previsto, infatti, che la direttiva si possa applicare anche “all’accesso a beni e servizi e alla loro fornitura, incluso l’alloggio”.

Nelle versioni in lingua ufficiale della direttiva, ossia inglese, francese e tedesco, viene specificato che deve trattarsi di beni e servizi a “disposizione del pubblico”.

La direttiva prevede anche un regolamento generale su cui devono basarsi le norme dei vari Stati nelle fasi di definizione delle azioni positive volte a tutelare la parità di trattamento tra soggetti, lasciando la libertà di integrare le disposizioni basilari.

Vengono introdotte quindi delle norme volte a tutelare i soggetti discriminati, consentendo loro di agire anche dopo il termine del rapporto considerato discriminatorio.

Nell’articolo 8 della direttiva, viene sancito che i soggetti discriminati possono denunciare un comportamento considerato discriminatorio direttamente o indirettamente, lasciando alla parte chiamata in causa l’onere di provare che non si sia verificato un comportamento discriminatorio illecito.

Con la direttiva 2000/43/CE viene prevista l’abrogazione di tutte le leggi e regolamenti contrari al principio della parità di trattamento, oltre alla nullità e inefficacia delle disposizioni discriminatorie illecite contenute nei contratti collettivi del lavoro, così come in quelli individuali e nei regolamenti aziendali.

Non si tratta però di una nullità tradizionale, in quanto viene previsto che l’inefficacia possa essere evitata con una modifica della legge o del regolamento discriminatorio.

Il legislatore europeo, infine, delega agli Stati membri il compito di definire i provvedimenti giudiziari e le sanzioni, tra cui il risarcimento dei danni, da applicare nei casi in cui si verifichi un'azione che violi il principio della parità di trattamento, definito dalla direttiva stessa.

3. La prima attuazione del diritto antidiscriminatorio in Italia è avvenuta con la pubblicazione del d.lgs. 9 Luglio 2003, che aveva come obiettivo l'applicazione, nel territorio nazionale, della direttiva 2000/43/CE.

Siccome tale decreto deve necessariamente essere interpretato prendendo in considerazione anche il decreto "gemello", ossia il 216/2003, che si pone come obiettivo la tutela, nel campo lavorativo, dei soggetti discriminati per fattori religiosi, di età, di orientamento sessuale, di handicap e di convinzioni personali, si potrebbe ritenere che la tutela antidiscriminatoria italiana possa essere legittimamente applicata anche nei casi di discriminazione appena elencati.

Così come nella direttiva UE di riferimento, nel d.lgs. viene esplicitata la nozione di discriminazione diretta, definendola in maniera analoga.

Una differenza si nota invece nella definizione di discriminazione indiretta: oltre a riprendere la definizione europea, ne viene ampliato il campo di applicazione, facendovi rientrare "ogni forma dell'agire umano sia essa di carattere generale o particolare, unilaterale o pattizio, volontario o involontario".

Viene inoltre riproposta, dal decreto, la definizione di molestia, riprendendone la definizione dalla direttiva europea, senza particolari modifiche.

Parlando invece dell'aspetto riguardante l'attività lavorativa, il decreto riprende la visione europea, sostenendo che "nel rapporto di lavoro o nell'esercizio dell'attività d'impresa, non costituiscono atti di discriminazione...quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla razza o all'origine etnica di una persona, qualora, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima".

Anche per quanto riguarda la materia dell'accesso ai beni e servizi, la normativa italiana riprende quella europea, con alcune eccezioni, esclude infatti l'inciso "e alla loro fornitura", oltre ad omettere la delimitazione del divieto alla contrattazione che si rivolge al pubblico.

Il decreto preso in esame, dunque, prevede che il divieto di discriminazione possa essere applicato in qualsiasi modalità di conclusione del contratto.

La direttiva 2004/113/CE, che abbiamo già citato in precedenza, si pone l'obiettivo di attuare la parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso ai beni e nella loro fornitura, estendendo dunque la tutela nel campo della contrattazione.

Ho deciso di tralasciare l'analisi di tale direttiva, per concentrare l'attenzione sulla sua attuazione in Italia, mediante il d.lgs. 6 novembre 2007, nel quale, per quanto riguarda la discriminazione illecita nella contrattazione in base al genere, vengono previste cinque situazioni diverse di discriminazione.

La prima, la discriminazione diretta, si verifica quando una persona viene trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe un'altra persona in una situazione analoga.

La seconda, la discriminazione indiretta, si verifica quando una disposizione, un criterio o una prassi, possono mettere le persone di un determinato sesso in una situazione di svantaggio rispetto a quelle dell'altro sesso, a meno che non sussistano finalità legittime per giustificare tali trattamenti.

La terza, la molestia, si verifica in caso di comportamenti indesiderati, fondati sul sesso, aventi come oggetto o conseguenza la lesione della dignità di una persona.

La quarta, la molestia sessuale, si verifica in caso di comportamenti indesiderati, espressi a livello fisico, verbale o non verbale, aventi come oggetto o conseguenza la lesione della dignità di una persona.

La quinta ed ultima, l'ordine di discriminare persone, in maniera diretta o indiretta, a motivo del sesso.

