

CAPITOLO I

INTRODUZIONE:

DISCRIMINAZIONE E AUTONOMIA PRIVATA

SOMMARIO: 1. Premessa: «Non discriminazione» e autonomia contrattuale. – 2. Il difficile equilibrio tra il principio di eguaglianza e la libertà di iniziativa economica privata. Eguaglianza e libertà contrattuale, due principi storicamente antinomici. – 3. La ricerca del superamento dell'«antinomia»: il principio di non discriminazione nelle Carte. – 4. La rilettura della Costituzione alla luce del diritto dell'Unione europea (dopo il Trattato di Lisbona) e della Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali. – 5. La contrattazione che si rivolge al pubblico quale strumento di integrazione tra interessi personali e patrimoniali. – 6. La non discriminazione come limite posto all'autonomia privata nell'esercizio della libertà negoziale: quale *ratio*? – 7. La tutela della dignità dell'uomo quale possibile risposta. – 8. Una nuova situazione giuridica: il diritto assoluto «a non essere discriminati».

1. Premessa: «Non discriminazione» e autonomia contrattuale

Il progressivo delinearci a livello europeo dell'idea di “non discriminazione”, non solo come significativo complesso normativo contenente prescrizioni indirizzate agli Stati membri¹ ma anche come vero e proprio prin-

¹ Si tratta di un pacchetto di direttive emanate dopo la modifica al Trattato intervenuta con Amsterdam (1997, in vigore dal 1999) che introducendo l'art. 13 (ora art. 19 novellato del Trattato FUE) ha ampliato la competenza dell'Unione facoltizzando il Consiglio ad 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. Si ricordano la direttiva 2000/43/CE del Consiglio del 29 giugno 2000 che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; la direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; la direttiva 2002/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 settembre 2002 che modifica la direttiva 76/207/CEE del Consiglio relativa all'attuazione della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro; la direttiva 2004/113/CE del Consiglio del 13 dicembre 2004 che attua la parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura; la direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006 riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e

cipio europeo² da affiancare ai valori fondativi proclamati dal Trattato di Lisbona³, ripropone all'interprete importanti interrogativi giacché il campo di applicazione delle prescrizioni antidiscriminatorie riguarda la materia, genericamente definita dal legislatore, dell'«accesso ai beni e ai servizi e loro fornitura»: cioè, si potrebbe sinteticamente dire, la materia della contrattazione⁴.

donne in materia di occupazione e di impiego, su cui diffusamente AA.VV., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio a cura di M. BARBERA*, Giuffrè, Milano, 2007; D. LA ROCCA, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo, Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Giappichelli, Torino, 2008; P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, p. 75 ss.; C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2008; L. CALAFÀ, D. GOTTARDI, *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 2009; L. CALAFÀ, *Le direttive antidiscriminatorie di "nuova generazione": il recepimento italiano*, in *Studium Iuris*, 2004, p. 873 ss.; G. DONADIO, *Modelli e questioni di diritto contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2018.

² Si parla di «principio», in Corte Giust. CE, grande sezione, 22 novembre 2005, causa 144/04, in *Giur. it.*, 2006, p. 1816, con nota di L. CIARONI, *Autonomia privata e principio di non discriminazione*. Secondo la Corte di Giustizia «È compito del giudice nazionale assicurare la piena efficacia del principio generale di non discriminazione in ragione dell'età, disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale, anche quando il termine di trasposizione della direttiva non è ancora scaduto» V. anche Corte Giust. CE, 19 gennaio 2010, causa 555/07, caso *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH &co. KG*. Di recente, in dottrina, E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato, Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 87 ss.

³ Il Trattato di Lisbona (siglato il 13 dicembre 2007, in vigore dal 1° dicembre 2009), come è noto, modifica il Trattato sull'Unione europea (TUE) e il Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE) la cui denominazione muta in Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). In esso, si mantiene e si ribadisce la stessa linea perseguita dal Trattato di Amsterdam in quanto si prevede all'art. 2 che «l'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e le protezioni sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni»; nonché all'art. 21, «l'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda sui principi che ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento e che essa si prefigge di promuovere nel resto del mondo: democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale». Lo stesso Trattato di Lisbona, poi, richiama la Carta di Nizza cui viene attribuito lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6 TUE). E nella Carta di Nizza, illustra efficacemente S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 94 ss., «l'abuso del diritto, l'idea del mercato regolato, la tutela della concorrenza, la protezione del consumatore ed il principio di solidarietà, costituiscono le "formule magiche" che si sovrappongono a quelle della nostra tradizione costituzionale». Aggiunge l'a., però, «con un importante distinguo: la promozione della giustizia sociale e la coesione economica, sociale e territoriale vengono indicati tra gli obiettivi dell'Unione ma raggiungibili soltanto attraverso "un'economia sociale di mercato fortemente competitiva"».

