

## CAPITOLO I

# IL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE NEI RAPPORTI CONTRATTUALI: DAL “DUTY TO SERVE” ALLA “PUBLIC CALLING DOCTRINE”

SOMMARIO: Premessa e itinerario dell’analisi. – 1. Discriminazione e contrattazione: un legame intrinseco e storico. – 2. Il divieto di discriminare: fonti e formanti nell’ordinamento statunitense. – 2.1. Dalla Dichiarazione di Indipendenza al Quattordicesimo Emendamento. – 2.2. Rapporti negoziali e discriminazione: efficacia orizzontale e dogma della *State Action*. – 3. Patto discriminatorio valido ma incoercibile: *restrictive covenants*, intangibilità dell’autonomia privata e *State Action*. – 4. Dalla sentenza *Brown* alla *Commerce Clause*: l’apparente fondamento mercantilista del divieto di discriminazione. – 5. Il *Civil Rights Act* del 1964: discriminazione contrattuale e *Commerce Clause*. – 6. Principio di non discriminazione e “*public calling doctrine*”. – 7. *Duty to serve* e discriminazione razziale. – 8. *Freedom of contract*, *duty to serve* e discriminazione. – 9. Le previsioni del *Civil Rights Act* del 1964. – 10. *Public calling* e *public accommodations* nel *Civil Rights Act*. – 11. La lista chiusa dei fattori protetti e l’atipicità del rimedio antidiscriminatorio. – 12. L’abuso dell’autonomia privata: la *private club exemption* e l’elusione del divieto di discriminare. – 13. La “regola di Mrs. Murphy” nel *Civil Rights Act*: *privacy* e non discriminazione. – 14. Discriminazione e accesso all’alloggio: un punto nevralgico.

### *Premessa e itinerario dell’analisi*

Il diritto antidiscriminatorio è una materia vastissima che va acquisendo, nel panorama nazionale e globale, una crescente autonomia sistematica. Nella formula “*Anti-discrimination Law*”<sup>1</sup>, di matrice anglosassone e ormai universalmente diffusa, sono racchiuse una serie di discipline e prassi le

---

<sup>1</sup> Sulla natura omnicomprensiva della formula si vedano le riflessioni di E. ELLIS-P. WATSON, *EU Anti-discrimination law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 2. Nella letteratura nordamericana, apre le porte a una consistente riflessione sul significato dell’espressione R. POST, *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, in *California Law Review*, vol. 88, 2000, 1, 2 ss. e, in particolare, 8.

cui caratteristiche spaziano dal diritto costituzionale al diritto penale, dal diritto del lavoro al diritto civile “puro”.

Il principio di non discriminazione dà, così, luogo a una riflessione multilivello e multicentrica, che si declina diversamente in dipendenza dell’angolo visuale prescelto. Ognuno di questi angoli dischiude all’interprete una diversa prospettiva.

L’orizzonte meno nitido appare, ancora oggi, quello della discriminazione nei rapporti contrattuali.

Le vicende all’ordine del giorno, oggetto di una vivace attenzione da parte della stampa nazionale negli ultimi mesi, testimoniano la fragilità della regola antidiscriminatoria nei rapporti interprivati e la sua drammatica estraneità a molti contesti, segno di un difficile radicamento del precetto nel terreno tradizionalmente dominato dalla libertà contrattuale e dallo “*ius excludendi alios*”.

I rifiuti di locare unità immobiliari a coppie omosessuali, a extracomunitari e a coppie eterosessuali ma non unite in matrimonio sono diffusissimi<sup>2</sup>. L’esternazione del motivo discriminatorio (pregiudizio razziale) dell’interruzione delle trattative, al centro di un caso recente<sup>3</sup>, è il segnale – tanto ingenuo quanto preoccupante – dell’errata convinzione di essere “padroni assoluti in casa propria”, in spregio a ogni principio posto a presidio della altrui dignità.

La reiterazione di simili comportamenti testimonia la tristemente scarsa penetrazione del principio di non discriminazione nella coscienza sociale. Alla base di ciò sta, probabilmente, una disciplina disorganica, combinata a una prassi giurisprudenziale affaticata dall’incertezza dei confini del divieto di discriminazione.

Stridono con le difficoltà “quotidiane” di applicazione del divieto le forti affermazioni della Corte di Giustizia dell’Unione europea<sup>4</sup>, che affidano al principio di non discriminazione un ruolo fondante dell’ordinamento euro-integrato, dotato di una pervasività tale da giustificarne l’efficacia orizzontale nei rapporti tra privati.

L’obiettivo auspicabile è, perciò, quello di una sistematizzazione del diritto contrattuale antidiscriminatorio, che sarebbe certamente favorita da un *corpus* normativo unitario – una sorta di codice speciale – della materia, secondo una linea già seguita in altri ordinamenti, come quello inglese e quello tedesco.

All’invito al legislatore si unisce la consapevolezza della sensibilità del giudice nazionale, al quale oggi deve essere affidato il compito di colmare le

---

<sup>2</sup> I casi richiamati saranno oggetto di apposita trattazione nel capitolo V, 160 ss.

<sup>3</sup> Cfr. *infra*, capitolo V, 161.

<sup>4</sup> Si veda *infra*, capitolo III, 97 ss.

molteplici lacune della disciplina vigente. Si pensi, in primo luogo, al caso di tutti quei “fattori di rischio” non contemplati dalle regole specificamente contrattuali sulla non discriminazione e, tuttavia, frequentemente emergenti nella realtà: basti pensare all’orientamento sessuale, ancora escluso dalla disciplina antidiscriminatoria sulla contrattazione “aperta al pubblico”.

I dubbi discendenti dall’attuale regolamentazione del divieto di discriminazione nel contratto sono giustificati, in parte, con la “giovinezza” delle relative previsioni.

Per tale ragione, il tentativo di sciogliere alcuni nodi problematici può essere svolto grazie alla comparazione con l’esperienza più risalente in tema di non discriminazione contrattuale: l’esperienza nordamericana. In quel contesto, il precetto di non discriminare sulla base di alcuni fattori protetti nei rapporti interprivati trova le sue origini nel *common law* e forma oggetto di una regolamentazione federale e statale.

La comparazione<sup>5</sup>, unita al dato storico<sup>6</sup>, si rivela fondamentale nell’individuazione della *ratio* sottesa alla limitazione – di matrice prevalentemente europea – del divieto di discriminare ai contratti aventi ad oggetto beni e servizi “*available to the public*”<sup>7</sup>.

Essa, inoltre, rappresenta il paradigma di un dibattito vivace e fecondo in ordine alla *non-discrimination rule* enunciata negli *statutes* e alla *freedom*

---

<sup>5</sup> L’essenziale importanza dello studio comparatistico nell’analisi di fenomeni ricorrenti in più esperienze giuridiche è celebrata dalle note parole di G. GORLA, voce “*Diritto Comparato*”, in *Enc. del diritto*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, 928, ove si legge: “*Comparare* nel campo del diritto, come in ogni altro campo, significa, di per sé, un’attività o processo di conoscenza di due o più fenomeni giuridici (storicamente determinati) per vedere che cosa essi abbiano di diverso e che cosa in comune (...). *Metodo comparativo*, come si legge nel vocabolario, è quello che indaga un fenomeno raffrontandolo con fenomeni dello stesso ordine; studio comparato, quello che viene condotto tenendo conto dei molteplici aspetti di uno stesso ordine di fenomeni. È un processo quasi circolare di conoscenza che va dall’uno all’altro termine, e dall’altro ritorna sull’uno e così via; e arricchisce in tal modo sempre più la conoscenza dell’uno e dell’altro, per i caratteri individuali di ciascuno di essi (che risultano e possono risultare soltanto dal raffronto, poiché non si dà l’«individuo» senza l’«altro») e per i caratteri comuni. Nello stesso tempo si controlla l’ipotesi di lavoro di un *quid* comune, e così si attinge la conoscenza di questo *quid* e la si sviluppa. Il *quid* comune, oggetto dell’ipotesi di lavoro, può essere (e sarà di solito, per il maggior interesse che spinge a questa specie di comparazione) una unità storica, un unico fatto o fenomeno storico, di cui ciascun termine di comparazione si presenta come manifestazione: l’uno nel molteplice”.