Il decreto italiano ammette però un'eccezione, specificando che le differenze di trattamento nella fornitura di beni o servizi destinati almeno principalmente, se non esclusivamente, ad un pubblico di un solo sesso, non costituiscono discriminazione nel caso in cui tale trattamento sia giustificato "da finalità legittime perseguite con mezzi appropriati e necessari".

Il decreto sancisce, come principio generale, che è fatto divieto discriminare direttamente o indirettamente sulla base del sesso nell'accesso ai beni e servizi e alla loro fornitura, precisando che tale divieto si applica a tutti i soggetti che forniscono beni e servizi a disposizione del pubblico, offerti fuori dall'area della vita privata.

Particolare attenzione viene posta dal legislatore italiano nei contratti di assicurazione e finanziari, sostenendo che il sesso della persona che stipula un contratto assicurativo o finanziario non possa essere utilizzato come dato ai fini della determinazione del prezzo del prodotto/servizio venduto o nel calcolo dei premi assicurativi o finanziari.

Passiamo ora a parlare di come il legislatore italiano abbia concretamente deciso di regolare legalmente i casi di discriminazione.

In caso di violazione del divieto di discriminazione, il soggetto leso ha facoltà di presentare ricorso al giudice, anche dopo il termine del comportamento presunto discriminatorio.

Il giudice, a questo punto, ha facoltà di intervenire nel modo più opportuno, in base al provvedimento richiesto.

Viene prevista la possibilità di ordinare l'immediata cessazione del comportamento discriminatorio, nel caso in cui esso sia ancora in essere, adottando in seguito ogni provvedimento idoneo ad eliminare gli effetti della discriminazione.

Contro la decisione del giudice è possibile chiedere ricorso al Tribunale in composizione collegiale, a cui non può partecipare il giudice che abbia emanato il provvedimento contro il comportamento discriminatorio, entro quindici giorni dalla notifica dello stesso.

Oltre alla possibilità per il giudice di ordinare la cessazione del comportamento giudicato discriminatorio, viene prevista la possibilità di ordinare il risarcimento dei danni, siano essi patrimoniali o meno.

Possono essere infine previste delle ammende o l'arresto fino a tre anni, per tutti i soggetti che non osservino i provvedimenti giudiziari volti a reprimere il comportamento discriminatorio.

Spetta, in tutti i casi, al soggetto attore di discriminazioni fornire prove che non vi siano state violazioni del divieto discriminatorio.

4. Poiché le leggi antidiscriminatorie impongono dei divieti a compiere certi comportamenti, inevitabilmente esse costituiscono una limitazione dell'autonomia contrattuale, per questo motivo è necessario delinearne i limiti di applicazione.

Come abbiamo già visto, il limite principale del diritto antidiscriminatorio è che esso si possa applicare solo nei casi di discriminazione per ragioni di razza, etnia, colore, religione, nazionalità o sesso, nei relativi ambiti di competenza (accesso ai beni e servizi o lavoro).

Da questa analisi nasce un problema per i legislatori nazionali, nel momento in cui essi siano chiamati a recepire le direttive europee contro la discriminazione. Spetta a loro, infatti, decidere se estendere gli ambiti di applicazione delle leggi antidiscriminatorie anche a situazioni non tutelate dalle direttive europee.

Questo problema nasce dalla considerazione dell'esistenza di un importante documento: la carta di Nizza, che attribuisce rilevanza a fattori di discriminazione diversi da quelli trattati dalle direttive europee.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anche nota come Carta di Nizza, è stata emanata il 7 dicembre 2000 a Nizza e aggiornata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo.

Essa ha come obiettivo la definizione di un gruppo di diritti e di libertà di assoluta rilevanza, che siano garantiti a tutti i cittadini dell'Unione Europea.

È necessario sottolineare l'importanza di questo documento in quanto, dal momento dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, esso assume la stessa rilevanza giuridica dei trattati e si pone dunque come vincolante per le istituzioni europee e gli Stati membri e, così come i trattati e protocolli allegati, come vertice dell'ordinamento dell'Unione europea.

Con la Carta di Nizza vengono definiti i diritti e i principi che devono essere rispettati dall'Unione, nonostante l'applicazione di tali principi sia stata comunque affidata anche alle normative nazionali. Il testo della Carta comprende 54 articoli suddivisi in 6 capi, i cui titoli elencano i valori fondamentali garantiti dalla Carta: dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia.

Uno dei diritti fondamentali proclamati dalla Carta di Nizza è il diritto a non essere discriminati nell'esercizio dell'attività contrattuale.

L'attività di interpretazione delle leggi viene condizionata pesantemente dalla presenza di questa Carta dei diritti fondamentali, in quanto è necessario passare da un'interpretazione caratterizzata da un'analisi letterale del testo delle norme, ad una più ampia considerazione generale dei principi e valori fondamentali di ciascun sistema giuridico.

Nonostante ciò, è pur vero che la Carta di Nizza, nonostante la sua rilevanza giuridica, costituisce una serie di principi destinati a rimanere tali finché non verranno tradotti in norme e divieti, con relative sanzioni in caso di mancato rispetto.

