



## RIFLESSI PRIVATISTICI IN MATERIA CONTRATTUALE DEL PRINCIPIO COMUNITARIO DI NON DISCRIMINAZIONE

VERONICA BONGIOVANNI

SOMMARIO: 1. Il principio di non discriminazione nell'ordinamento comunitario – 2. *Segue*. Il concetto di discriminazione – 3. Il diritto contrattuale europeo antidiscriminatorio – 3.1. Profili giuslavoristici – 3.2. Profili civilistici – 4. Diritto contrattuale e valori solidaristici.

1. Nel sistema di protezione multilivello dei diritti fondamentali, il principio di non discriminazione, comportando la sua violazione un'offesa alla dignità<sup>1</sup>, inerisce alle situazioni giuridiche c.d. esistenziali, immanenti all'“essere” della persona in quanto tale<sup>2</sup>.

Nell'ambito delle fonti comunitarie, tale principio era inizialmente previsto dall'art. 6 del Trattato istitutivo della Comunità Europea (attuale art. 18 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea), che vietava le discriminazioni legate alla nazionalità.

Successivamente, le cause di non discriminazione sono state ampliate ad opera del Trattato di Amsterdam, che ha inserito nel Trattato istitutivo una nuova disposizione, l'art. 13 (attuale art. 19 TFUE), ai sensi del quale il Consiglio, nel rispetto della procedura prevista, ha facoltà di adottare i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali<sup>3</sup>.

In attuazione di questa prescrizione sono state emanate le c.d. direttive di seconda generazione, ossia la direttiva 2000/78/CE, che stabilisce un quadro di riferimento generale,

---

<sup>1</sup> D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007, 31; A. Gentili, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 228.

<sup>2</sup> V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio “personalista” in Italia e nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 145.

<sup>3</sup> Tale principio risulta, inoltre, da altre disposizioni del TFUE, che ne specificano il contenuto e la portata applicativa; si considerino, in tal senso, l'art. 45 (ex art. 39 TCE) sulla libera circolazione dei lavoratori subordinati, l'art. 49 (ex art. 43 TCE) sulla libertà di stabilimento, l'art. 56 (ex art. 49 TCE) sulla libera prestazione di servizi, gli artt. 87 (ex art. 30 TCE) e 110 (ex art. 90 TCE) per le merci, l'art. 40 (ex art. 34 TCE), relativo alla discriminazione fra produttori o consumatori nella Comunità, e gli artt. 101 (ex art. 81 TCE) e 106 (ex art. 86 TCE) per la concorrenza.



non circoscritto alle discriminazioni razziali, per la parità di trattamento nella specifica materia dell'occupazione e delle condizioni di lavoro e la direttiva 2000/43/CE, che sancisce il principio della parità di trattamento delle persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, introducendo un sistema di tutela che va al di là del rapporto di lavoro.

Nell'ordinamento italiano tali direttive sono state attuate rispettivamente con i decreti legislativi 9 luglio 2003, n. 215 (*Attuazione della Direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica*) e 9 luglio 2003, n. 216 (*Attuazione della Direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*).

Ulteriore impulso alla tutela del principio di non discriminazione è derivato dall'approvazione nel 2000 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza), che, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel dicembre 2009, ha assunto il valore giuridico dei Trattati. Dopo aver previsto all'art. 20 il principio di uguaglianza formale, la Carta si sofferma specificamente sul principio di non discriminazione all'art. 21. Tale disposizione aggiunge alle sei cause di discriminazione già previste dall'art. 19 TFUE altri sette fattori: l'origine sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio e la nascita; questi fattori di discriminazione assurgono, per tale via, a principi delle politiche comunitarie e della loro attuazione negli ordinamenti nazionali<sup>4</sup>.

2. *Segue.* Nel tentativo di definire il concetto di discriminazione alla luce della normativa comunitaria, in particolare delle direttive 2000/43 e 2000/78, e di quella di recepimento, che ne precisa la portata ed il contenuto<sup>5</sup>, può rilevarsi che da tali fonti

---

<sup>4</sup> In conformità a quanto previsto dall'art. 51 della Carta, ai sensi del cui comma 1 “le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze”.

<sup>5</sup> A. MANTELERO, *Note minime sull'attuazione delle direttive comunitarie 2000/43/Ce e 2000/78/Ce in materia di parità di trattamento*, in *Contr. impr. eur.*, 2003, 709 ss..



emerge, unificando le formule utilizzate, una nozione diretta di discriminazione, cui se ne affianca una indiretta<sup>6</sup>.