<sup>6</sup> Sulla connessione tra “l’occhio dello storico e l’occhio del comparatista” si veda, ancora, G. GORLA, *op. ult. cit.*, 930, secondo il quale “non si può conoscere appieno ciascun termine della comparazione senza conoscerne (...) la storia”.

<sup>7</sup> Si anticipa, qui, il linguaggio delle direttive europee sul diritto contrattuale antidiscriminatorio – 43/2000/CE e 113/2004/CE – alla cui analisi dettagliata è dedicato il capitolo III, par. 5 e par. 6.

*of contract* consacrata dalla tradizione classica<sup>8</sup>. Echi del dibattito giungono nelle esperienze europee, ove la tensione tra i termini richiamati è diffusamente percepita nelle analisi della dottrina<sup>9</sup> (si pensi, per esempio, alla riflessione tedesca, di cui si dirà in seguito).

Proprio dall'analisi del primo modello prescelto per la comparazione – quello nordamericano – prende le mosse lo studio contenuto in queste pagine.

La scelta di un simile itinerario è giustificata dall'esigenza di dare risposta a una questione: perché il divieto di discriminare investe il diritto dei contratti, tradizionalmente dominato dalla libertà?

Negli Stati Uniti d'America prende vita, per le peculiarità storiche e sociali di quella esperienza, un modello antidiscriminatorio (non unitario ma ricco di venature e sfaccettature, come si vedrà) che funge, poi, da “stampo” per la disciplina europea, attraverso la mediazione del paradigma del Regno Unito.

L'alluvionale letteratura giuridica di oltreoceano testimonia come, oggi, anche quel prototipo sia al centro di proposte di revisione, scosso da tentennamenti e presidiato da strenue difese: tutto ciò costringe l'interprete a interrogarsi sulla tenuta del più collaudato sistema di diritto contrattuale antidiscriminatorio del mondo e sui suoi confini.

L'indagine prosegue, poi, con l'analisi delle fonti europee del diritto contrattuale antidiscriminatorio, nelle quali è possibile scorgere, se non un vero e proprio “trapianto”<sup>10</sup>, una sicura “*cross-fertilisation*”<sup>11</sup> in cui predominano le esperienze anglosassoni.

All'esito, la soluzione di talune caratteristiche problematiche nazionali, cui è dedicata l'ultima parte del lavoro, si giova dei risultati della comparazione, essenziale in una materia in divenire come quella del diritto contrattuale antidiscriminatorio.

---

<sup>8</sup> M. MERCAT-BRUNS, *The history of Antidiscrimination Law: The Constitution and the Search for Paradigms of Equality*, in *Discrimination at Work. Comparing European, French and American Law*, University of California Press, Oakland, 2015, 9 s.

<sup>9</sup> G. DE BURCA, *The Trajectories of European and American Antidiscrimination Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 60, 2012, 1 ss. e, specialmente, 4.

<sup>10</sup> La nota espressione è di A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edinburgh, 1974.

<sup>11</sup> Il superamento della “teoria dei trapianti giuridici” da parte dell'approccio fedele alla *cross-fertilisation* è sostenuto specialmente a partire dalla fine degli anni Novanta del secolo scorso. Si veda, in particolare, J. BELL, *Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe*, in J. BEATSON-T. TRIDIMAS, *New directions in European Public Law*, Hart Publishing, Oxford, 1998, 147 ss. Per una sintesi, si rinvia a G. AJANI-B. PASA, *Diritto comparato. Casi e materiali*, Giappichelli, Torino, 2013, 104 s.

## 1. *Discriminazione e contrattazione: un legame intrinseco e storico*

È il 1963 quando il Presidente degli Stati Uniti Kennedy, in un discorso alla nazione, auspica che i cittadini di qualsiasi colore ricevano identici servizi e prestazioni “*in places of public accommodation, such as hotels and restaurants and retail stores*”<sup>12</sup>. Contestualmente, il Presidente sostiene l’idea che il Congresso emani una legislazione che dia a tutti gli americani il diritto di essere serviti in luoghi aperti al pubblico.

Tredici mesi dopo è approvato il *Civil Rights Act*<sup>13</sup>, il quale vieta la discriminazione in alberghi, ristoranti, stazioni di benzina e teatri, oltre che nel contesto del diritto del lavoro.

A partire dal *Civil Rights Act* si dipanano una serie di legislazioni statali<sup>14</sup>, volte a enunciare il divieto di discriminazione nei rapporti contrattuali e a specificarne la portata.

Inibire la discriminazione nelle relazioni tra privati è un passaggio ineludibile per contrastare la segregazione che affligge la società in quel momento storico.

Proprio nei rapporti interpersonali della quotidianità, nella microcontrattazione (si pensi all’acquisto di un biglietto del cinema o dell’autobus o alla spesa in un negozio di alimentari) si produce quello “*stigmatic harm*” conseguente all’atteggiamento discriminatorio perpetrato a danno dei cittadini di colore. Proibire l’ingresso in un locale a un cittadino afroamericano, impedirgli di salire sul bus quando i posti riservati ai *colored citizens* sono terminati, negargli la permanenza in un hotel sono comportamenti che costituiscono l’essenza della discriminazione.

Ogni finalità discriminatoria – “*discriminatory purpose*”<sup>15</sup> – è fino ad allora giustificata e celata dal rispetto pedissequo della dottrina – intrinse-

---

<sup>12</sup> L’urgenza di una legislazione antidiscriminatoria riferita ai rapporti privatistici emerge dal discorso alla nazione del Presidente J.F. Kennedy, 11 giugno 1963, la cui trascrizione è disponibile integralmente online all’indirizzo <http://www.jfklibrary.org/Civil-Rights-Microsite/Shared-Content/Chapters/Address-to-the-American-People/The-Address/Tune-in-Tonight.aspx>, in cui si legge: “*it ought to be possible for American consumers of any color to receive equal service in places of public accommodation, such as hotels and restaurants and theaters and retail stores*”.

<sup>13</sup> *Pub. L. No. 88-352*, 78 Stat. 73, 1964.

<sup>14</sup> Per una panoramica circa la legislazione antidiscriminatoria statale preesistente al *Civil Rights Act* del 1964 si rinvia al completo studio di W.F. CALDWELL, *State Public Accommodation Laws, Fundamental Liberties and Enforcement Programs*, in *Washington Law Review*, 1965, vol. 40, 841, 842-46.

<sup>15</sup> La centralità dell’espressione si coglie in un noto saggio di K. YOSHINO, *The New Equal Protection*, in *Harvard Law Review*, 2011, vol. 124, 747 ss.

camente discriminatoria ma per lungo tempo granitica – del “*separate but equal*”, inaugurata da *Plessy v. Ferguson*<sup>16</sup>.

L’approvazione del *Civil Rights Act* segna l’acme della stagione dei diritti civili, della *Civil Rights Era*<sup>17</sup>.

È con il Titolo II del *Civil Rights Act* che negli Stati Uniti si afferma definitivamente, a livello federale, un divieto di discriminare rivolto ai cittadini e relativo all’ambito della contrattazione “aperta al pubblico”, con le precisazioni di cui in seguito.

Il Titolo VII riguarda, invece, l’area del diritto del lavoro e proibisce la discriminazione in tale contesto.