Accanto alla Carta di Nizza, si pone la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, di origini ben più datate, firmata nel 1950 dal Consiglio d'Europa, con l'obiettivo di tutelare i diritti umani e le libertà fondamentali in Europa.

A tale Convenzione viene riconosciuto il merito di aver istituito la Corte europea dei diritti dell'uomo, il cui scopo è tutelare le persone vittime di violazioni dei diritti umani.

È innegabile l'importanza di questi due documenti, in una società come quella europea, composta al giorno d'oggi da individui completamente diversi l'uno dall'altro per aspetto, origini e credenze o convinzioni.

Capitolo 3

Comportamenti discriminatori illeciti e provvedimenti giudiziari

Sommario: 1. I soggetti della discriminazione - 2. La discriminazione nella conclusione del contratto - 3. Gli strumenti sanzionatori - 4. Il risarcimento del danno – 5. Banche, assicurazioni e discriminazione

1. Il divieto di discriminazione opera non soltanto nei casi di alienazione di beni, ma anche nelle fasi di acquisto di beni e/o servizi. In questo modo viene tutelato sia il soggetto acquirente, sia la controparte della transazione.

La definizione di “beni e servizi” deve necessariamente comprendere anche le società e le quote sociali: vengono in questo modo tutelati, ad esempio, gli acquisti di società o di una loro partecipazione.

Per trattare correttamente questo paragrafo, è necessario definire e distinguere alcune situazioni diverse, in cui può essere applicato il divieto di discriminazione: la contrattazione tra privati, tra professionisti e consumatori e tra imprese.

In qualsiasi tipo di contrattazione discriminatoria, possiamo distinguere un soggetto attivo e uno passivo della discriminazione. Inizierò analizzando la posizione del primo dei due.

Possiamo presentare due categorie di soggetti attivi nella discriminazione: l’impresa, ai danni di un’altra impresa o di un consumatore, e il privato, nei confronti di un altro privato.

È necessario che il divieto di discriminazione si possa applicare sia alle imprese, che ai privati, infatti: nel caso in cui il divieto fosse applicato soltanto ai privati, un soggetto discriminato, per accedere ai prodotti e servizi di un’azienda discriminante, sarebbe obbligato ad acquistarli da un altro privato non discriminato da tale azienda.

Allo stesso modo, un divieto applicato solo alle imprese porterebbe ad un restringimento dell’offerta di beni e servizi a disposizione dei privati discriminati, generando inflazione nel lungo termine.

In Italia, per quanto concerne la contrattazione discriminatoria tra privati, assumono particolare rilevanza i contratti di vendita e di locazione di immobili. Un pregiudizio o un preconcetto culturale potrebbero mettere in seria difficoltà, ad esempio, la posizione di un immigrato, sia

esso un venditore, un acquirente o un locatore (ecco il motivo per cui il divieto di discriminazione si può applicare sia nei casi di acquisto di beni, sia nei casi di alienazione degli stessi).

Ci tengo a specificare che il ruolo di soggetto attivo della discriminazione può essere ricoperto anche da un individuo della stessa etnia, nazionalità o razza del soggetto discriminato, ad esempio: un venditore cinese di un immobile in Italia non può rifiutarsi di contrattare con un acquirente anch'esso cinese a causa della sua nazionalità.

Nel caso di discriminazioni da parte di aziende nei confronti di privati, merita un approfondimento il caso dell'azienda monopolista. Essa è obbligata, per legge, a contrattare con qualunque acquirente, osservando la parità di trattamento economico, talvolta rispettando e proponendo ai propri consumatori condizioni imposte dallo stato.

In questa situazione, una proposta economica da parte di un'azienda ad un acquirente indesiderato, può essere definita discriminatoria anche nel caso in cui essa rispetti le condizioni imposte dallo stato, qualora al resto dei consumatori vengano proposte condizioni più vantaggiose.

Concludo evidenziando che anche la pubblica amministrazione può legalmente diventare soggetto attivo nella discriminazione, nonostante si tratti di una situazione che, a conti fatti, accade molto raramente.

Passiamo ora a parlare del soggetto passivo.

Le leggi antidiscriminatorie si possono applicare non solo nei casi in cui l'atto discriminatorio sia posto ai danni di una sola minoranza, ma anche nel caso in cui vengano discriminate tutte le minoranze tranne una. Ad esempio: un fioraio che vende piante a tutti tranne ai musulmani è discriminatore tanto quanto un altro fioraio che vende piante solo ai musulmani, escludendo tutti gli altri possibili acquirenti.

Il divieto di discriminazione si applica anche nei casi di discriminazione "multipla", ossia quando si realizza un comportamento discriminatorio, ad esempio, per ragioni razziali, con l'intento di nascondere la vera motivazione della discriminazione (ad esempio le convinzioni politiche della controparte).

Le leggi contro la discriminazione hanno lo scopo di proteggere, indifferentemente, i cittadini, gli apolidi, gli stranieri e i rifugiati, nel settore pubblico così come in quello privato.

Con il decreto legislativo 286/1998 viene implementato il divieto di discriminazione anche per ragioni di provenienza geografica tra cittadini italiani. In questo modo diventa vietata qualsiasi discriminazione ad esempio verso i cittadini meridionali o i padani, in ragione della loro origine geografica.