⁴ *Libro Verde, Uguaglianza e non discriminazione nell'Unione europea allargata*, Bruxelles, 28 maggio 2004, presentato dalla Commissione, nel quale si evidenzia come sulla scia della decennale esperienza maturata in seno all'Unione europea nell'affrontare il problema della discriminazione sessuale, in particolare quella legata alla retribuzione, alle condizioni di lavoro e alla sicurezza sociale, a partire dalla metà degli anni '90, si consolida

Per quanto il legislatore europeo abbia già introdotto nell'ordinamento comunitario importanti prescrizioni antidiscriminatorie – e ciò, quanto meno, a decorrere dagli anni '70 del secolo scorso⁵, sulla scia dell'esempio della lunga battaglia politica americana degli anni '60⁶ – decisamente nuovo appare il campo di applicazione delle più recenti direttive europee che estendono la regola contro la discriminazione al settore della contrattazione.

La vera novità nell'ordinamento europeo, ed insieme il profilo critico dell'interpretazione, dell'applicazione e del controllo giudiziale, è rappresentata proprio dalla previsione normativa del divieto di discriminazione nell'area dei rapporti contrattuali di diritto privato, dove, tradizionalmente, si è soliti parlare di libertà.

Nel panorama europeo si assiste al proliferare di norme volte a vietare atti e, più in generale, comportamenti «discriminatori» in ragione di specifiche qualità riferibili alla persona (c.d. «fattori di rischio») quali la razza, l'etnia, la religione, le tendenze sessuali, l'età, la disabilità, e ciò ora anche nei rapporti contrattuali tra privati⁷; d'altro canto sul versante nazionale, e nella dottrina civilistica italiana in particolare⁸, rimane viva la preoccupazione di mantenere integro l'esercizio effettivo dell'autonomia privata⁹; o meglio, seguendo il pensiero di Carlo Castronovo¹⁰ nella prospettiva dei diritti fon-

l'idea che la Comunità europea «dovesse combattere altre forme di discriminazione». Accanto a questo *corpus* normativo che è composto da direttive europee, in Europa si profilano diverse iniziative della Commissione europea per la revisione del diritto europeo dei contratti quali i *Principles of Existing EC Contract Law*, elaborati dal c.d. *Acquis Group* (*Principi Acquis*) e il *Draft Common Frame of Reference*, su cui diffusamente, G. DE CRISTOFARO, I «Principi» del diritto comunitario dei contratti, Giappichelli, Torino, 2009. Più in generale sull'armonizzazione del diritto europeo dei contratti, cfr. G. ALPA, Il «Quadro comune di riferimento» e le nuove prospettive di diritto contrattuale europeo, in *Contratti*, 2005, 3, p. 308; ID., *Autonomia delle parti e libertà contrattuale, oggi*, in G. ALPA, G. IUDICA, U. PERFETTI, P. ZATTI, (a cura di), il *Draft common frame of reference del diritto privato europeo*, Cedam, Padova, 2009, p. 4 ss.; A. CIATTI, *Sull'attitudine unificatrice del diritto privato dell'unione europea*, in *Contr. impr. eur.*, 2012, 1, p. 180 ss.

⁵ L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Jovene, Napoli, 2011, p. 52 ss.

⁶ D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello "europeo" dell'antidiscriminazione*, Cedam, Padova, 2008; G. DONADIO, *Modelli e questioni di diritto contrattuale antidiscriminatorio*, Giappichelli, Torino, 2017.

⁷ Oltre alla specifica materia giuslavorista, il riferimento cade in particolare alla direttiva 2000/43/CE nel cui ambito di applicazione è compreso l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, incluso l'alloggio (art. 3, lett. h) ed alla direttiva 2004/113/CE, dedicata quest'ultima, esclusivamente, all'accesso a beni e servizi e loro fornitura, se pure limitatamente al c.d. fattore di rischio «genere».

⁸ Cfr., altresì, la stessa direttiva 2004/113/CE ove al 14° *Considerando* si legge «ogni persona gode della libertà contrattuale, inclusa la libertà di scegliere un contraente per una transazione. La persona che fornisce beni o servizi può avere vari motivi soggettivi per la scelta del contraente. Nella misura in cui la scelta del contraente non si basa sul sesso della persona, la presente direttiva non pregiudica la libertà di scelta del contraente».

⁹ E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 547 ss.

¹⁰ C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, in *Eur. e dir. priv.*, 2005,

damentali, l'intangibilità della libertà negoziale nelle relazioni contrattuali poste in essere tra privati, se pure di questa libertà non si ravvede una previsione specifica ed esplicita nel testo costituzionale¹¹.

Il problema si profila da subito complesso. È evidente, infatti, che il discorso giuridico, o meglio, l'argomentazione che sorregge una soluzione o l'altra, dovrà giocoforza tenere conto di una pluralità di variabili, per di più in continua evoluzione, quali l'esistenza di un ordinamento sovranazionale in uno con una pluralità di specifiche identità nazionali, di una pluralità di fonti, di Corti.

Le stesse direttive europee che innovano la tutela antidiscriminatoria estendendola alla materia dell'accesso a beni e servizi e alla loro fornitura – incluso l'alloggio – con l'esplicito obiettivo di attuare la parità di trattamento tra le persone, sembrano anticipare l'impatto di tali prescrizioni sul diritto nazionale, preoccupandosi di salvaguardare da un lato, ma solo nei «*Considerando*», il rispetto per la protezione della vita privata e familiare e delle transazioni operate in tale contesto e, dall'altro, la stessa libertà contrattuale, nel cui ambito si comprende, testualmente, la libertà di scegliere un contraente per una "transazione"¹².