L’analisi della sezione del *Civil Rights Act* dedicata alla discriminazione nei rapporti contrattuali è di estrema importanza nella logica della comparazione, giacché quel famoso “*Title II*”, che tuttora costituisce la normativa federale vigente in materia, rappresenta il calco del successivo impianto antidiscriminatorio nordamericano ed europeo.

Tale analisi deve, però, essere preceduta da una disamina della base costituzionale della competenza federale in tema di antidiscriminazione e, in generale, da una ricostruzione delle fonti del divieto di discriminare nell’ordinamento multilivello degli Stati Uniti d’America.

All’esito della disamina emergerà un dato singolare, che accomuna la tradizione nordamericana a quella europea: il radicamento del divieto di discriminare nei rapporti interprivati trova, negli USA, la sua iniziale giustificazione nella logica mercantile della “*Commerce Clause*”; allo stesso modo, in Europa, esso apparirà inizialmente come un prodotto della politica delle libertà e della costruzione del mercato unico<sup>18</sup>, nel quale le discriminazioni costituiscono inammissibili barriere.

## 2. *Il divieto di discriminare: fonti e formanti nell’ordinamento statunitense*

Lo studio del divieto di discriminazione nell’esperienza nordamericana apre il confronto con una peculiare moltitudine di fonti e formanti.

Alla fonte costituzionale, tradizionalmente rinvenuta nel Quattordice-

<sup>16</sup> *Plessy v. Ferguson*, United States Supreme Court, 1896.

<sup>17</sup> S. BAGENSTOS, *The Unrelenting Libertarian Challenge to Public Accommodations Law*, in *Stanford Law Review*, 2014, vol. 66, 1233; J.M. OLESKE, Jr., *Doric Columns are not falling: wedding cakes, the ministerial exception, and the public-private distinction*, in *Maryland Law Review*, 2016, 75, 144, ove è tracciata in ottica retrospettiva la vicenda della legislazione federale antidiscriminatoria.

<sup>18</sup> Cfr. *infra*, capitolo III, par. 1.

simo Emendamento, si associa la legislazione federale, cui segue un variegato processo di “*statutorification*”<sup>19</sup> compiuto a livello statale. Tutto ciò si innesta sulle *doctrines* risalenti al *common law*, recentemente valorizzate nella riflessione della dottrina. Essenziale, poi, nell’evoluzione del sistema, è il ruolo delle corti – *in primis*, quello della Corte Suprema – latrici di importanti mutamenti, spesso avvenuti di pari passo con istanze emergenti nella coscienza sociale.

## 2.1. Dalla Dichiarazione di Indipendenza al Quattordicesimo Emendamento

La Dichiarazione di Indipendenza del 1776 afferma solennemente: “*We hold these truths to be self-evident: that all men are created equal*”<sup>20</sup>.

La storia successiva di schiavitù e segregazione degli afroamericani dimostra ampiamente la natura meramente formale della declamazione. Nel 1857, nel caso, tristemente noto, *Dred Scott v. Sandford*<sup>21</sup>, la Corte Suprema enuncia a chiare lettere che “è fin troppo evidente che gli schiavi afroamericani non sono inclusi” allorché si prospetta l’uguaglianza tra gli uomini: “*the unhappy black race*” – l’infelice razza nera – “è distinta da quella bianca da caratteristiche indelebili (*indelible marks*) e da leggi risalenti nel tempo e mai è stata considerata se non come oggetto di proprietà”<sup>22</sup>.

La Corte prosegue affermando che la proprietà (avente ad oggetto anche gli schiavi) è espressamente protetta dalla Costituzione. Su tali basi, essa giunge a sostenere la incostituzionalità della legislazione adottata dal Congresso a seguito del “Compromesso del Missouri”<sup>23</sup>, legislazione che vieta

---

<sup>19</sup> L’espressione si deve a G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts - London, 1982.

<sup>20</sup> Dichiarazione d’Indipendenza degli Stati Uniti d’America, Washington, 4 luglio 1776, il cui testo originale è reperibile al seguente indirizzo: <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>.

<sup>21</sup> *Dred Scott v. Sandford*, United States Supreme Court, 1857.

<sup>22</sup> *Ibidem*, par. 8: “*The only two clauses in the Constitution which point to this race, treat them as persons whom it was morally lawful to deal in as articles of property and to hold as slaves*”.

<sup>23</sup> Con l’espressione “Compromesso del Missouri” si fa riferimento a un accordo risalente al 1820 e concluso tra Stati schiavisti, da un lato, e Stati antischiavisti, dall’altro lato, avente ad oggetto la proibizione della schiavitù in alcuni territori, con l’eccezionale annessione all’Unione del Missouri, stato schiavista. Per maggiori riferimenti alla vicenda, si rinvia alla documentazione ufficiale raccolta in *A Century of Lawmaking for a New Nation: U.S. Congressional Documents and Debates, 1774-1885*, in <http://www.loc.gov/rr/program/bib/ourdocs/Missouri.html>.

di detenere schiavi nei territori del Nord ma che confligge con la garanzia della proprietà sancita dal Quinto Emendamento<sup>24</sup>.

Il caso *Dred Scott* ha una duplice importanza: dal punto di vista giuridico, esso è, dopo *Marbury v. Madison*<sup>25</sup>, il secondo esempio di *judicial review* su una legge del Congresso considerata non conforme al dettato costituzionale. Dal punto di vista storico, *Dred Scott* rappresenta uno degli atti immediatamente precedenti alla Guerra di Secessione americana (1861-1865), che vedrà confrontarsi gli Stati schiavisti del sud e gli Stati abolizionisti del nord.

Solo alla fine della Guerra di Secessione, con la vittoria di questi ultimi, il ribaltamento (almeno formale) della prospettiva accolta da *Dred Scott* ha luogo: con il Tredicesimo Emendamento (1865) l'abolizione della schiavitù penetra nel dettato costituzionale. Segue il Quattordicesimo Emendamento (1868), con il quale si afferma che lo Stato non può rifiutare ad alcuno, nell'ambito della sua sovranità, la "*equal protection of the laws*".

## 2.2. Rapporti negoziali e discriminazione: efficacia orizzontale e dogma della State Action

Chiaro è come la "*Equal Protection Clause*" del Quattordicesimo Emendamento si innesti su un terreno fortemente contaminato da secoli di storia e di coscienza sociale naturalmente orientate alla discriminazione e alla differenziazione tra *white and colored citizens*.

Nei rapporti civili, lo sradicamento della discriminazione degli individui di colore è tutt'altro che compiuto, nonostante la solennità del Quattordicesimo Emendamento.

All'ombra di quest'ultimo proliferano comportamenti che mirano all'esclusione sociale dei *colored*: il più immediato strumento di esclusione sociale e perpetuazione della discriminazione è il rifiuto, rivolto agli afro-americani, di concludere contratti per l'accesso a beni e servizi offerti al

<sup>24</sup> Secondo il Quinto Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America "nessuno (...) potrà essere privato della vita, della libertà o dei beni, senza un giusto processo; e nessuna proprietà privata potrà essere destinata a uso pubblico, senza equo indennizzo".

<sup>25</sup> *Marbury v. Madison*, United States Supreme Court, 1803. La decisione ha un'importanza fondamentale nella storia del Judicial Review nordamericano ed è esaminata dai commentatori da più di due secoli. Nella letteratura più recente, si segnalano A. LARRY, *Constitutional Rules, Constitutional Standards, and Constitutional Settlement: Marbury V. Madison and the Case for Judicial Supremacy*, in *Constitutional Commentary*, 2003, vol. 20, no. 2, 121 ss.; K.E. WHITTINGTON, *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 2007.

pubblico (nell'area, cioè, di “*public calling and public accommodations*”).