Sussiste, in particolare, discriminazione diretta quando, a causa dei motivi tutelati (razza o origine etnica con riguardo alla direttiva 2000/43/CE ovvero, per la direttiva 2000/78/CE, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali), una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga.

Si è, invece, di fronte ad un caso di discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri mettono in una posizione di particolare svantaggio le persone di una determinata origine etnica o che professano una determinata religione o ideologia, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima ed i mezzi impiegati per il suo conseguimento appaiano appropriati e necessari<sup>7</sup>.

In particolare, per quanto riguarda le discriminazioni dirette, si rileva che il giudizio in termini di discriminatorietà si configura come un giudizio “relazionale”, che non può essere formulato in assoluto, in quanto inevitabilmente la discriminazione, denunciata con riferimento a determinate categorie di soggetti, deve essere apprezzata in rapporto al trattamento riservato ad altre categorie di soggetti (o alla generalità dei soggetti). In tal caso, il controllo esercitato al riguardo dal giudice non opera secondo il tradizionale schema binario, proprio del giudizio di meritevolezza o di liceità, ma implica uno schema ternario, nel senso che, accanto all'atto o al comportamento da valutare ed al principio di non discriminazione, occorre prendere in considerazione il trattamento di raffronto, che, utilizzato come *tertium comparationis*, consente di cogliere la violazione del suddetto principio.

---

<sup>6</sup> A tale impostazione si allinea la legge 1 marzo 2006, n. 67, sulle discriminazioni dei disabili, che adotta le stesse formule descrittive.

<sup>7</sup> B. TROISI, *Il bel Paese: discriminare. Un male civile, Profili civilistici del divieto di discriminazione*, in [www.altritaliani.net](http://www.altritaliani.net); A. Gentili, *cit.*, 212;



Così, invece, non è nelle ipotesi di discriminazione indiretta, nelle quali il preventivo accertamento del fatto discriminatorio implica un giudizio in termini di ragionevolezza sul trattamento uguale. Da ciò, da un lato, si evince la non identificabilità del principio di non discriminazione con quello di parità di trattamento, seppur anch'esso espressione del più generale principio di eguaglianza; dall'altro lato, emerge l'idoneità del concetto di discriminazione indiretta a garantire il rispetto delle "diversità"<sup>8</sup>.

Analogamente discriminatoria, altresì, è considerata la molestia, consistente in un comportamento indesiderato, adottato per uno dei motivi vietati, avente lo scopo o l'effetto di

violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo<sup>9</sup>.

Da una prima analisi della normativa comunitaria e di quella nazionale di recepimento, emerge un profilo di convergenza logica e strutturale, consistente nell'equiparazione delle disparità di trattamento negli scambi di beni disponibili al pubblico, lesive dell'uguaglianza, alle molestie, offensive della dignità in qualsiasi genere di scambio, lesive della libertà.

Altra nozione di discriminazione è quella prevista, in ambito nazionale, dall'art. 43 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, (T.U. sull'immigrazione), secondo cui è discriminatorio ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, distingue, esclude, restringe o preferisce in base a certe caratteristiche e che ha lo scopo o l'effetto di ledere diritti umani e libertà fondamentali. Tale disposizione, seppur non adotti la medesima formula descrittiva delle direttive e non distingua tra disparità nei rapporti aperti al pubblico

---

<sup>8</sup> B. TROISI, *cit.*

<sup>9</sup> Sul piano della difesa dei diritti, le direttive attribuiscono agli Stati membri il compito di provvedere ad introdurre procedure giurisdizionali e/o amministrative, comprese, ove lo ritengano opportuno, le procedure di conciliazione, finalizzate al rispetto degli obblighi previsti, al fine di fornire tutela a tutte le persone che si ritengono lese, in seguito alla mancata applicazione nei loro confronti del principio di non discriminazione. Con specifico riferimento all'onere della prova, il legislatore comunitario ha affidato agli Stati membri il compito di adottare le misure necessarie, conformemente ai loro sistemi giudiziari nazionali, affinché, nel caso di accertata discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio di non discriminazione.



ed offese nei rapporti individuali, accosta sul piano logico ai concetti di distinzione, esclusione, restrizione o preferenza, la finalità della lesione dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

Pertanto, alla luce della suddetta concordanza interpretativa, può darsi per acquisito il dato secondo cui alla base di un atto discriminatorio c'è sempre una lesione della libertà e della dignità umana<sup>10</sup>; ciò, invece, su cui non vi è convergenza di vedute è il ruolo della disparità di trattamento, quale elemento fondante o conseguenza necessaria del concetto di discriminazione.