Come abbiamo già anticipato, le leggi antidiscriminatorie si applicano sia nei casi di discriminazioni tra privati, sia tra imprese. Nel caso in cui il soggetto passivo sia un'impresa, sarebbe difficile ricercare il fattore di discriminazione attaccato dal soggetto attivo. I fattori della discriminazione protetti dalle leggi, aspetto di cui abbiamo già parlato, sono infatti tutti riferibili solo a persone fisiche, escludendo quindi le persone giuridiche (razza, etnia, religione...).

La soluzione a questo problema consiste nel giudicare il comportamento discriminatorio come se fosse stato indirizzato direttamente alle persone fisiche che rivestono un ruolo di rappresentanza dell'impresa discriminata: manager, azionisti, rappresentanti o amministratori.

2. La fase di conclusione delle trattative, momento nel quale viene stipulata una proposta formale, può essere indicata come fase conclusiva del contratto.

L'obiettivo di questo paragrafo è capire se, in tale contesto, possa legittimamente configurarsi una situazione di illecito discriminatorio ai danni del contraente.

Il primo illecito a cui si potrebbe pensare nel caso di una proposta contrattuale è l'inserimento, nella stessa, di una o più clausole sfavorevoli, che possano mettere il contraente in una posizione svantaggiosa, in ragione di una delle sue caratteristiche personali protette dalle leggi antidiscriminatorie.

A questo punto diventa indispensabile definire i limiti entro i quali una clausola possa essere legittimamente considerata sfavorevole. Precisamente è necessario chiedersi se l'illeceità della clausola possa configurarsi esclusivamente nel caso in cui vi sia un danno economico nei confronti della controparte o se il punto cruciale che porti a definire una clausola illecita sia la lesione della dignità personale della controparte, causata dalla clausola stessa.

Nel campo dei contratti rivolti al pubblico, la soluzione è immediata in quanto se la clausola è direttamente discriminatoria, si configura automaticamente un caso di nullità contrattuale, mentre se la clausola risulta indirettamente discriminatoria, il pregiudizio ai danni del contraente, con conseguente nullità contrattuale, è ricavato tramite una comparazione della sua situazione negoziale con quella di una pluralità di contraenti, reali o ipotetici. In questi casi il pregiudizio economico ai danni del contraente può coincidere, ad esempio, con l'esclusione dello stesso dalla contrattazione per accedere al bene o servizio, in ragione di una delle caratteristiche personali protette dalla legge.

Parlando invece della contrattazione individualizzata, nella quale il divieto di discriminazione risulta di più difficile applicazione, per via della libertà negoziale riconosciuta ai soggetti, si potrebbero astrattamente configurare tre diverse ipotesi, con le relative soluzioni.

Nel primo caso, quando viene inserita una clausola economicamente svantaggiosa, si ricorre ai rimedi già esposti per la contrattazione rivolta al pubblico per il danno patrimoniale.

Nel secondo caso, quando viene inserita una clausola economicamente svantaggiosa e discriminatoria, direttamente o indirettamente, si possono configurare sia la nullità contrattuale per illecità sia la richiesta di risarcimento del danno non patrimoniale per la violazione delle norme antidiscriminatorie.

Nel terzo ed ultimo caso, quando viene inserita una clausola discriminatoria ma non pregiudizievole dal punto di vista patrimoniale, la soluzione appare più complicata in quanto le motivazioni personali, anche discriminatorie, di un contraente sono tutelate dalla libertà contrattuale. In tal caso, infatti, solo una clausola direttamente discriminatoria e seriamente lesiva della controparte potrebbe essere dichiarata illecita, portando alla richiesta di risarcimento del danno non patrimoniale, oltre alla nullità della stessa. Una clausola indirettamente discriminatoria risulterebbe, in questo caso, di difficile prova di illecità.

Parlando di una tipologia di clausole particolari, quelle vessatorie, il Codice civile, nell'articolo 1341, prevede che esse siano efficaci dal momento della loro approvazione per iscritto della controparte. Nonostante ciò, le clausole vessatorie discriminatorie, anche se adeguatamente approvate per iscritto dalla controparte, possono essere dichiarate illecite, portando alla nullità del contratto e alla richiesta di risarcimento del danno non patrimoniale.

Un'ulteriore situazione nella quale potrebbe configurarsi un illecito discriminatorio è rappresentata dal momento in cui un soggetto si rifiuta illegittimamente di concludere un contratto, in ragione di una caratteristica del contraente protetta dalle leggi antidiscriminatorie. Normalmente il rifiuto di concludere il contratto è una facoltà inalienabile del soggetto, in quanto protetta dalle leggi sulla libertà negoziale. Nonostante ciò, qualora il rifiuto avvenga fornendo come giusta causa del recesso una qualità protetta della controparte, offendendone la dignità personale, potrebbe configurarsi un caso di discriminazione, con conseguente danno non patrimoniale.

Dopo aver dedicato ampio spazio alla discriminazione nella fase delle trattative, passiamo ora ad analizzare la fase di esecuzione del contratto, che parte dal momento della stipula.

L'esecuzione del contratto, per essere considerata legittima, deve rispettare l'ordinamento giuridico (esatto adempimento), ossia non deve sfociare, per qualsiasi motivo, nell'inadempimento.