La soluzione che si delinea nella citata legislazione europea per risolvere il conflitto tra antidiscriminazione, parità di trattamento e libertà negoziale, viene fornita, a quanto pare, limitando l'applicazione dei divieti antidiscrimi-

n. 1, p. 29 ss., ove l'a. se pure «acconciamente» qualifica l'autonomia privata nella prospettiva dei diritti fondamentali come libertà negoziale, per quanto di essa non vi sia una previsione specifica ed esplicita in Costituzione, di guisa che si potrebbe pensare ad una libertà di secondo rango rispetto alle altre se non è riuscita ad attingere alla dignità costituzionale. L'a. prosegue il ragionamento evidenziando come si sia in sostanza instaurata una sorta di tradizione costituzionale «che non considera indispensabile annoverare l'autonomia privata tra i diritti fondamentali di cui provvedere tutela alla stregua di quelli che con tale qualifica hanno ottenuto rango primario a mo' di raggiata di protezione del soggetto». Anche la Carta dei diritti fondamentali che si rifà in parte alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, all'art. 16 menziona una libertà di impresa riconosciuta conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali ma senza perciò potersene riconoscere valore costituzionale all'autonomia privata. L'autore si rammarica di tale vuoto di protezione dell'autonomia privata a livello costituzionale, la cui previsione espressa, invece, se effettuata, avrebbe comportato rilevanti conseguenze in materia di protezione della parte contrattuale nel significato bilaterale dell'accezione, protezione del debole e limitazione del potere forte.

¹¹ Nella dottrina civilistica si ricorda P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato (a proposito di un libro tedesco)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1515 ss.; ID., *Persona e Comunità*, Il Mulino, Bologna, 1966, p. 335 ss.; ID., *Sul cosiddetto principio d'uguaglianza nel diritto privato*, in *Foro it.*, 1960, I, c. 664 ss.; nei contributi più recenti, cfr. G. ALPA, *Autonomia delle parti e libertà contrattuale, oggi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 571 ss., il quale ripercorre le sorti della libertà contrattuale nella prospettiva connessa con l'applicazione dei diritti fondamentali riconosciuti nelle Carte costituzionali e nelle esperienze costituzionali dei Paesi membri.

¹² V. la direttiva 2000/43/CE al 4° *Considerando*; nonché la direttiva 2004/113/CE al 3° *Considerando* e, quindi, anche al successivo 14°, e poi nel testo del provvedimento da ultimo citato, art. 3, punti 1 e 2.

minatori alla sola contrattazione che, per la modalità di prospettazione e di conclusione, si rivolge al pubblico¹³.

Le direttive che vengono in considerazione nella materia contrattuale, infatti – la n. 2000/43 e la n. 2004/113 –, sembrano delimitare l'ambito di applicazione dei divieti discriminatori alla sola contrattazione che si conclude mediante una dichiarazione rivolta al pubblico, escludendo, di contro, quella contrattazione che si conclude mediante una c.d. dichiarazione individualizzata¹⁴.

L'interesse sotteso alla contrattazione c.d. di massa sembra giustificare e rendere tollerabile la limitazione della libertà negoziale e legittimare così l'imposizione di nuovi limiti e divieti normativi¹⁵.

Tale è l'indicazione del legislatore europeo nelle versioni in lingua ufficiale delle direttive citate¹⁶ e tale sembra essere la conclusione cui è approdata la migliore dottrina che si è occupata del tema¹⁷.

¹³ Diffusamente, D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milano, 2007; F. VIGLIONE, *Il principio di non discriminazione nei rapporti tra privati: quali spazi per la legislazione regionale?*, in *Le regioni*, 2012, n. 1, p. 192 ss., per il quale i limiti all'autonomia contrattuale negli scambi con il pubblico vengono considerati sopportabili dal sistema in vista del raggiungimento di una più piena operatività del principio di pari trattamento.

¹⁴ L'espressione è mutuata da D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., p. 16, ove l'a. nel riferirsi al "contratto individualizzato" specifica come le leggi antidiscriminatorie non si applichino "né nella fase che precede, né a quella che segue la conclusione di un contratto concluso a fronte di una proposta, di un invito ad offrire o di qualsiasi invito a manifestare un interesse individualizzato". Ma il dibattito nella dottrina è ancora acceso, cfr., da ultimo, D. MAFFEIS, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, Cedam, Padova, 2015, n. 1, p. 160 ss., che critica le dottrine più recenti, in particolare l'interpretazione di G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, ESI, Napoli, 2013, p. 106. Quest'ultimo a. in particolare ritiene applicabile il divieto di discriminazione a quelle dichiarazioni individualizzate che si concludono fuori dell'area della vita privata e familiare. D. MAFFEIS, invece, in *op. loc. ult. cit.*, ribadisce che il divieto di discriminazione non coincide con la parità di trattamento, si applica solo nei contratti rivolti al pubblico, non sussiste nella forma della discriminazione indiretta nel diritto dei contratti, e richiede comunque sempre l'elemento soggettivo del dolo.