3. L'approccio interpretativo secondo cui la violazione del principio di non discriminazione e della disparità di trattamento possono essere intesi, se non in termini di identità concettuale, quanto meno alla stregua di un rapporto causa effetto è frequente nella casistica giurisprudenziale della Corte di Giustizia delle Comunità Europee (oggi dell'Unione Europea), con particolare riguardo al settore giuslavoristico, nel cui ambito si colloca la quasi totalità delle pronunce edite, in quanto le ragioni di discriminazione spesso trovano la loro emersione con riferimento al rapporto di lavoro.

In tale ambito, è di rilevante interesse approfondire alcune delle tematiche di maggiore attualità del diritto antidiscriminatorio.

- Un caso significativo è quello deciso dalla Grande Sezione della CGCE con sentenza del 1° aprile 2008, causa C – 267/06, nel caso *Maruko*, in tema di rapporto tra principio di non discriminazione ed orientamento sessuale.

Il Sig. Maruko nel 2001 costituisce, secondo la legge vigente in Germania, un'unione solidale con un costumista teatrale iscritto sin dal 1959 all'ente di previdenza dei lavoratori dei teatri tedeschi (Vddb). In seguito al decesso del proprio partner, nel 2005, il Sig. Maruko presenta richiesta per la pensione di vedovanza all'ente previdenziale di categoria, che rigetta la richiesta in quanto il

---

<sup>10</sup> A. GENTILI, *cit.*, 215 s..



proprio statuto prevede il beneficio di una pensione di vedovo per i coniugi, ma non per i *partners* di unione solidale superstiti.

La CGCE, adita dal giudice nazionale in sede di ricorso incidentale, ha innanzitutto chiarito che una prestazione ai superstiti, prevista da un regime pensionistico di categoria, debba rientrare nella nozione di retribuzione, con conseguente applicabilità alla fattispecie della Dir. 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

La CGCE ha, inoltre, statuito che una differenza di trattamento tra lavoratori, l'uno convivente registrato e l'altro coniugato, costituisce discriminazione diretta basata sull'orientamento sessuale; infatti, se la discriminazione diretta sussiste quando "una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe un'altra in una situazione analoga", qualora nella legislazione nazionale ci fosse una sostanziale equipollenza tra unioni registrate e matrimonio, subordinare a quest'ultimo istituto un beneficio economico offerto dal datore di lavoro significa discriminare direttamente le persone omosessuali<sup>11</sup>.

- Un autentico *leading case*, in ambito giuslavoristico, è rappresentato dalla sentenza del 10 luglio 2008, causa C – 54/07, resa dalla Corte di Giustizia europea nel caso Feryn, destinata ad essere ricordata per aver effettuato la prima interpretazione pregiudiziale della direttiva 2000/43/CE, volta ad attuare il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

All'origine della questione portata all'attenzione della Corte stanno le dichiarazioni rese dal direttore di un'impresa, produttrice ed installatrice di porte, nel corso di una trasmissione televisiva belga, in ordine alla decisione di escludere dalla campagna di assunzione in atto le persone alloctone, ossia coloro che sono nati in un luogo diverso da quello in cui risiedono, in quanto sgradite alla propria clientela.

---

<sup>11</sup> L. RONCHETTI, *I due volti dell'Europa: il principio di non discriminazione tra libertà e uguaglianza. A proposito delle sentenze Maruko e Rüffert della Corte di Giustizia*, in *Giur. it.*, 2009, 566.



Un aspetto degno di nota riguarda una delle tre questioni pregiudiziali sottoposte al vaglio della Corte: ci si chiede, in particolare, se le dichiarazioni pubbliche del direttore dell'impresa belga integrino di per sé, indipendentemente dal fatto che non vi siano candidati che denuncino l'esclusione subita, una discriminazione diretta a danno degli alloctoni<sup>12</sup>.