Un'embrionale legislazione federale, germe del divieto di discriminare nei rapporti negoziali, risale al 1875: è emanato un *Civil Rights Act*<sup>26</sup>, antesignano del *Civil Rights Act* del 1964 oggi vigente, a mezzo del quale è garantito che ciascun individuo, indipendentemente dalla razza, dal colore della pelle o dalla pregressa condizione di schiavitù abbia diritto allo stesso trattamento negli esercizi aperti al pubblico (alberghi, locali pubblici, stazioni) e nei servizi offerti al pubblico (trasporti).

L'atto del Congresso, simbolo della *Reconstruction Era*<sup>27</sup>, si prefigge di reagire al proliferare di prassi discriminatorie dei privati a danno degli ex-schiavi di colore, frequentissime pure all'ombra del Quattordicesimo Emendamento.

Il tentativo non ha successo: il *Civil Rights Act* del 1875 è ignorato dalla maggior parte dei destinatari del precetto di non discriminare.

Alle vittime della discriminazione è rifiutata sistematicamente la conclusione dei contratti per l'accesso a beni e servizi offerti al pubblico; nei casi in cui il contratto è concluso, esso presenta condizioni palesemente deteriori in ragione della razza del contraente. A nulla vale invocare la normativa che proibisce tale rifiuto, giacché sia le corti statali che la Corte Suprema, in un tetragono atteggiamento di preservazione dello *status quo ante*, negano ai discriminati ogni tutela, esautorando la portata della legislazione del Congresso.

Cinque noti casi “gemelli” giungono all'attenzione della Corte Suprema nel 1883: si tratta dei c.d. “*Civil Rights Cases*”<sup>28</sup>, che hanno origine da fattispecie concrete pressoché analoghe.

---

<sup>26</sup> *Civil Rights Act* del 1875 (18 Stat. 335-337). Sul punto si rinvia alla ricostruzione contenuta nel *Summary of Constitutional Amendments and Major Civil Rights Acts passed by Congress*, in *Black Americans in Congress, 1870-2007*, Office of History and Preservation, U.S. House of Representatives, in <http://history.house.gov/Exhibitions-and-Publications/BAIC/Black-Americans-in-Congress>.

<sup>27</sup> Nella storia degli Stati Uniti d'America è indicato come “*Reconstruction Era*” il periodo, collocato temporalmente tra il 1865 e il 1877, immediatamente successivo alla Guerra Civile. Nella *Reconstruction Era* sono realizzati molteplici tentativi di correzione delle disuguaglianze causate dallo schiavismo e delle conseguenze economiche, politiche e sociali del medesimo. Secondo l'opinione degli storici, la *Reconstruction Era* ha segnato profondamente l'assetto socio-giuridico degli Stati Uniti d'America, delineando, attraverso gli emendamenti costituzionali, alcune caratteristiche fondanti del sistema attuale. Sul punto, si rinvia, in particolare, alle considerazioni di O. HANDLIN, *Liberty in America, 1600 to the Present: Liberty and Equality*, Harper Collins Publishers, New York, 1994.

<sup>28</sup> L'identità delle vicende sottese ai casi ha portato alla loro riunione davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti che, nel 1883, ha emanato un'unica decisione (si rinvia ai riferimenti di cui alle note successive), fondamentale nella genesi della *State Action doctrine*.

In *United States v. Stanley*<sup>29</sup>, *United States v. Ryan*<sup>30</sup>, *United States v. Nichols*<sup>31</sup>, *United States v. Singleton*<sup>32</sup> e *Robinson v. Memphis & Charleston Railroad*<sup>33</sup> alcuni cittadini afroamericani, cui è negato l'accesso a beni e servizi, invocano il rispetto del *Civil Rights Act* del 1875. Il precetto violato è quello secondo cui “*all persons within the jurisdiction of the United States shall be entitled to the full and equal enjoyment of the accommodations, advantages, facilities, and privileges of inns, public conveyances on land or water, theaters, and other places of public amusement; subject only to the conditions and limitations established by law, and applicable alike to citizens of every race and color, regardless of any previous condition of servitude*”.

Tuttavia, i convenuti, titolari delle attività commerciali cui gli afroamericani non possono accedere, lamentano l'incostituzionalità della predetta previsione, affermando che il Congresso non ha il potere di regolare i rapporti tra individui e di interferire nei diritti di proprietà e libertà negoziale di privati cittadini. Sulla base di ciò, è sostenuta l'incostituzionalità del *Civil Rights Act* del 1875, che non risulta espressione di alcuna competenza normativa federale; alla Corte Suprema è posta la questione dell'attitudine della *Equal Protection Clause* a creare limitazioni antidiscriminatorie nei rapporti tra privati<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup> La vicenda di *United States v. Stanley*, United States Supreme Court, 1883, trae origine dal rifiuto, opposto ad alcuni cittadini afroamericani da parte dei proprietari di un hotel, di soggiornare nella struttura.

<sup>30</sup> Il caso *United States v. Ryan*, United States Supreme Court, 1883, riguarda il diniego di ingresso di un uomo di colore nel “*dress circle*” (prima galleria) di un teatro di San Francisco, riservato ai soli bianchi.

<sup>31</sup> In *United States v. Nichols*, United States Supreme Court, 1883, la fattispecie è analoga a quella di *United States v. Stanley*: alla base della controversia sta il diniego di una stanza in albergo a un cittadino di colore.

<sup>32</sup> *United States v. Singleton*, United States Supreme Court, 1883, verte sulla discriminazione attuata in un teatro di New York, dove alcuni spazi sono riservati ai soli bianchi.

<sup>33</sup> *Robinson v. Memphis & Charleston Railroad*, United States Supreme Court, 1883, riguarda l'azione civile intrapresa dai coniugi Robinson contro una compagnia ferroviaria del Tennessee, alla quale è chiesto un risarcimento di 500 dollari per aver violato il *Civil Rights Act* del 1875. Il comportamento discriminatorio è consistito nell'impedire alla signora Robinson, di colore, di prendere posto in treno accanto al marito, bianco.

<sup>34</sup> Nell'analisi della questione, la Corte Suprema riflette sullo scopo della legislazione antidiscriminatoria del 1875 e afferma: “*it is the purpose of the law to declare that, in the enjoyment of the accommodations and privileges of inns, public conveyances, theatres, and other places of public amusement, no distinction shall be made between citizens of different race or color or between those who have, and those who have not, been slaves. Its effect is to declare that, in all inns, public conveyances, and places of amusement, colored citizens, whether formerly slaves or not, and citizens of other races, shall have the same accommodations and privileges in all inns, public conveyances, and places of amusement as are enjoyed by white*”.

Le vicende sono esaminate dalla Corte Suprema che, con una maggioranza fortissima (ricorre solo una opinione dissenziente)<sup>35</sup> stabilisce che il Quattordicesimo Emendamento non attribuisce al Congresso il potere di regolare *private acts* e di porre limitazioni all'autonomia privata e al diritto di proprietà. Ove la discriminazione razziale derivi dalla condotta di privati cittadini e non da una "*State law or action*", nulla può il Quattordicesimo Emendamento, che rivolge il proprio precetto agli Stati e non ai privati<sup>36</sup>.

Nel difetto di una base giuridica per l'intervento del Congresso, il *Civil Rights Act* del 1875 è da considerarsi incostituzionale e, dunque, privo di qualsivoglia efficacia vincolante.

---

*citizens, and vice versa. The second section makes it a penal offence in any person to deny to any citizen of any race or color, regardless of previous servitude, any of the accommodations or privileges mentioned in the first section*". La domanda centrale nel *reasoning* della Corte è espressa a chiare lettere: "*has Congress constitutional power to make such a law?*".

<sup>35</sup> Il *Great Dissenter* è il Justice Harlan, il quale invoca una lettura estensiva del XIII e del Quattordicesimo Emendamento e sottolinea l'importanza del mercato delle *public accommodations* come luogo di democrazia e tolleranza. La *dissenting opinion* contiene un significativo sforzo di eliminazione della linea tra *State Action* e *Private Action* e pone in evidenza il rischio che l'ammissibilità di una discriminazione perpetrata dai privati a danno di altri privati dia origine a una "*involuntary servitude*" lesiva del nuovo assetto costituzionale.