È necessario verificare come nel periodo di esecuzione del contratto vengano considerati e trattati i comportamenti discriminatori e come essi possano essere collegati al concetto di inadempimento.

Precisamente sarebbe necessario capire se, nell'eseguire correttamente la prestazione contrattuale dovuta, vi sia spazio per considerare illecito un eventuale comportamento discriminatorio o se esso, qualora posto in essere, causi l'inadempimento contrattuale o, ancora, se tale comportamento non possa mai essere considerato come illecito.

Una prima soluzione, seppur generale, ci viene fornita dalle leggi antidiscriminatorie stesse, le quali evidenziano che la protezione dei soggetti contro le discriminazioni opera non soltanto nel momento della conclusione del contratto, ma anche durante sua esecuzione ("accesso a beni e servizi e loro fornitura").

Seguendo quest'ottica, possiamo affermare che un soggetto può attuare un comportamento discriminatorio, pur restando nei limiti del corretto adempimento del contratto, attaccando una di quelle caratteristiche personali della controparte protette dalla legge.

Resta da capire se tale comportamento possa configurarsi come illecito, o meno.

Riguardo l'adempimento contrattuale, il legislatore stabilisce dei limiti comportamentali entro i quali si ricade nell'area dell'esatto adempimento, lasciando quindi un certo margine al soggetto operante per quanto riguarda il comportamento da poter tenere durante l'esecuzione del contratto.

Entro questi limiti di adempimento, non è possibile dare rilevanza ad un comportamento discriminatorio: il soggetto è libero di adempiere ai propri obblighi contrattuali prestando dalla minima diligenza necessaria, purché sufficiente, alla diligenza massima, seppur non obbligatoria.

Il momento giuratamente rilevante è, infatti, quello della stipula del contratto, nel quale possono, come abbiamo già visto, venirsi a creare delle condizioni di discriminazione illecita della controparte.

Dal momento che questa fase risulta superata, passando dunque a quella dell'esecuzione contrattuale, il creditore non potrà dolersi per il fatto di aver ricevuto una controprestazione più scadente di un'altra, qualunque sia la ragione della controparte per riservare tale comportamento al creditore specifico, compresa la ragione discriminatoria, purché entro i limiti dell'esatto adempimento contrattuale.

3. Il tema degli strumenti sanzionatori del diritto antidiscriminatorio è molto ampio e discusso, per certi versi incerto, soggetto (forse volutamente) a varie interpretazioni.

L'articolo cui fare riferimento per capire quali siano i rimedi applicabili dal giudice, in caso di illecito discriminatorio, è l'art. 28 d.lgs. n. 150/2011.

Il giudice può condannare il soggetto che ha compiuto l'illecito al risarcimento del danno anche non patrimoniale, ordinare la cessazione della condotta illecita e adottare ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti, oltre ad ordinare l'adozione di un piano di rimozione delle discriminazioni accertate.

Lo scopo dei provvedimenti, dunque, pare essere il ripristino della normalità (rimozione della discriminazione), oltre la punizione del soggetto che abbia compiuto l'illecito.

Passiamo ora ad analizzare i principali rimedi singolarmente.

L'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011 prevede anzitutto la possibilità, per il giudice, di ordinare la cessazione della condotta, anche durante la contrattazione.

Il fine ultimo di questo provvedimento è impedire la ripetizione della condotta illecita in futuro, per questo viene normalmente compreso nell'ambito della tutela inibitoria.

Nonostante ciò, lo scopo di tale provvedimento è duplice, rivolto sia al presente che al futuro: colpisce direttamente l'atto in essere, ordinandone la cessazione e contemporaneamente ne blocca gli effetti, ovvero l'esecuzione futura.

Sottolineo che una condotta può essere giudicata discriminatoria a prescindere dal pregiudizio economico e dall'intenzionalità dell'atto.

Siccome l'ordine di cessazione del comportamento discriminatorio pare non essere un rimedio sufficiente, è stato previsto che il giudice possa applicare "ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti".

Rimane da capire in questo caso quali siano i limiti di intervento del giudice, ai fini della tutela sia del soggetto discriminato, sia dell'autonomia privata.

Le direttive europee prevedono che possa configurarsi un tipo di invalidità speciale: si tratta di una nullità particolare, modificabile, in quanto se la clausola o il contratto discriminatori, che vengono giudicati inizialmente nulli, vengono successivamente modificati in modo tale da eliminarne la parte discriminatoria, possono essere, in seguito alla modifica, giudicati regolari. Tra "i provvedimenti idonei a rimuovere gli effetti" vengono compresi i risarcimenti dei danni patrimoniali e non, oltre alla facoltà per il giudice di emettere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso.

Parleremo ora di alcuni rimedi concreti, applicabili dal giudice, in alcune situazioni specifiche di contratti rivolti al pubblico.

Ci tengo a precisare che i rimedi delineati dalle leggi antidiscriminatorie sono protetti dalla previsione di sanzioni penali in caso di inosservanza degli stessi.