¹⁵ Cfr. le riflessioni di G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 17 ss., in difesa dell'autonomia privata e della vocazione del giurista al polimorfismo in ragione della mutevolezza del mercato e dell'ordine giuridico.

¹⁶ Nella versione francese, si legge nella direttiva 2000/43/CE, *sub Article 3*, *Champ d'application*, n. 1, h) «*L'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services, à la disposition du public, y compris en matière de logement*»; nella corrispondente versione in inglese, «*access to and supply of goods and services which are available to the public, including housing*»; in quella in lingua tedesca, «*den Zugang und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum*»; mi sia consentito il rinvio a B. CHECCHINI, *Eguaglianza, non discriminazione e limiti dell'autonomia privata: spunti per una riflessione*, in *La Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 186 ss.

¹⁷ Su cui diffusamente, D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milano, 2007.

È lecito, tuttavia, chiedersi se oggi tale limitazione in ragione del tipo di contrattazione e della modalità di conclusione del negozio sia ancora giustificata, o se, piuttosto, la tutela antidiscriminatoria entri a gamba tesa in tutta la contrattazione tra privati, e in tal caso con quali limiti o in quali termini.

Si potrebbe osservare infatti, che se siamo di fronte ad un vero e proprio principio europeo di non discriminazione¹⁸, e non solo ad un *corpus* normativo di regole, non avrebbe ragion d'essere la delimitazione operata in ragione della modalità di conclusione del contratto.

Tale conclusione, tuttavia, impone una rivisitazione del principio dell'autonomia privata.

Ed ancora.

Si potrebbe sostenere che se la *ratio* della normativa antidiscriminatoria è diretta alla tutela di una specifica situazione giuridica, allora e a maggior ragione si potrà concludere che non ha senso limitare la tutela di tale «interesse» in ragione della modalità di conclusione del contratto.

La configurazione di una pretesa a non essere discriminati, tuttavia, comporta una rilettura degli strumenti sanzionatori volti a garantire l'effettività della tutela.

Il problema, insomma, non è di poco momento giacché il conflitto tra eguaglianza, non discriminazione e autonomia privata si presenta non solo in via di interpretazione della normativa esistente, in una prospettiva aprioristica, al fine di qualificare ciò che è lecito fare tra privati, ma coinvolge il profilo della tutela laddove occorre calibrare – una volta accertata la violazione del precetto antidiscriminatorio e la conseguenziale illiceità della condotta posta in essere dal privato – quali poteri possa esercitare il giudice e quali siano i limiti di intervento dello stesso sull'autonomia del privato¹⁹.

¹⁸E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato, Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2017, vol. I, p. 87 ss.

¹⁹N. DI LEO, *Il principio di uguaglianza e la sua portata applicativa*, in *I diritti fondamentali nell'Unione Europea, La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, nel *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Zanichelli-Il Foro it., Bologna-Roma, 2013, p. 629 ss.; B. TROISI, *Il bel paese: Discriminare. Un male "Civile"*, in www.altritaliani.net, per il quale «il conflitto tra libertà contrattuale – che, comunque, non può mai svolgersi “in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana” – e principio di non discriminazione può, in concreto, anche risolversi nell'impossibilità tecnica di applicare il rimedio della “rimozione degli effetti” quando essa leda una posizione di libertà altrimenti riconosciuta dall'ordinamento; ma questo non implica che, qualora sia configurabile la fattispecie legale di discriminazione, non possa da ciò derivare alcuna autonoma conseguenza giuridica. Così avuto riguardo al “diritto” di non negoziare in assenza di obblighi a contrarre, la sussistenza di uno “scopo” discriminatorio, in base al quale Tizio non concede in locazione l'immobile a Caio perché cittadino extracomunitario, assume, comunque, una autonoma rilevanza in forza degli artt. 2 e 3 d.lgs. n. 215/2003, anche rispetto all'obbligo di buona fede nelle trattative, soprattutto in vista degli specifici mezzi di tutela: nel caso prospettato, infatti, una volta accertata, secondo le peculiari modalità processuali, l'esistenza di una discriminazione, deve riconoscersi la risarcibilità del danno non patrimoniale ex art. 4, comma 4 dello stesso d.lgs.». Circa i poteri officiosi del giudice sul-

A tale proposito, basterà ricordare che la stessa Suprema Corte (Sez. Un.) ha se pur per inciso sottolineato l'impossibilità di predeterminare in astratto i termini della tutela accordabile giudizialmente ai fini della repressione di una illegittima discriminazione, in ragione della necessità di tener conto delle specificità di ogni situazione e del riferimento delle disposizioni di legge anche ad ipotesi di discriminazione indiretta²⁰.