<sup>36</sup> In virtù del Quattordicesimo Emendamento, "*no State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*". Nell'*opinion* redatta da Justice Bradley sono delineati i tratti fondanti della *State Action doctrine*: "*it is State action of a particular character that is prohibited. Individual invasion of individual rights is not the subject matter of the amendment. It has a deeper and broader scope. It nullifies and makes void all State legislation, and State action of every kind, which impairs the privileges and immunities of citizens of the United States or which injures them in life, liberty or property without due process of law, or which denies to any of them the equal protection of the laws. It not only does this, but, in order that the national will, thus declared, may not be a mere brutum fulmen, the last section of the amendment invests Congress with power to enforce it by appropriate legislation. To enforce what? To enforce the prohibition. To adopt appropriate legislation for correcting the effects of such prohibited State laws and State acts, and thus to render them effectually null, void, and innocuous. This is the legislative power conferred upon Congress, and this is the whole of it. It does not invest Congress with power to legislate upon subjects which are within the domain of State legislation, but to provide modes of relief against State legislation, or State action, of the kind referred to. It does not authorize Congress to create a code of municipal law for the regulation of private rights, but to provide modes of redress against the operation of State laws and the action of State officers executive or judicial when these are subversive of the fundamental rights specified in the amendment. Positive rights and privileges are undoubtedly secured by the Fourteenth Amendment, but they are secured by way of prohibition against State laws and State proceedings affecting those rights and privileges, and by power given to Congress to legislate for the purpose of carrying such prohibition into effect, and such legislation must necessarily be predicated upon such supposed State laws or State proceedings*".

La tensione tra libertà negoziale e diritto di proprietà (nella declinazione di *ius excludendi alios* dai propri esercizi, anche aperti al pubblico), da un lato, e contrasto della stigmatizzazione discriminatoria sulla base della razza, dall'altro lato, si avverte in maniera netta in questi primi tempi del diritto contrattuale antidiscriminatorio.

La libertà prevale e la Corte Suprema, con una formula quasi retorica, si affatica a difenderla precisando che tra discriminazione sulla base della razza e schiavitù non ci possa essere alcuna equazione: “*mere discriminations on account of race or color are not regarded as badges of slavery*”<sup>37</sup>; l'abolizione della schiavitù non vuol dire che ogni uomo di colore debba essere ammesso a teatro, nei locali pubblici o sia libero di salire sui treni.

Dell'esautoramento sostanziale<sup>38</sup> della *Equal Protection Clause* ben si avvede il *Great Dissenter* dei cinque *Civil Rights Cases*, Justice Harlan, il quale avverte che la formula del Quattordicesimo Emendamento, combinata con il rigore del principio della *State Action*, lascia sostanzialmente gli individui alla mercé delle imprese e degli altri individui, che non sono vincolati dal divieto di discriminare.

Nonostante gli “*indignation meetings*” tenutisi nelle città più progressiste<sup>39</sup>, la decisione dei *Civil Rights Cases* rappresenta, per lungo tempo, un limite invalicabile per il contrasto alla discriminazione razziale perpetuata attraverso la distorsione delle relazioni contrattuali.

Il precedente legittima prassi negoziali discriminatorie sempre più diffuse e sta alla base della relegazione sociale degli afroamericani e della politica segregazionista.

Con la regola della *State Action*, l'effetto soltanto verticale – per usare una terminologia moderna – del precetto costituzionale viene adoperato

---

<sup>37</sup> *Civil Rights Cases*, United States Supreme Court, 1883: “*when a man has emerged from slavery, and, by the aid of beneficent legislation, has shaken off the inseparable concomitants of that state, there must be some stage in the progress of his elevation when he takes the rank of a mere citizen and ceases to be the special favorite of the laws, and when his rights as a citizen or a man are to be protected in the ordinary modes by which other men's rights are protected. There were thousands of free colored people in this country before the abolition of slavery, enjoying all the essential rights of life, liberty and property the same as white citizens, yet no one at that time thought that it was any invasion of his personal status as a freeman because he was not admitted to all the privileges enjoyed by white citizens, or because he was subjected to discriminations in the enjoyment of accommodations in inns, public conveyances and places of amusement*”.

<sup>38</sup> Nella *dissenting opinion* si pone in luce il carattere “*narrow and artificial*” della decisione: “*I cannot resist – scrive Harlan – the conclusion that the substance and spirit of the recent amendments of the Constitution have been sacrificed by a subtle and ingenious verbal criticism*”. Cfr. *Civil Rights Cases*, United States Supreme Court, 1883, *Dissenting Opinion*.

<sup>39</sup> A. TSEKIS, *The Thirteenth Amendment and American Freedom: A Legal History*, New York University Press, New York, 2004, 74.

per restringere la tutela contro la discriminazione, in una società che non è pronta a compiere effettivi passi avanti nell'equiparazione tra neri e bianchi.

La vicenda del *Civil Rights Act* del 1875 e dei successivi *Civil Rights Cases* rivela, pertanto, la sua duplice importanza.

In primo luogo, l'atto del Congresso esprime la consapevolezza che la discriminazione deve essere combattuta nei rapporti tra privati e che l'effettività della "*Equal Protection*" non può prescindere dall'imposizione ai privati dell'onere di non discriminare.

Il legame tra diritto antidiscriminatorio e diritto contrattuale risale, allora, davvero agli albori della lotta alla discriminazione. Il contratto è un'arma potente e diffusa di perpetrazione della disuguaglianza e del pregiudizio razziale, che si esprimono attraverso il rifiuto di contrarre o l'imposizione di condizioni svantaggiose.

In secondo luogo, dalla resistenza alle prescrizioni del *Civil Rights Act* del 1875 discende uno dei caratteri fondanti del diritto antidiscriminatorio nordamericano: il principio della "*State Action*", comportante l'impossibilità di invocare l'efficacia orizzontale del precetto costituzionale di uguaglianza e della *Equal Protection Clause*<sup>40</sup>. In base a tale principio, il dettato antidiscriminatorio della *Equal Protection* non si rivolge ai privati ma ai soli Stati, i quali non possono emanare legislazioni contrastanti con il Quattordicesimo Emendamento. La discriminazione attuata nel libero gioco dei rapporti privatistici continua, perciò, a essere tollerata dall'ordinamento.

La "*State Action doctrine*" influenza notevolmente l'assetto delle fonti di diritto antidiscriminatorio nordamericano, creando una netta separazione tra la fonte costituzionale, da un lato, dotata di mera efficacia verticale, e gli *statutes* destinati a susseguirsi nel tempo, rivolti specificamente ai privati.

Come si vedrà, questa linea di demarcazione pare del tutto assente nell'ordinamento europeo<sup>41</sup>, ove l'efficacia orizzontale del principio di non discriminazione trova, ormai, consacrazione nella giurisprudenza della

---

<sup>40</sup> Sullo sviluppo del Quattordicesimo Emendamento e la sua "trasformazione" nel principio-dogma della *State Action* si vedano le considerazioni di W.E. NELSON, *The Fourteenth Amendment: From Political Principle to Judicial Doctrine*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1988, 148 ss. A proposito della connessione tra *State Action* e diritto antidiscriminatorio si veda anche D. HERZOG, *The Kerr Principle, State Action, and Legal Rights*, in *Michigan Law Review*, vol. 105, No. 1, 1 ss. e, in particolare, 18.