La discriminazione può verificarsi nella conclusione di contratti di entità economiche diverse e la protezione legale deve essere garantita in tutti i casi, soprattutto perché è probabile che gli

interessi dei soggetti deboli siano coinvolti nei casi di contratti caratterizzati da scarso valore economico.

Nel caso in cui la discriminazione consista nel rifiuto di un soggetto di contrattare con la controparte, in ragione di una delle sue caratteristiche personali protette, l'autore della discriminazione è tenuto anzitutto al risarcimento del danno.

Nel caso in cui si tratti di un'offerta al pubblico, pare comunque non sussistere un obbligo, a carico del soggetto che ha formulato l'offerta, di contrattare con tutti i contraenti a parità di condizioni.

Nonostante ciò, nel caso in cui il proponente al pubblico manifesti un rifiuto secco di trattare o di proseguire le trattative con un particolare soggetto, in ragione di una caratteristica protetta dalle leggi antidiscriminatorie di quest'ultimo, il soggetto discriminato potrà richiedere, ed ottenere, un ordine di cessazione di tale comportamento da parte del proponente.

Il rifiuto di concludere il contatto potrà dunque essere sanzionato con una sentenza giudiziaria che produca gli effetti del contratto.

Al fine di riprendere il tema della rilevanza economica del danno, sottolineo che il rifiuto di concludere il contratto non necessariamente produce pregiudizi economici per la controparte, sicuramente però produce un'alterazione della psiche della persona, causando un danno morale piuttosto che patrimoniale. Nonostante ciò, tale comportamento è sanzionato dalla legge.

Nel caso in cui l'atto discriminatorio consista invece nell'inserimento di una clausola contrattuale illecita, il rimedio giudiziale prevede la rettifica o l'integrazione, ovvero la modifica della struttura del contratto.

Qualora il contratto contenga una condizione più svantaggiosa per un determinato contraente, soltanto in relazione di una sua qualità personale protetta, il giudice può pronunciare una sentenza che modifichi il contenuto del contratto, eliminando tale condizione di svantaggio.

Nel caso in cui, specularmente al caso precedente, il contratto non contenga una condizione vantaggiosa per il contraente, soltanto a causa di una sua qualità personale protetta, a differenza di tutti gli altri contraenti ai quali, anche solo ipoteticamente, viene invece porposta, il giudice può emettere una sentenza che integri il contenuto del contratto.

Questi sono gli unici due casi nei quali il giudice ha il potere di modificare a tutti gli effetti il contenuto del contratto giudicato discriminatorio.

4. L'unico soggetto che ha facoltà di agire per ottenere il risarcimento del danno è la controparte contrattuale.

Vi sono due tipi di danni che possono essere risarciti a seguito di un atto discriminatorio, previsti direttamente dalle direttive europee: patrimoniale e non patrimoniale.

Se non opera in forma specifica, il risarcimento del danno causato al soggetto discriminato opera per equivalente, ovvero viene prevista la produzione degli effetti del contratto non concluso o la rettifica/integrazione del contratto parzialmente nullo, al fine di ripristinare il patrimonio del discriminato, per un importo pari al danno economico subito.

Nel caso in cui il risarcimento operi in forma specifica, oltre agli effetti appena esposti, la controparte ha diritto al risarcimento del danno non patrimoniale, così come del danno patrimoniale che possa eventualmente residuare.

Per comprendere la natura del danno non patrimoniale, è necessario fare riferimento ai diritti costituzionalmente qualificati. Esso, infatti, è previsto in caso di lesione di un diritto costituzionalmente protetto della persona discriminata, sia per quanto riguarda le persone fisiche, sia per i soggetti collettivi e le persone giuridiche, qualora vengano discriminati illecitamente soci, rappresentanti od organi sociali.

Il criterio che viene seguito per determinare l'onerosità del danno non patrimoniale consiste nel valutare la gravità dell'offesa, analizzando nel dettaglio la situazione concreta nella quale si sia verificato l'atto discriminatorio.

È necessario, per quanto riguarda il danno alla persona, trattare un aspetto importante: il pregiudizio. Poiché un comportamento discriminatorio è sempre basato su un pregiudizio, nel momento in cui l'episodio diviene noto, può verificarsi una lesione dell'identità personale della controparte, in quanto la collettività potrebbe essere psicologicamente influenzata dalle motivazioni del soggetto che ha compiuto la discriminazione.

Questo aspetto, a mio avviso, dovrebbe essere tenuto in considerazione dal giudice, nel momento della decisione dell'entità del danno, in quanto il pregiudizio potrebbe potenzialmente causare danni (economici e non) alla controparte per il resto della sua vita o carriera.

Nel caso in cui il discriminatore sia una persona giuridica, è necessario comprendere se la responsabilità ricada solo sulla persona giuridica o anche sulla persona fisica che abbia agito in nome e per conto della società.

Il tribunale di Padova, giudicato illecito il comportamento di un bar che applicava prezzi doppi ai soli clienti extracomunitari, ha deciso di non far cadere la responsabilità sul legale rappresentante, in quanto "coinvolto nella vicenda non a titolo personale, ma quale legale rappresentante della società".