I giudici della Corte di Lussemburgo, concentrando l'attenzione sulla *ratio* della direttiva 2000/43 ed, in particolare, sull'obiettivo di “*promuovere le condizioni per una partecipazione più attiva sul mercato del lavoro*” delle minoranze etniche, enunciato nel suo ottavo considerando, affermano che l'assenza di un denunciante identificabile (ovvero di un candidato scartato che contesti giudizialmente la natura discriminatoria della sua esclusione) non può indurre a concludere per l'assenza di qualsivoglia discriminazione diretta, dal momento che un'equazione del genere renderebbe l'obiettivo indicato difficilmente raggiungibile<sup>13</sup>.

Nella soluzione adottata dalla Corte di Giustizia colpisce il fatto che alla base dell'interpretazione teleologicamente orientata della direttiva 2000/43 non sia stata posta l'effettività del principio della parità di trattamento in materia di lavoro, ricalcando la tradizionale e coerente impostazione della giurisprudenza comunitaria in materia. Infatti, in tal caso, l'attenzione è stata posta su una finalità politico – giuridica capace di mettere in relazione l'ideale del pieno rispetto della persona umana e delle differenti caratteristiche di cui è portatrice, quindi un ideale solidaristico, con la convenienza economica di un mercato del lavoro del quale anche le minoranze etniche possono essere componente attiva e produttiva, come auspicano gli orientamenti approvati nell'ambito della Strategia europea per

---

<sup>12</sup> Il ricorso viene presentato in primo grado dall'organismo belga competente per le pari opportunità e la lotta contro il razzismo per ottenere la condanna per discriminazioni razziali dell'impresa Feryn. Dopo essere stato respinto in primo grado, il ricorso viene riproposto in appello e, proprio in questa sede, suscita nei giudici remittenti una serie di dubbi relativi alla portata della nozione di discriminazione diretta vietata dalla Dir. 2000/43/CE.

<sup>13</sup> Così, nei punti 23 e 24 della motivazione.



l'occupazione. L'intenzione dei giudici, probabilmente, è quella di rimarcare i benèfici effetti, anzitutto economici, derivanti da un mercato del lavoro europeo razzialmente integrato, piuttosto che razzialmente segregato<sup>14</sup>.

- È, inoltre, interessante soffermarsi sul rapporto tra principio di non discriminazione ed età, che ha formato oggetto della storica sentenza del 22 novembre 2005, Causa C-144/04, sul caso *Mangold c. Helm*.

Il caso Mangold ha riguardato una legge tedesca che consentiva di assumere con contratto a tempo determinato i lavoratori che avessero superato l'età di 52 anni, anche in mancanza delle cause richieste dalla legge per la stipulazione del contratto a termine. In tal caso, il lavoratore che subisce una disparità di trattamento, consistente nella difficoltà di accedere ad un normale contratto di lavoro a tempo indeterminato, beneficia dell'opportunità di un più agevole accesso ad un contratto a termine<sup>15</sup>.

La Corte ha ritenuto di respingere le giustificazioni del governo tedesco riguardo all'esclusione dei lavoratori anziani dalla tutela generale prevista contro l'abuso del ricorso al contratto a termine, in particolare, affermando che *“una siffatta normativa, nella misura in cui considera l'età del lavoratore di cui trattasi come unico criterio di applicazione di un contratto di lavoro a tempo determinato, senza che sia stato dimostrato che la fissazione di un limite di età [...] sia obiettivamente necessaria per la realizzazione dell'obiettivo*

---

<sup>14</sup> D. IZZI, *Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2008, 767 ss., la quale si chiede, a conclusione del suo saggio, se sia stato giusto far pagare al direttore dell'impresa Feryn il prezzo di una cultura discriminatoria socialmente diffusa e non praticata intenzionalmente, posto che lo stesso aveva sostenuto che la decisione di escludere gli alloctoni dalla campagna di assunzioni era un'inevitabile conseguenza delle resistenze mostrate dalla clientela nel consentire l'accesso alle abitazioni private, per l'installazione delle porte acquistate, di operai di origine straniera, nonché una scelta necessitata dalla volontà di evitare il calo del fatturato. La questione, che non trova spazio nella sentenza della Corte, in mancanza di dubbi interpretativi al riguardo, è stata respinta dall'Avvocato Generale, il quale, giudicando del tutto irrilevante la presunta mal disposizione della clientela nei confronti dei lavoratori di una determinata origine etnica, osserva come tale atteggiamento dimostrerebbe solo che “i mercati non cureranno la discriminazione”.