<sup>41</sup> Il riferimento è alla consacrazione dell'efficacia orizzontale del principio di non discriminazione, compiuta dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea sin dal caso *Defrenne c. Sabena* (C-43/75) e perpetuata nella giurisprudenza più recente: si pensi, per esempio, a *Dansk Industri* (C-441/14). Sull'evoluzione delle argomentazioni della Corte di Giustizia in merito al principio di non discriminazione si rinvia al capitolo III, par. 1.

Corte di Giustizia dell'Unione europea e nella riflessione della dottrina<sup>42</sup>.

Ai *Civil Rights Cases* del 1883 segue una pronuncia emblematica della Corte Suprema, testimonianza della interpretazione ultra-restrittiva e conservatrice del Quattordicesimo Emendamento: si tratta di *Plessy v. Ferguson*<sup>43</sup>, caso in cui la Corte Suprema afferma la legittimità<sup>44</sup> di un atto normativo della Louisiana, risalente al 1890, che impone la presenza, sui treni, di carrozze separate per “*white and colored races*”.

La Corte argomenta osservando che “se è vero che il Quattordicesimo Emendamento riconosce l’uguaglianza delle razze di fronte alla legge, nondimeno esso non può essere inteso come eliminativo delle differenze naturalmente esistenti tra bianchi e neri”. Sulla base di ciò, l’esistenza di settori separati non è considerata pregiudizievole al perseguimento dell’obiettivo dell’uguaglianza<sup>45</sup>, poiché sia bianchi che neri possono usufruire del servizio: “*separate but equal*”.

---

<sup>42</sup> Alla *Drittwirkung* del principio di non discriminazione nel sistema europeo è dedicato il capitolo III.

<sup>43</sup> *Plessy v. Ferguson*, United States Supreme Court, 1896, trae origine dalla nota vicenda di un cittadino degli Stati Uniti, residente in Louisiana, “di discendenza afroamericana per un ottavo e caucasico per sette ottavi”, che acquista un biglietto di prima classe su un treno e prende posto nella carrozza riservata ai bianchi. Invitato a cambiare posto sulla base del *Separate Car Act della Louisiana* (1890), Plessy si oppone e viene arrestato. La Corte Suprema degli Stati Uniti analizza, dunque, la legittimità del *Separate Car Act*, che prevede che le carrozze dei treni siano “*equal, but separate*” in relazione alla razza dei viaggiatori.

<sup>44</sup> Il vaglio di compatibilità del *Separate Car Act* della Louisiana con i principi costituzionali è operato in relazione al Tredicesimo e al Quattordicesimo Emendamento. Il conflitto con il Tredicesimo Emendamento – che ha abolito la schiavitù durante la *Reconstruction Era* – è drasticamente negato dalla Corte, per una ragione che è considerata lapalissiana, “*too clear for argument*”: “*a statute which implies merely a legal distinction between the white and colored races – a distinction which is founded in the color of the two races and which must always exist so long as white men are distinguished from the other race by color – has no tendency to destroy the legal equality of the two races, or reestablish a state of involuntary servitude*”. Allo stesso modo, non appare violato il Quattordicesimo Emendamento, il cui obiettivo è senza dubbio quello di promuovere l’assoluta eguaglianza tra le due razze dinanzi alla legge ma che, “*in the nature of things, it could not have been intended to abolish distinctions based upon color, or to enforce social, as distinguished from political, equality, or a commingling of the two races upon terms unsatisfactory to either. Laws permitting, and even requiring, their separation in places where they are liable to be brought into contact do not necessarily imply the inferiority of either race to the other, and have been generally, if not universally, recognized as within the competency of the state legislatures in the exercise of their police power*”.

<sup>45</sup> L’esempio della segregazione scolastica è portato a sostegno degli argomenti di *Plessy v. Ferguson*, ove si legge: “*the most common instance of this is connected with the establishment of separate schools for white and colored children, which has been held to be a valid exercise of the legislative power even by courts of States where the political rights of the colored race have been longest and most earnestly enforced*”.

È il trionfo della logica segregazionista<sup>46</sup> e delle *Jim Crow Laws*<sup>47</sup>, serie variegata di provvedimenti statali attraverso cui, nonostante il Quattordicesimo Emendamento, si perpetua la politica discriminatoria e razzista a danno dei cittadini di colore.

### 3. *Patto discriminatorio valido ma incoercibile: restrittive covenants, intangibilità dell'autonomia privata e State Action*

L'impossibilità di attribuire efficacia orizzontale al dettato costituzionale della *Equal Protection Clause* e di vincolare i privati al suo rispetto rappresenta, storicamente, il primo fallimento del diritto contrattuale antidiscriminatorio.

La legislazione embrionale della *Reconstruction Era*, volta a garantire effettività al Quattordicesimo Emendamento e a porre in capo ai privati un divieto di discriminare, si scontra con la postulata assenza di un fondamento costituzionale dell'intervento del Congresso, vincolato alla *State Action doctrine*.

Il principio della *State Action* non solo libera i privati cittadini da ogni onere di non discriminare ma priva lo stesso Congresso della competenza normativa in base alla quale proibire le discriminazioni nei rapporti tra privati. Solo decenni più avanti il Congresso si riapproprierà di tale competenza, utilizzando quale base giuridica della legislazione volta al contra-

---

<sup>46</sup> Si registra anche in *Plessy v. Ferguson*, come nei *Civil Rights Cases*, l'unica opinione dissenziente di Justice Harlan, il quale insiste sul marchio di inferiorità che una legge quale quella della Louisiana imprime sui cittadini di colore, in violazione dei precetti costituzionali. "Our Constitution is color-blind and neither knows nor tolerates classes among citizens" – si legge nella *dissenting opinion* – la quale termina con l'avvertimento di un pernicioso ribaltamento degli obiettivi della *Reconstruction Era*: "if laws of like character should be enacted in the several States of the Union, the effect would be in the highest degree mischievous. Slavery, as an institution tolerated by law would, it is true, have disappeared from our country, but there would remain a power in the States, by sinister legislation, to interfere with the full enjoyment of the blessings of freedom to regulate civil rights, common to all citizens, upon the basis of race, and to place in a condition of legal inferiority a large body of American citizens now constituting a part of the political community called the People of the United States".

<sup>47</sup> R. HOWARD, *From Exclusion to Segregation: Southern Race Relations, 1865-1900*, in *The Journal of American History*, vol. 63, No. 2, 325 ss.; M.F. BERRY, *Repression of Blacks in the South, 1890-1945: Enforcing the System of Segregation*, in R. HAWS (a cura di), *The Age of Segregation: Race Relations in the South, 1890-1945*, University of Mississippi Press, Jackson, 1979; chiarisce la situazione di schiavitù celata vigente nell'epoca Jim Crow lo studio di J.R. MANDLE, *Not Slave, Not Free: The African American Economic Experience Since the Civil War*, Duke University Press, Durham, 1994.

sto della discriminazione non la *Equal Protection Clause* ma la *Commerce Clause*, come si osserverà in seguito<sup>48</sup>.

Occorre, tuttavia, avvertire che la diffusione della sensibilità antisegregazionista conduce, lentamente, a un lieve e indiretto temperamento del rigore del principio della *State Action*.

Campo di osservazione privilegiato del processo è quello dei *restrictive covenants*: si tratta di veri e propri patti e “cartelli” discriminatori con i quali privati si accordano per non locare o vendere a neri, ebrei o asiatici unità immobiliari in taluni quartieri, allo scopo di conservarne l’omogeneità etnico-culturale<sup>49</sup>.

I *restrictive covenants* sono diffusi in tutti gli Stati Uniti con l’obiettivo sostanziale di preservare le c.d. “*white communities*”, ossia spazi urbani destinati alla residenzialità di soli bianchi. Essi costituiscono il primo, eclatante esempio della discriminazione nell’area dell’accesso all’abitazione.