Sarebbe necessaria, invece, l'affermazione della responsabilità personale dell'autore della discriminazione, accostandola a quella del soggetto collettivo, anche nel caso in cui a compiere l'illecito sia un dipendente, al fine di evitare che il discriminatore in quanto persona fisica, possa compiere nuovamente l'atto in un'altra situazione, lavorando per un'altra azienda o aprendo una nuova attività.

L'ultimo aspetto di cui desidero parlare è l'ordine di discriminare: esso avviene quando un soggetto obbliga un altro soggetto a discriminare una controparte, ad esempio quando un titolare di un bar ordina ai propri dipendenti di applicare prezzi doppi ai clienti extracomunitari.

Tale comportamento viene considerato un ordine di discriminare e non una manifestazione di pensiero (ad esempio nel caso in cui sia il dipendente stesso a decidere autonomamente di applicare i prezzi doppi) quando la dichiarazione viene giudicata idonea a vincolare il destinatario, in vista del comportamento che questi dovrà tenere nei confronti delle controparti contrattuali.

Poiché contro la legge, l'ordine di discriminare può liberamente essere disatteso dal destinatario, senza che ne discenda alcuna responsabilità nei suoi confronti. Nel caso in cui invece quest'ultimo decidesse di eseguire l'ordine, la responsabilità per aver compiuto un illecito discriminatorio cadrebbe sia sull'ordinante, sia sul destinatario.

5. L'ultimo argomento che desidero trattare prima della conclusione riguarda due ambiti di applicazione pratica del divieto di discriminazione: bancario e assicurativo.

La facoltà di scelta della controparte contrattuale, per le banche, è insindacabile. Il banchiere può infatti rifiutarsi di contrattare con un soggetto che non ritenga idoneo ad acquistare un servizio bancario (ad esempio un prestito, un mutuo o un fido).

Il divieto di discriminazione è astrattamente applicabile ai contratti bancari non personalizzati, ossia a quelli rivolti al pubblico. Si parla in questo caso, ad esempio, delle spese di commissione per l'esecuzione di un bonifico o un prelievo, oppure delle spese di apertura di un conto o di un contratto di home banking.

Si tratta, in questi casi, di una discriminazione che non opera al momento della dichiarazione al pubblico, ma nella fase delle trattative, ad esempio qualora vengano offerte condizioni migliori, rispetto a quelle pubblicate, a tutti i clienti tranne ad una minoranza degli stessi, a causa delle loro qualità personali.

Il Testo Unico Bancario, a questo proposito, detta che non è consentito, alle banche, offrire ad un cliente condizioni, tassi o prezzi peggiori rispetto a quelli pubblicizzati. Nulla vieta dunque

di offrire, tornando al discorso precedente, condizioni migliori di quelle pubblicate ad una determinata fascia di clientela.

La facoltà della banca di scegliere con chi contrattare e di escludere un soggetto dalla contrattazione è protetta dall'art. 1336 del Codice civile, secondo cui le informazioni pubblicizzate non costituiscono offerta al pubblico, ma solo un mero invito ad offrire o manifestare interesse.

Secondo il mio modesto parere, paragonare un contratto bancario, ad esempio un mutuo, ad un semplice contratto di compravendita, ad esempio di un computer, sarebbe irragionevole, per il semplice fatto che la banca, nel caso del mutuo, si impegna a fornire assistenza economica oggi, in cambio di un ritorno dopo molto tempo (basti pensare che la maggior parte dei giovani oggi stipula mutui anche di 25-30 anni) con un esiguo tasso di interesse, mentre il negozio che vende il computer si impegna a cedere un bene in cambio di un corrispettivo in denaro istantaneo, anche nel caso in cui la compravendita avvenga tramite finanziamento, in quanto i negozi di elettronica, per svolgere questo tipo di operazioni, si appoggiano a finanziarie esterne.

Alla luce di questo ragionamento, è comprensibile che una banca possa rifiutarsi di contrattare con determinati soggetti, nonostante essi richiedano semplicemente l'applicazione delle condizioni pubblicizzate dalla banca stessa, a seguito di un'analisi della loro condizione finanziaria passata, presente e futura, a prescindere dalle loro qualità personali.

Allo stesso tempo, però, ritengo sia sbagliato, da parte delle banche, pubblicizzare determinati prodotti a determinate condizioni, facendo credere che possa accedervi chiunque, quando in realtà tali condizioni non potranno essere proposte ad una minoranza di soggetti. Tralasciando l'aspetto discriminatorio, un comportamento di questo tipo, a lungo termine, farebbe crollare l'immagine della banca.

Così come alle banche, molto margine viene lasciato anche alle assicurazioni, soprattutto per quanto riguarda i contratti personalizzati. Un eventuale trattamento peggiore, ad esempio per un'assicurazione sulla vita, è considerato legittimo, in quanto si parla di un contratto il cui prezzo dipende strettamente dalle qualità personali dello stipulante. È chiaro, ad esempio, che un uomo sessantenne, di professione antennista, con un quadro clinico incerto, non possa pagare lo stesso premio di una casalinga quarantenne e che non sussista, in tal caso, alcun tipo di discriminazione.

Il problema della discriminazione nasce qualora si parli di assicurazioni obbligatorie per la responsabilità civile, ad esempio per la circolazione di veicoli a motore, al momento del calcolo del premio.