È indubbio che il riemergere e il consolidarsi di valori e interessi "forti" a livello europeo, evidentemente sentiti e diffusi nello stesso contesto socio culturale, ma per nulla nuovi agli ordinamenti nazionali²¹ o a quello pattizio, debbano poter essere tradotti in una regola giuridica generale e astratta, capace di rendere effettiva la tutela della situazione giuridica soggettiva sottesa, se esiste.

l'autonomia negoziale, cfr. la disciplina di cui alla legge 18 giugno 1998 n. 192 (in G.U. 22 giugno 1998, n. 143 "Disciplina della subfornitura nelle attività produttive"; nonché più di recente la disciplina introdotta dal d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (in attuazione della direttiva 2000/35) sul ritardo dei pagamenti nelle transazioni commerciali nel cui art. 7, comma 3, («Il giudice, anche d'ufficio, dichiara la nullità dell'accordo e, avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1, applica i termini legali ovvero riconduce ad equità il contenuto dell'accordo medesimo») si prevede il potere del giudice di dichiarare la nullità dell'accordo che risulta gravemente iniquo in danno del creditore e, avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione ed ai rapporti commerciali tra le parti, di applicare i termini legali ovvero di ricondurre ad equità il contenuto dell'accordo. Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 101 ss., sui limiti del potere integrativo del giudice e i limiti dello stesso sia per la necessità che sia rispettata la corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, sia nel senso che i presupposti della nullità devono risultare dagli atti acquisiti al processo e non *aliunde*. Cfr. il dibattito sul potere del giudice "scatenato" da Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2985, con nota di A. PALMIERI, *Supervisione sistematica delle clausole penali: riequilibrio (coatto e unidirezionale) a scapito dell'efficienza?*, in *Foro it.*, 2006, I, c. 106 ss., e di A. BITETTO, *Riduzione «ex officio» della penale: equità a tutti i costi?*, in *Foro it.*, 2006, I, c. 432 ss.; e prima G.B. FERRI, *Autonomia contrattuale, doveri di solidarietà e ruolo del giudice*, ne *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista. Atti del I convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (S. I. S. Di. C.)*, ESI, Napoli, 2006, p. 825 ss.

²⁰ Cass., Sez. Un., 30 marzo 2011, n. 7186, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, n. 4, p. 1095, con nota di A. DONINI, *Problemi in tema di discriminazione sul lavoro motivate dalla (diversa) nazionalità: giurisdizione del giudice ordinario e ripartizione dell'onere della prova*.

²¹ Cfr. per i profili penali della tutela antidiscriminatoria, le riflessioni di B. TROISI, *Profili civilistici del divieto di discriminazione*, ne *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista. Atti del I convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (S. I. S. Di. C.)*, ESI, Napoli, 2006, p. 295 ss.; nonché di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile*, in AA.VV., *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, ESI, Napoli, 2002, p. 19 ss.; quest'ultimo a., in particolare, individua due fasi della tutela antidiscriminatoria; la prima, sino al 1998 di impronta penalista, la seconda, invece, «caratterizzata dalla scoperta della dimensione civilistica della tutela contro le discriminazioni, segnata dall'entrata in vigore della legge 6 marzo 1998, n. 40 (disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero)».

2. Il difficile equilibrio tra il principio di eguaglianza e la libertà di iniziativa economica privata. Eguaglianza e libertà contrattuale, due principi storicamente antinomici

È a tutti noto come i giuristi civilisti, nel panorama tradizionale, si siano diffusamente confrontati con il «principio di eguaglianza» di cui all'art. 3²² della Costituzione²³ giungendo a differenti conclusioni in merito alla sua diretta applicabilità nei rapporti tra i privati²⁴.

²² Art. 3 Cost. «1. Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. 2. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». V. anche le considerazioni di R. NIRO, *Sub art. 41*, nel *Commentario alla Costituzione* a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, I, 2006, Utet, Torino, p. 846 ss.

²³ Per una ricostruzione del dibattito dei civilisti sul principio costituzionale d'eguaglianza nel diritto privato, P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, Napoli, 1983, cit., p. 92 secondo il quale «Pertanto esaurire nel diritto civile il ruolo del principio di eguaglianza in quello della parità di trattamento significherebbe tener fuori dall'assetto privatistico e dai suoi istituti fondamentali una delle maggiori innovazioni costituzionali, cioè il contemperamento tra l'individuale ed il sociale, tra la logica retributiva e quella distributiva. E ciò sarebbe possibile se si escludesse da parte dell'interprete l'utilizzazione della normativa costituzionale nella ricostruzione degli istituti civilistici e quindi l'efficacia delle singole norme costituzionali nei rapporti dei privati. Ma di qui a poco si chiarirà che è doveroso, i fini della ricostruzione delle fattispecie civilistiche, utilizzare direttamente la norma costituzionale, sia in presenza sia in assenza di specifica disciplina ordinaria. Si che pare arbitraria la posizione di chi esclude che l'art. 3, tanto nella prima quanto nella seconda proposizione di cui consta, possa aver rilevanza sull'autonomia privata e sui fondamentali istituti di diritto civile»; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, Napoli, 2006, cfr., p. 433 ss.; e, più di recente, ID., *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 3, p. 900; M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Cedam, Padova, 2003, p. 4 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto privato* a cura di G. ALPA e P. ZATTI, Giuffrè, Milano 2001, p. 83, ove l'a. afferma che in linea di massima il principio di uguaglianza non trova applicazione diretta ai rapporti contrattuali perché «nella misura in cui è regno della libertà, il contratto può essere anche regno della disuguaglianza e della discriminazione, basate su libere scelte dei contraenti», per poi aggiungere però che ciò non toglie che in certi casi i contratti discriminatori siano vietati; G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 655, per il quale anche la Cassazione esclude l'esistenza di un principio di parità di trattamento in materia contrattuale nel nostro ordinamento giuridico; U. BRECCIA, *Il contratto in generale*, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, XIII, 3, Giappichelli, Torino, 1999, p. 201 ss. e nt. 51; A. GALOPPINI, *Osservazioni sul principio di parità di trattamento nel diritto privato*, in *Riv. giur. lav.*, 1965, II, p. 7 s.; P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Il Mulino, Bologna, 1966; G. PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Cedam, Padova, 1970; R. SACCO, voce «Parità di trattamento (nel diritto dei contratti)», nel *Digesto, Disc. priv., sez. civ.*, VII Agg., Utet, Torino, 2012, p. 738; S. RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, Bologna, 1971; P. BARCELLONA, (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, Laterza, Bari, 1973; N. LIPARI, (a cura di), *Diritto privato: una ricerca per l'insegnamento*, Laterza, Bari, 1974; A. CERRI, *L'eguaglianza giuridica nel diritto privato*, negli *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, I, Giuffrè, Milano, 1987, p. 165; L. ANGIELLO, *La parità di trattamento nei rapporti di lavoro*,