Le pattuizioni hanno origine quando la Corte Suprema in *Buchanan v. Warley*<sup>50</sup>, sulla base del Quattordicesimo Emendamento, dichiara illegittima la predisposizione di regolamenti comunali che dividono il territorio in zone destinate a bianchi e in zone destinate a cittadini di colore.

Il signor Warley, acquirente nero di una porzione edificabile di terreno (sul quale intende costruire un’abitazione) sito in un quartiere di Louisville, Kentucky, che un’ordinanza comunale destina ai soli bianchi<sup>51</sup>, rifiuta

<sup>48</sup> Cfr. *infra*, par. 4 di questo capitolo.

<sup>49</sup> Una recente panoramica sui *restrictive covenants* si legge in K.J. GOTHAM, *Urban Space, Restrictive Covenants and the Origins of Racial Residential Segregation in a US City*, in *International Journal of Urban and Regional Research*, 2000, vol. 2, No. 3, 616 ss.

<sup>50</sup> *Buchanan v. Warley*, United States Supreme Court, 1917. La diffusione dei *restrictive covenants* precede, invero, le conclusioni della Corte Suprema in *Buchanan v. Warley*, che danno impulso a una moltiplicazione del fenomeno. Secondo W. MING JR., *Racial Restrictions and the Fourteenth Amendment: the Restrictive Covenant Cases*, in *The University of Chicago Law Review*, 1949, vol. 16, No. 2, 203, nota 1, il primo caso noto riguardante una limitazione alla locazione della proprietà dovuta all’origine etnica del potenziale conduttore è *Gandolfo v. Hartman*, Circuit Court of the United States, San Diego, California, 1892. In tale occasione, la Corte si rifiuta di imporre l’adempimento di un divieto di locazione a cinesi – “*to a China-man*” – dal momento che l’intervento giudiziale costituirebbe una *State Action* volta a promuovere la discriminazione razziale, in netto contrasto con il Quattordicesimo Emendamento. Il caso è riportato anche in D.O. MCGOVNEY, *Racial Residential Segregation by State Court Enforcement of Restrictive Agreements, Covenants or Conditions in Deeds is Unconstitutional*, in *California Law Review*, 1945, vol. 33, No. 1, 7.

<sup>51</sup> L’ordinanza, riportata nel testo della decisione della Corte Suprema, è presentata come un mezzo per prevenire i conflitti e il risentimento tra cittadini bianchi e cittadini di colore, come uno strumento volto a preservare “*the public peace*” e a promuovere il “*general welfare*” della popolazione.

di pagare il prezzo convenuto, sostenendo che non potrà adibire l'area all'uso previsto (costruendovi una casa) alla luce della predetta ordinanza e che, dunque, la proprietà ha subito, per i suoi interessi, un'innegabile perdita di valore.

L'agente immobiliare incaricato della riscossione dell'intero prezzo agisce per il pagamento della somma. Quando la vicenda giunge all'attenzione della Corte Suprema, quest'ultima rileva che l'ordinanza di "racial zoning" della città di Louisville si pone in contrasto con il Quattordicesimo Emendamento e illegittimamente interferisce con la libertà contrattuale dei soggetti, inibendo le compravendite tra cittadini bianchi e cittadini di colore<sup>52</sup>.

Da un certo punto di vista, la decisione di *Buchanan v. Warley* rappresenta un successo nella battaglia antisegregazionista. La sanzione di illegittimità riguarda, in virtù del principio della *State Action*, il comportamento di un attore pubblico<sup>53</sup> – la città di Louisville – tenuto a conformarsi al precetto della *Equal Protection Clause*.

Tuttavia, la stessa regola della *State Action* determina il sorgere di una zona franca in cui la segregazione residenziale può ottenersi non a mezzo della regolamentazione municipale o statale ma tramite gli accordi privati<sup>54</sup>.

"Intoccabili" perché non soggetti all'applicazione orizzontale del Quattordicesimo Emendamento, gli individui possono lecitamente convenire restrizioni alla cessione di lotti di terreno e unità abitative a cittadini appartenenti alla comunità afroamericana.

Civilisticamente, la fattispecie dei *restrictive covenants* si colloca a metà strada tra un divieto di alienazione e un vincolo di destinazione a contenuto negativo.

Con il divieto di alienazione il *restrictive covenant* condivide la struttura di accordo, tra due o più proprietari di edifici o terreni siti in una determinata area, volto a impedire la cessione della proprietà o del godimento a terzi, in ragione di particolari caratteristiche di questi ultimi (in genere, l'appartenenza alla comunità afroamericana).

---

<sup>52</sup> L'*opinion* della Corte Suprema in *Buchanan v. Warley* afferma vigorosamente la contrarietà al Quattordicesimo Emendamento dell'ordinanza comunale: "we think this attempt to prevent the alienation of the property in question to a person of color was not a legitimate exercise of the police power of the State, and is in direct violation of the fundamental law enacted in the Fourteenth Amendment of the Constitution preventing state interference with property rights except by due process of law".

<sup>53</sup> Si conformano al precedente di *Buchanan v. Warley* anche *Richmond v. Deans*, United States Supreme Court, 1930 e *Harmon v. Tyler*, United States Supreme Court, 1927.

<sup>54</sup> Il *racial zoning* diventa, rapidamente, un obiettivo perseguibile efficacemente a mezzo della contrattazione privata, come testimonia la letteratura giuridica nordamericana del tempo. Si veda A.A. BRUCE, *Racial Zoning by Private Contract in the Light of the Constitution and the Rule against Restraints on Alienation*, in *Illinois Law Review*, 1927, vol. 21, 704.

La qualità di vincolo di destinazione a contenuto negativo (avente, cioè, a oggetto l'esclusione di alcuni individui da una data zona) emerge, invece, dalla caratteristica opponibilità ai terzi della pattuizione. Riportata nel "deed" di acquisto, essa assume la natura di un vero e proprio "peso" sul bene, il quale "runs with the land"<sup>55</sup>.

La validità di siffatti accordi – in cui l'interprete nazionale non può che ravvisare un divieto di alienazione nullo, poiché ispirato a interessi immerevoli di tutela e illimitato nel tempo (contro il disposto dell'art. 1379 c.c.) – non è, però, posta in discussione.

Una sentenza della Corte Suprema – *Corrigan v. Buckley*<sup>56</sup> – favorisce l'ulteriore diffusione dei medesimi quando, nel 1926, all'attenzione della Corte giunge un accordo tra proprietari bianchi del *District of Columbia*, risalente al 1921, che vieta la vendita degli immobili a cittadini di colore.

Quando una proprietaria promette in vendita la sua abitazione a una famiglia afroamericana, le parti della pattuizione restrittiva invocano l'esecuzione della stessa e la conseguente impossibilità di procedere alla vendita. I giudici del *District of Columbia* accolgono tale prospettiva, dichiarando l'*enforceability* del patto di non alienare. La Corte Suprema, affermando di non avere giurisdizione sulla questione, di fatto consolida lo *status quo*, ossia l'imposizione, da parte dei primi giudici, dell'adempimento del patto discriminatorio<sup>57</sup>.

Una lettura asettica della *State Action* comporta, in effetti, l'intangibilità di siffatti accordi, espressioni di autonomia privata in alcun modo vincolata dalla *Equal Protection Clause*.

Solo in seguito, grazie ad alcune vicende molto note, si afferma una *case law* che tenta di conciliare i precedenti (dai *Civil Rights Cases* del 1883 alla giurisprudenza *Corrigan* del 1926) con alcune rinnovate istanze sociali. È il tempo dei *Restrictive Covenant Cases*, espressione con cui si suole indicare

---

<sup>55</sup> L'opponibilità ai terzi del divieto di alienazione rappresenta una novità dell'esperienza nordamericana, che si contrappone alla natura meramente obbligatoria che i vincoli hanno nel sistema inglese. Cfr. G.C. CHERSHIRE, *Modern Law of Real Property*, London, 1937, 295 s., secondo cui il limite all'uso o alla disposizione del bene è *enforceable* solo tra i paciscenti originari, senza che i subacquirenti possano essere costretti all'adempimento degli obblighi del *restrictive covenant*. Al contrario, la natura di peso che segue il bene caratterizza i *restrictive covenants* statunitensi, come illustrato in C.E. CLARK, *Real Covenants and Other Interests Which "Run with Land"*, Chicago, 1947.