In questo caso sussiste per le assicurazioni l'obbligo di contrattare, oltre al divieto di emanare dichiarazioni al pubblico discriminatorie qualora differenti nei contenuti in base alle qualità personali dei destinatari.

Nonostante ciò, le compagnie assicurative sono libere di determinare i premi in base a tariffe stabilite precedentemente in base al rischio.

Ad esempio, per quanto riguarda la RC Auto, le compagnie assicurative predispongono dei test preventivi per il calcolo del premio in base alla residenza, al sesso e all'età del richiedente.

A questo punto interviene la direttiva 2004/113/CE, vietando l'utilizzo del sesso del contraente quale fattore determinante per il calcolo del premio. Lo scopo della direttiva è fare in modo che si continui a tenere conto del sesso quale fattore determinante, ma distribuendo il maggior costo derivante dal maggior rischio nella totalità dei soggetti assicurati.

Concludendo, è necessario sottolineare che tale direttiva non è estendibile agli altri fattori (residenza ed età) in quanto, se venisse applicato il principio della distribuzione del premio maggiore tra tutti gli assicurati per ogni caratteristica personale, il mercato delle assicurazioni non funzionerebbe più, questo perché il suo regolare andamento è basato proprio sull'eterogeneità dei premi delle varie polizze, determinati in base alle qualità del soggetto stipulante.

Conclusioni

Attualmente è in vigore una serie di norme con l'obiettivo di regolare e punire i comportamenti discriminatori illeciti. Tali norme, però, non seguono una filosofia lineare ed univoca: ciascun provvedimento, infatti, è slegato dagli altri, derivando da fonti diverse. In questa situazione è facile comprendere le difficoltà incontrate dall'interprete, in fase di definizione dei provvedimenti da adottare nel singolo caso.

Abbiamo analizzato come vi sia stata un'evoluzione, a livello europeo, del diritto contrattuale antidiscriminatorio: partendo da una visione meramente economica, con l'obiettivo di eliminare, tramite le norme antidiscriminatorie, le barriere ad alcuni mercati, ad una visione più "umana", che consideri l'idea di eguaglianza come principio fondamentale dell'Unione.

Come abbiamo visto, le tutele derivanti dalle direttive europee si possono applicare solo nei casi di discriminazione nella contrattazione rivolta al pubblico delineando, in questo modo, il più grande limite della normativa antidiscriminatoria attuale.

Abbiamo visto come anche la normativa italiana sia dello stesso pensiero, limitando la propria applicazione alla contrattazione rivolta al pubblico.

Ci siamo chiesti se possano sussistere delle condizioni nelle quali il diritto antidiscriminatorio possa legittimamente essere applicato anche nella contrattazione individualizzata. Il risultato di tale analisi è stato che queste condizioni possono verificarsi qualora un soggetto abbia la possibilità di effettuare una scelta su come contrattare e decida di farlo (o non farlo) accantonando completamente un interesse economico oggettivo e seguendo un comportamento discriminatorio, fornendo come giustificazione esclusivamente la presenza di una determinata qualità personale della controparte. Nel caso in cui quest'ultima risultasse una qualità protetta dalle leggi antidiscriminatorie, il comportamento di tale soggetto potrebbe essere giudicato illecito, in quanto costituirebbe una violazione della dignità umana della controparte.

Focalizzando l'attenzione sulle evoluzioni normative in tema antidiscriminatorio degli ultimi decenni, pare sia possibile definirne un concetto basilare, fondamento della normativa vigente: la dignità umana.

Il fatto di considerare il contraente non più esclusivamente come operatore economico che agisce per tutelare i propri interessi patrimoniali, bensì come soggetto caratterizzato da una propria dignità umana, che necessita di tutela giuridica, costituisce sicuramente un importante obiettivo raggiunto dalla giurisprudenza, ma deve necessariamente rappresentare anche il punto di partenza per l'evoluzione futura del diritto contrattuale antidiscriminatorio per arrivare, un

giorno, a poter applicare le tutele a favore del contraente indipendentemente dalla modalità di conclusione del contratto.

Bibliografia

BUFFONE GIUSEPPE, DE GIOVANNI CRISTIANO, NATALI ANTONIO IVAN, 2013. *Il contratto*. Padova: Cedam.

CARAPEZZA GABRIELE FIGLIA, 2015. *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*. Milano: Wolters Kluwer.

CHECCHINI BIANCA, 2019. *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*. Torino: Giappichelli Editore.

DIRETTIVA 2004/113/CE DEL CONSIGLIO del 13 dicembre 2004 *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*.

DIRETTIVA /43/CE DEL CONSIGLIO *che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica*.

GALASSO ALFREDO, 1974. *La rilevanza della persona nei rapporti privati*. Napoli: Jovene editore.

MAFFEIS DANIELE, 2007. *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*. Milano: Giuffrè Editore.

ROSARIO FRANCO, 2012. *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*. Padova: Cedam.

STRAZZARI DAVIDE, 2008. *Discriminazione razziale e diritto*. Padova: Cedam.

ZATTI PAOLO, COLUSSI VITTORIO, 2017. *Lineamenti di diritto privato*. 16^{ed}. Padova: Cedam