<sup>15</sup> G. LOY, *Contratti formativi, contratti di inserimento e principio di non discriminazione per età*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2008, 533.



*dell'inserimento professionale dei lavoratori anziani in disoccupazione, deve considerarsi eccedente quanto è appropriato e necessario per raggiungere la finalità perseguita?*

È rilevante notare come, in tal caso, la Corte sia giunta al riconoscimento di un principio generale di non discriminazione in grado di spiegare effetti diretti tra privati, che trova la sua fonte non nella direttiva 2000/78 – all'epoca non ancora recepita dallo Stato tedesco ed il cui termine di recepimento non era ancora scaduto – bensì in “vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”, la cui principale manifestazione consiste nella parità di trattamento.

- Proprio con riferimento al rapporto tra principio di non discriminazione ed età, merita di essere considerata, nell'ambito dei primi sviluppi giurisprudenziali successivi all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ed alla conseguente attribuzione di una natura giuridicamente vincolante alla Carta di Nizza, la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 19 gennaio 2010, causa C 555/07, sul caso *Küçükdeveci c. Swedex*<sup>16</sup>.

In tale pronuncia, la Corte ha ritenuto che una normativa nazionale (quale quella tedesca, nel caso di specie), secondo la quale i periodi di lavoro compiuti dal dipendente prima del raggiungimento del venticinquesimo anno d'età non possono essere presi in considerazione ai fini del calcolo del termine di preavviso di licenziamento, dà luogo ad una disparità di trattamento in base all'età vietata dal diritto primario dell'Unione, in particolare dall'art. 21 della Carta di Nizza – il cui valore giuridico è ormai indiscusso – nonché sotto determinati profili dal diritto derivato, ossia dalla direttiva 2000/78/CE. In particolare, per quanto attiene all'applicazione al caso in esame della direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro, è opportuno rilevare che la Corte di Giustizia si è discostata dall'orientamento giurisprudenziale costante, secondo cui le direttive non spiegherebbero alcun effetto nelle controversie tra singoli. Infatti, sembra riconoscere

---

<sup>16</sup> Il 19 dicembre 2006 la società tedesca Swedex licenzia la Sig. ra Küçükdeveci, nata nel 1978, con effetto al 31 gennaio 2007, calcolando il termine di preavviso come se la dipendente avesse avuto un'anzianità di soli 3 anni, benché in realtà la stessa fosse alle dipendenze della società dall'età di 18 anni (da 10 anni).



riconoscere alle direttive effetto diretto orizzontale, ammettendone l'invocabilità nell'ambito di una controversia tra singoli, come quella in oggetto, al fine di disapplicare una normativa nazionale con essa incompatibile<sup>17</sup>.

3.2. Dalle pronunce relative al settore del diritto del lavoro emerge come, in tale ambito, i rimedi apprestati contro le discriminazioni, intesi in termini di illegittimità delle disparità di trattamento, siano dotati di una certa efficacia. Sembra, invece, che non sia così nell'ambito dei contratti di diritto civile, in cui, secondo parte della dottrina, gli strumenti apprestati dall'ordinamento per contrastare la discriminazione si rivelano spesso inadeguati, a causa del difficile contemperamento tra il principio di non discriminazione e l'autonomia privata<sup>18</sup>.

A tal proposito, è stato suggerito di modificare la tradizionale impostazione che vede nel ripristino della parità di trattamento la soluzione al problema della violazione del principio di non discriminazione, sul presupposto che non si tratti di concetti coincidenti o legati da un nesso di necessaria consequenzialità<sup>19</sup>. Infatti, mentre il primo esige un giudizio relazionale, richiedendo che l'atto venga messo in rapporto con un altro, posto in essere in una situazione uguale, il giudizio sulla discriminazione non richiede necessariamente un confronto tra i trattamenti riservati dal contraente a controparti contrattuali diverse<sup>20</sup>.

In proposito, si ritiene che se, da un lato, è pacifico che il fulcro della tutela antidiscriminatoria comunitaria e nazionale di recepimento, relativa agli scambi di beni e servizi disponibili al pubblico, sia la parità di trattamento, dall'altro, non è ammissibile, laddove si applichi solo il T.U. sull'immigrazione, cioè negli scambi di carattere strettamente individuale, che la discriminazione si riduca ad un'ipotesi di disparità di trattamento<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> D. DEL VESCOVO, *La Corte di Giustizia sembra considerare che una direttiva volta a combattere le discriminazioni possa essere invocata nell'ambito di una controversia tra singoli*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 920.