<sup>56</sup> *Corrigan v. Buckley*, United States Supreme Court, 1926.

<sup>57</sup> La Corte Suprema considera, infatti, il solo aspetto della validità dell'accordo alla luce dei principi costituzionali e del Quattordicesimo Emendamento, affermandone l'*enforceability* in ragione del fatto che il contenuto dell'accordo privato non deve porsi in linea con la *Equal Protection Clause* la quale, in virtù della *State Action*, vincola la Federazione e gli Stati ma non i privati.

la serie di fattispecie esaminate in *Shelley v. Kraemer*<sup>58</sup>, *McGhee v. Sipes*<sup>59</sup>, *Hurd v. Hodge*<sup>60</sup> e *Urciolo v. Hodge*<sup>61</sup>.

Nel 1945, la famiglia Shelley, afroamericana, acquista – “*for valuable consideration*”<sup>62</sup> – un’abitazione a St. Louis, in Missouri. Sulla proprietà grava un “*restrictive covenant*”, stipulato nel 1911. Il patto tra i precedenti proprietari vieta a neri e asiatici di essere immessi nel godimento dell’abitazione e, pur non essendo riportato nell’atto di acquisto, risulta regolarmente registrato<sup>63</sup>.

Un solerte vicino di casa, il signor Kraemer, invoca dinanzi alla Corte del Missouri l’esistenza del patto al fine di impedire che i nuovi acquirenti entrino nel possesso del bene.

La Corte del Missouri accoglie la richiesta attorea, stabilendo che l’accordo del 1911 crea sulla proprietà un vincolo che “*ran with the land*”: il bene, vale a dire, è gravato da un peso valevole *erga omnes* e il divieto stabilito nel *restrictive covenant* è opponibile agli acquirenti.

Un caso analogo ha luogo a Detroit, in Michigan, dove la famiglia McGhee acquista un terreno oggetto del *restrictive covenant* di non alienazione ad afroamericani, convenuto dai precedenti proprietari<sup>64</sup>.

Simili vicende stanno, poi, alla base dei casi *Hurd v. Hodge* e *Urciolo v. Hodge*<sup>65</sup>, in cui viene in rilievo il vincolo, intercorrente tra i proprietari di venti immobili nella città di Washington, in base al quale “nessuna unità può essere locata, concessa in godimento a qualsiasi titolo, venduta o alie-

---

<sup>58</sup> *Shelley v. Kraemer*, United States Supreme Court, 1948.

<sup>59</sup> *McGhee v. Sipes*, United States Supreme Court, 1948.

<sup>60</sup> *Hurd v. Hodge*, United States Supreme Court, 1948.

<sup>61</sup> *Urciolo v. Hodge* United States Supreme Court, 1948.

<sup>62</sup> Come significativamente riportato nel testo della decisione *Shelley v. Kraemer*, cit.

<sup>63</sup> Dai fatti di causa emerge che il 16 febbraio del 1911 ben trenta dei trentanove proprietari immobiliari della zona hanno concluso un *restrictive covenant*, di cui si riporta uno stralcio, estrapolato da *Shelley v. Kraemer*, United States Supreme Court, 1948: “(...) *the said property is hereby restricted to the use and occupancy for the term of Fifty (50) years from this date, so that it shall be a condition all the time and whether recited and referred to as [sic] not in subsequent conveyances and shall attach to the land as a condition precedent to the sale of the same, that hereafter no part of said property or any portion thereof shall be, for said term of Fifty-years, occupied by any person not of the Caucasian race, it being intended hereby to restrict the use of said property for said period of time against the occupancy as owners or tenants of any portion of said property for resident or other purpose by people of the Negro or Mongolian Race*”.

<sup>64</sup> La Corte Suprema ha deciso il caso *McGhee v. Sipes* congiuntamente al caso *Shelley v. Kraemer*, riunendo le cause in ragione dell’identità sostanziale delle fattispecie.

<sup>65</sup> Analogamente, la riunione delle cause ha riguardato *Hurd v. Hodge* e *Urciolo v. Hodge*, decisi congiuntamente.

nata a qualsiasi titolo o promessa in vendita a una persona di razza nera, pena il pagamento di una somma di denaro pari a duemila dollari”<sup>66</sup>. Per specifica previsione dei paciscenti, il vincolo ha una portata reale e opera alla stregua di un “*lien*” – espressione con la quale si usa indicare un gravame – sulla proprietà.

Giunta all’attenzione della Corte Suprema, la questione della *enforceability* dei *restrictive covenants* si articola in due interrogativi: occorre stabilire, cioè, se simili pattuizioni, di natura privatistica, siano legittime alla luce del Quattordicesimo Emendamento e se possa esservi un ordine giudiziale di adempimento degli obblighi da esse imposti.

Nel rispetto della regola ferrea secondo cui il Quattordicesimo Emendamento non impone ai privati alcuna condotta antidiscriminatoria, la Corte Suprema stabilisce che simili accordi, in quanto meri regolamenti privati, sono validi<sup>67</sup>: “*the restrictive agreements, standing alone, cannot be regarded as violative of any rights guaranteed (...) by the Fourteenth Amendment*”<sup>68</sup>. Pertanto, agli accordi gli individui possono conformarsi se intendono farlo<sup>69</sup>.

Tuttavia, nel caso di violazione degli stessi, al giudice non è consentito di imporre l’adempimento delle obbligazioni pattuite, giacché tale imposizione si risolverebbe in una *State Action* discriminatoria e contrastante con il Quattordicesimo Emendamento<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> Così, testualmente, recita la clausola negoziale, citata dalla Corte Suprema: “(...) *that said lot shall never be rented, leased, sold, transferred or conveyed unto any Negro or colored person, under a penalty of Two Thousand Dollars (\$2,000), which shall be a lien against said property*”.

<sup>67</sup> Citando il precedente *Corrigan*, la Corte Suprema ribadisce che il Quattordicesimo Emendamento non vincola in alcun modo i privati ma pone una regola antidiscriminatoria cui solo la *State Action* deve informarsi: “*since the inhibitions of the constitutional provisions invoked apply only to governmental action, as contrasted to action of private individuals, there was no showing that the covenants, which were simply agreements between private property owners, were invalid*” (*Shelley v. Kraemer*, cit.).

<sup>68</sup> *Shelley v. Kraemer*, cit.

<sup>69</sup> I “*private restrictive agreements*”, proprio in quanto “*private*” e non sottoposti alla limitazione che investe la *State Action* sono validi e, dunque, “*the purposes of those agreements are achieved by the parties through voluntary adherence to the terms*” (*Hurd v. Hodge*, cit.).

<sup>70</sup> In *Shelley v. Kraemer*, cit., la Corte Suprema si sofferma sulla differenza tra “*judicial enforcement and nonenforcement of the restrictive covenants*” e sostiene che, nel garantire il “*judicial enforcement*” dei divieti privati si attua una *State Action* che nega ai cittadini “*the equal protection of the laws, and that, therefore, the action of the state courts cannot stand (...); because of the race or color of these petitioners, they have been denied rights of ownership or occupancy enjoyed as a matter of course by other citizens of different race or color. The Fourteenth Amendment declares that all persons, whether colored or white, shall stand equal before the laws of the States, and, in regard to the colored race, for whose protection the amendment was primarily designed, that no discrimination shall be made against them by law because of their color*”.