Senza alcuna pretesa di completezza²⁵ giova dare conto delle principali posizioni assunte dalla dottrina circa la diretta applicabilità delle norme costituzionali, e per quanto interessa a questa ricerca, del principio di cui all'art. 3 Cost., nell'esplicazione dell'autonomia privata (o nei rapporti di diritto privato)²⁶. Si possono tracciare sostanzialmente tre indirizzi che riflettono l'evoluzione di quel percorso – oggi avallato dalla giurisprudenza nazionale e sovranazionale – volto al riconoscimento dei «principi»²⁷, quali parametri tendenzialmente condivisi e fondanti la costruzione giuridica della persona²⁸.

Secondo una prima linea di pensiero, le norme costituzionali sull'eguaglianza non trova diretta applicazione nei rapporti di diritto privato nel presupposto che l'art. 3 Cost., di natura programmatica²⁹, sia una disposizione

Giuffrè, Milano, 1979, p. 1 s.; G. OPPO, *Eguaglianza e contratto nelle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, p. 632 ss., per il quale «non è pensabile (al di là di ogni ipotesi di *Drittwirkung* in senso proprio) che un valore essenziale della comunità nazionale, anzi il valore essenziale che la fonda e come Stato di diritto e come Stato sociale, sia irrilevante per l'operare dei privati e nell'esplicazione dell'autonomia loro riconosciuta dall'ordinamento nell'ambito della comunità medesima»; A. PALAZZO, *Ermeneutica giuridica e costituzionalizzazione del diritto civile*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 339 ss.; G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, I, p. 35 ss.; circa il tema dell'efficacia diretta o indiretta nel diritto contrattuale dei diritti fondamentali, cfr. C. MAK, *Fundamental Rights in European Contract Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, p. 46 ss.

²⁴ Nella dottrina tedesca, cfr. G. HUECK, *Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung im Privatrecht*, Monaco di Baviera-Berlino, 1958, e L. RAISER, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in ID., *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, a cura di C.M. MAZZONI, Giuffrè, Milano, 1990. Per una ricostruzione attuale del dibattito della dottrina tedesca, cfr. da ultimo, *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, a cura di P. FEMIA, ESI, Napoli, 2018.

²⁵ E nella consapevolezza che l'esposizione di un dibattito di tale portata per linee di tendenza non consente la particolarizzazione dei pensieri dei singoli autori che si sono confrontati sul tema.

²⁶ La confusione terminologica ma ancor prima concettuale rimane significativa circa la portata di una indagine che coinvolge norme, principi, diritti e valori di cui non esiste una preventiva definizione, per cui, consci di tali limiti, si delimita l'indagine al "tema" dell'eguaglianza espresso dall'art. 3 della Costituzione nel confronto con la regola sull'autonomia (contrattuale) del diritto privato, G. OPPO, *Sui principi generali del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 475: «[...] valori, come idealità civili alle quali si ispira l'ordinamento e meglio l'ordine giuridico; principi, come assunzione in forma precettiva di tali valori; clausole generali, come enucleazione dai principi di criteri di condotta; *standards* valutativi, come misura sociale dell'applicazione di quei criteri».

²⁷ A. FALZEA, *I principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 455 ss.: «È principalmente sui principi che si va costruendo l'unità giuridica europea e che si va facendo strada quell'ancora esiguo rigagnolo di unità giuridica planetaria che porta con sé l'*humus* fecondante dei diritti dell'uomo» (*ivi*, p. 456).

²⁸ V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 1455 ss.; F.D. BUSNELLI, *Persona e famiglia*, Pacini Giuridica, Pisa, 2017.