<sup>18</sup> A. GENTILI, *cit.*, 209.

<sup>19</sup> A. GENTILI, *cit.*, 227.

<sup>20</sup> D. MAFFEIS, *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 413.

<sup>21</sup> Concordi nel ritenere che, nei rapporti di diritto civile, non vi sia un legame necessario tra i due principi: D. Maffeis, *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, *cit.*, 412; A. GENTILI, *cit.*, 215.



A sostegno di tale approccio interpretativo si rileva, in primo luogo, che la distinzione tra disparità di trattamento e discriminazione è prevista espressamente nella Carta di Nizza, che se ne occupa in due diverse disposizioni. Si evidenzia, inoltre, che le previsioni di cui agli artt. 43 e 44 del d. lgs. 286/1998 (T.U. sull'immigrazione), che disciplinano la fattispecie ed i rimedi della discriminazione nell'accesso a beni e servizi offerti al pubblico ai danni dello straniero o di un soggetto appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità, quindi, più ampiamente, gli atti contrattuali xenofobi, razzisti o discriminatori<sup>22</sup>, non contengono alcun riferimento testuale alla disparità di trattamento<sup>23</sup>.

Tale *iter* argomentativo muove, quindi, dal presupposto teorico secondo cui, seppur la disparità di trattamento sia la manifestazione esteriore più frequente della discriminazione, in realtà può esserci discriminazione anche senza disparità<sup>24</sup>.

Pertanto, una volta accertata la sussistenza di un comportamento discriminatorio, ogni ulteriore pregiudizio, consistente nel non poter esercitare una libertà o nel non poter accedere alla fornitura di un bene o di un servizio o nell'essere costretti a subire condizioni svantaggiose, è, secondo tale tesi, conseguenza e non essenza della discriminazione, che in sé è pura negazione dell'altrui dignità<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> In particolare sul d.lgs. 286/1998, v. D. MAFFEIS, *Il contratto nella società multiethnica: è un atto illecito la determinazione di un prezzo doppio per i clienti extracomunitari*, in *Giur. it.*, 2006, 951 e ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 e 44 del T.U. sull'immigrazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2002, 112 e ss..

<sup>23</sup> M. MANTELLO, *Autonomia dei privati e principio di non discriminazione*, Napoli, 2008, 11, secondo il quale, nell'ambito del rapporto giuridico *ex art.* 43 comma 1 d. lgs. 286/1998, il dovere di non discriminare è riconducibile alla categoria dei "doveri di astensione".

<sup>24</sup> Il caso di scuola è quello, deciso con una sentenza di una Corte Suprema statunitense (*Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, n. 210 del 1986), dell'impresa privata di trasporti ferroviari che approntava, alle stesse condizioni, vagoni separati per i bianchi e per la gente di colore. In tal caso, pur non potendosi ravvisare alcuna disparità di trattamento, si ritiene non si possa negare che sussista un comportamento discriminatorio, consistente nella segregazione della gente di colore, in aperto conflitto con il rispetto della loro dignità personale.

<sup>25</sup> A. GENTILI, *cit.*, 229.



La distinzione concettuale non è priva di conseguenze dal punto di vista rimediabile, in quanto, tenendo fermo il diritto alla cessazione del comportamento discriminatorio, con l'eventuale rimozione degli effetti già prodottisi, ed il risarcimento del danno, anche morale, riconosciuti dal d. lgs. 215/2003<sup>26</sup>, il problema si concentra sui criteri di risarcibilità.

Si pensi, a titolo esemplificativo, ad una vicenda processuale in cui il giudice, dopo aver accertato il carattere discriminatorio del comportamento di un soggetto, titolare di un bar, consistente nell'applicare prezzi doppi ai clienti albanesi per le consumazioni al tavolo, al fine dichiarato di contrastare la frequentazione del locale da parte di persone ritenute indesiderate a causa dell'origine etnica, ne ha ordinato la cessazione ed ha condannato l'autore dello stesso a risarcire al ricorrente il danno non patrimoniale, liquidato nella somma di euro 100<sup>27</sup>.