²⁹ C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, per il quale l'art. 3, comma 1, Cost. non disciplina il contenuto delle leggi «ma sibbene ne definisce in modo

rivolta esclusivamente al legislatore e ciò anche nella originaria prospettiva che esista una fisiologica separazione tra ordinamento pubblicistico e privatistico³⁰.

Nella dottrina civilistica in particolare, il dibattito avviato in Italia in un momento di poco successivo alla promulgazione del testo costituzionale può farsi idealmente iniziare con le considerazioni sul principio di eguaglianza di Rescigno³¹ a commento di un libro tedesco uscito nel 1958 di Goetz Hueck³² che svolge in maniera completa una ricerca «sull'uguaglianza o, più esattamente, sulla parità di trattamento nel diritto privato»³³.

incontrovertibile la forza e l'efficacia» (*ivi*, p. 15), per cui «Solo le leggi che abbiano ad oggetto di disciplinare nei particolari la forza e l'efficacia della legge, o che abbiano rilievo per la determinazione di tale forza ed efficacia, come quelle che organizzano gli istituti o i procedimenti diretti a concretare le leggi, sono tenute ad ispirarsi nel loro contenuto al principio di eguaglianza, a rispettarlo ed attuarlo». Ed ancora, *ivi*, p. 23: «Riconosciuto che il principio della eguaglianza davanti alla legge non dispone né in senso assoluto, né in senso relativo, che il contenuto delle leggi debba essere eguale per tutti i cittadini o che i cittadini debbano essere trattati egualmente nelle leggi, ma solo che la legge deve avere pari efficacia formale per tutti i cittadini ...». In conclusione secondo l'autore: «In sostanza, e per concludere, la Costituzione con la disposizione sull'eguaglianza dei cittadini non stabilisce che il contenuto delle leggi debba essere eguale, né impone che gli atti amministrativi nel loro contenuto siano vincolati al principio di eguaglianza. Esso dispone solo il principio della parità formale dei cittadini di fronte alla forza ed all'efficacia della legge o che la forza dell'ordinamento statale è pari ed eguale per tutti i cittadini» (*ivi*, p. 27).

³⁰ Nella dottrina pubblicista, L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 238 ss., per quanto ammetta che l'art. 3, comma 1, Cost. non abbia natura programmatica (*ivi*, p. 238) tuttavia l'autore nega che l'affermazione generale dell'art. 3, comma 1, valga per sé sola a circoscrivere l'autonomia privata: «qualunque contenuto si voglia assegnare all'eguaglianza formale, non sembra discutibile nemmeno in sede d'interpretazione letterale che si tratti per l'appunto d'una norma riguardante la legge; ma perfettamente estranea a quelle facoltà – come l'autonomia privata – che dalla legge prescindono per definizione, venendo solo esternamente e negativamente vincolate». Ed ancora: «Al di là della sfera di efficacia dei limiti stessi, non solo l'eguaglianza davanti alla legge ma nemmeno gli specifici divieti costituzionali di certe distinzioni ricadono in quel gruppo di «norme imperative» che nel Codice circoscrivono l'autonomia negoziale: basta chiedersi infatti se anche i soggetti privati (oltre che i pubblici poteri) siano tenuti a rispettare nell'intero complesso delle loro manifestazioni o dichiarazioni di volontà l'eguaglianza di sesso, di lingua, di razza, e via dicendo, per avvedersi che l'interrogativo non ha significato» (*ivi*, p. 241). Per Paladin il limite all'autonomia privata può derivare dal rispetto della pari dignità sociale operante attraverso il principio/clausola/limite dell'ordine pubblico. Ed ancora, v. G. PASETTI, *Parità di trattamento*, p. 14, che riferisce il principio di eguaglianza al legislatore e alla pubblica amministrazione non già all'autonomia negoziale.

³¹ P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato (a proposito di un libro tedesco)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1515 ss.

³² G. HUECK, *Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung im Privatrecht*, München u. Berlin, 1958, destinato agli *Studi in onore di Lorenzo Mossa*.

³³ Così testualmente, P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato (a proposito di un libro tedesco)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1515 ss.; sottolineo questo inciso per chiarire subito come il dibattito sia affrontato inizialmente considerando l'eguaglianza come parità di trattamento; diversamente, v. per tutti, il pensiero di D. Maf-

Rescigno ripropone le conclusioni dell'autore tedesco rilevando come «se si eccettua l'obbligo a contrarre (*ex lege* o per rispetto del buon costume, quando la situazione di monopolio esista soltanto di fatto), la parità di trattamento in diritto privato suppone in ogni caso una «comunità», ora volontaria (qual è la società), ora legale (come nella comunione ereditaria), ora riconosciuta dalla legge soltanto con riguardo alla soluzione d'un determinato conflitto d'interessi (come nel debito di *genus* limitato se la prestazione diviene parzialmente impossibile)».

Secondo l'Autore l'analisi dell'ordinamento di diritto civile pone in evidenza l'esistenza di un principio di eguaglianza, inteso quest'ultimo come «parità di trattamento».