La quantificazione irrisoria del danno ritenuto risarcibile palesa l'adesione all'approccio interpretativo più diffuso, sia in dottrina sia in giurisprudenza, che ricostruisce la violazione del principio di non discriminazione in termini di disparità di trattamento e non in relazione alla lesione della dignità della persona, seguendo il quale si corre inevitabilmente il rischio di tener conto più del valore economico dell'operazione che della gravità dell'offesa arrecata alla persona<sup>28</sup>.

4. Il diritto contrattuale deve oggi confrontarsi con un problema, quello delle condotte discriminatorie, di estrema attualità in una società multietnica, pluralista e multiculturale. Mentre nel settore giuslavoristico la questione gode di un'ampia cassa di risonanza, in ambito civilistico si rileva la presenza di una modesta casistica

---

<sup>26</sup> A tale impostazione si allinea la l. 1 marzo 2006, n. 67, sulle discriminazioni dei disabili, che adotta la stessa formula ed analoghi rimedi.

<sup>27</sup> Tribunale di Padova (ord.) 19 maggio 2005, in *Giur. it.*, 2006, 949 ss., con nota di D. MAFFEIS, pronunciata ai sensi dell'art. 44 del d.lgs. 286/1998, richiamato dall'art. 4 del d. lgs. 215/2003.

<sup>28</sup> D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione, cit.*, 293.



giurisprudenziale, perlopiù concentrata sulle discriminazioni razziali<sup>29</sup>. In realtà, le indicazioni provenienti dalle leggi antidiscriminatorie sono sufficientemente univoche e, lette alla luce dell'art. 21 della Carta di Nizza, nonché degli artt. 2, 3 e 41 della Costituzione, sembrano propagarsi al di là dello specifico settore delle discriminazioni razziali, assumendo una valenza più generale.

Autorevole dottrina sostiene, addirittura, che il diritto a non essere discriminati nell'attività contrattuale potrebbe arricchire il catalogo dei c.d. diritti privati fondamentali, proclamati dalla Carta di Nizza<sup>30</sup>.

È allora possibile intendere l'attuale incidenza nella materia contrattuale dei valori solidaristici, per anni utilizzati come strumenti a garanzia del ragionevole esercizio dei pubblici poteri, oggi, invece, chiamati a governare e limitare non più solo le relazioni tra Stato ed individui, ma anche le scelte dei singoli, con l'inevitabile implicazione del riconoscimento ai diritti fondamentali, e tra questi al diritto a non essere discriminati, di una valenza precettiva nei rapporti interprivati.

In questo scenario, è evidente che il funzionamento del mercato, proprio per evitare che divenga un ostacolo all'affermazione dei diritti, trasformandosi in uno strumento di indebolimento delle relazioni sociali, non può non essere riconsiderato anche alla luce delle finalità sottese agli interventi comunitari a tutela del principio di non discriminazione, affinché possa assumere la fisionomia di luogo in cui l'autonomia privata venga esercitata nel rispetto dei valori personalistici, primo fra tutti la dignità umana<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup>V. Trib. Perugia (ord.), 29 settembre 2006, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it); Trib. Padova (ord.), 19 maggio 2005, *cit.*; Trib. Milano (ord.), 30 marzo 2000, in *Foro. It.*, 2000, I, 2040 ss..

<sup>30</sup>Z. ZENCOVICH, *Le basi costituzionali di un diritto privato europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 21 ss..

<sup>31</sup>A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, in *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, 29 ss.; S. MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 53.



Pertanto, la lotta alla discriminazione, nella prospettiva di un orientamento di politica legislativa comunitaria teso a ridisegnare il diritto privato in chiave solidale<sup>32</sup> e, quindi, mirato a funzionalizzare l'agire degli operatori economici ad un interesse personalistico generale, può essere intesa come programma del diritto privato<sup>33</sup>, in un'ottica di bilanciamento dell'autonomia privata con altri valori, come l'inclusione sociale e l'accesso ai servizi di generale interesse economico.

---

<sup>32</sup> L. CIARONI, *Autonomia privata e principio di non discriminazione*, in *Giur. it.*, 2006, 1818; D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, *cit.*, 29, secondo il quale, il contratto può diventare funzionale, non solo al bilanciamento dell'autonomia privata con i valori della persona, ma anche alle esigenze del mercato, se utilizzato come strumento inclusivo, cui può accedere indistintamente il maggior numero di persone, sul presupposto che l'accesso sia reso il più possibile indipendente dalle qualità personali del contraente.

<sup>33</sup> E. PICKER, *L'antidiscriminazione come programma per il diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 687.