Tale principio, tuttavia, non discende dall'applicazione diretta dell'art. 3 della Costituzione ma da una idea di *giustizia distributiva che di norma è il risultato dell'appartenenza di più persone ad una comunità*. Se, viceversa, si facesse derivare l'eguaglianza nel diritto privato dall'art. 3 Cost., si finirebbe per distruggere completamente l'autonomia privata imponendole dei limiti insuperabili in tutti gli ambiti in cui si manifesta, cioè nella libertà di contrarre, di disporre e di testare. Se, da un lato, Rescigno esclude la derivazione dell'eguaglianza nel diritto privato dall'art. 3 Cost., dall'altro ne riconosce il medesimo «fondamento» nell'esigenza di *giustizia* e comunque giunge infine a condividere il pensiero dell'autore tedesco per il quale «*l'indicazione nella norma costituzionale di alcune qualità personali come inidonee a giustificare un disuguale trattamento "contiene una valutazione chiara e generalmente valida, che nemmeno nei rapporti privati, in linea di principio, può essere trascurata"*»³⁴.

In una posizione per così dire intermedia si pone un'altra consistente parte della dottrina che pur non ammettendo la diretta applicabilità del principio di eguaglianza nei rapporti di diritto privato riconosce come il valore sotteso alla norma costituzionale entri nell'ordinamento civilistico certamente per il tramite di una legge ordinaria³⁵ ma anche attraverso il con-

feis, ed ancora anche A. Gentili, i quali criticano l'asserita coincidenza tra eguaglianza e parità di trattamento, potendosi dare diseguaglianza nella parità di trattamento ove venga in gioco la lesione della dignità della persona.

³⁴ P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, *ivi*, p. 1526.

³⁵ D. CARUSI, *Il principio di eguaglianza nel diritto civile: vecchie e nuove prospettive*, *Dir. fam. e pers.*, 2002, p. 148 ss. (*ivi*, p. 142) «L'art. 3 Cost., non ha, insomma, quella che i tedeschi chiamano *Drittwirkung*, non può avere efficacia diretta nei rapporti tra i privati. Per vincolare l'attore privato all'eguaglianza è necessaria una regola apposita [...]», tuttavia l'autore si chiede se fuori dell'esistenza di una specifica previsione sia possibile sviluppare l'esigenza di eguaglianza «intesa come divieto di discriminazioni arbitrarie, anche al di là dell'espressa previsione di legge» (*ivi*, p. 153), e individua un punto di confluenza tra il tema dell'eguaglianza davanti alla legge e nei rapporti tra privati, nel «capitolo dell'eguaglianza nel risarcimento del danno da fatto illecito», specialmente in relazione

trollo operato dal giudizio di illiceità³⁶ oppure ancora nella forma dell'integrazione del contenuto delle clausole generali di diritto privato³⁷, quali buona fede, ordine pubblico³⁸ e buon costume³⁹.

In tale prospettiva, infatti, si è ritenuto che l'eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. possa significare non solo eguaglianza di fronte al legislatore ma anche eguaglianza "secondo l'ordinamento" in ogni suo aspetto; di talché «non è pensabile (al di là di ogni ipotesi di *Drittwirkung* in senso proprio) che un valore essenziale della comunità nazionale, anzi il valore essenziale che la fonda e come Stato di diritto e come Stato sociale, sia irrilevante per l'operare dei privati e nell'esplicazione dell'autonomia loro riconosciuta dall'ordinamento nell'ambito della comunità medesima»⁴⁰.

all'istanza egualitaria che giurisprudenza e dottrina hanno prospettato nella sede della liquidazione del lucro cessante per lesione dell'integrità psicofisica.

³⁶G. OPPO, *Eguaglianza e contratto nelle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, p. 634, «All'incontro, quanto meno la discriminazione «anticostituzionale» che penetri nella causa o nel contenuto diretto del contratto può certamente provocare nullità per illiceità: non si può dubitare, ad esempio, della nullità dell'accordo con cui le parti si vincolino *inter se* (a prescindere dalla violazione di un dovere di prestare a terzi) a non vendere, non affittare, non prestare alcunché a negri, o a ebrei o a ... italiani. Non sembra che conclusione diversa si legittima per le altre discriminazioni vietate dalla norma costituzionale, al di là della discriminazione razziale, e ciò massime se si ha presente che la validità della manifestazione di autonomia (per lo meno contrattuale) è legata non solo all'assenza di liceità ma al requisito positivo della meritevolezza: a meno di ammettere che la violazione di un accordo inteso alla discriminazione possa dar luogo a risarcimento di danni o al pagamento di una penale».

³⁷G. OPPO, *Sui principi generali del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1991, p. 477, secondo il quale la *Drittwirkung* «può esercitarsi soprattutto nel concorso alla determinazione dell'ordine pubblico e più in genere nel controllo della meritevolezza e liceità dei comportamenti e così della causa del contratto e della "ingiustizia" del danno o dell'arricchimento. Per questa via si manifesta e si realizza direttamente il collegamento anche dei principi costituzionali con le clausole generali come pure con quelle diverse regole di condotta (doveri morali e sociali, regole del costume) alle quali le clausole attingono e che a volte sono fornite dall'ordinamento di rilevanza propria, sia pure diversa da quella del precetto giuridico» (*ivi*, p. 477).

³⁸R. SACCO, voce «Parità di trattamento», nel *Digesto IV, Disc. priv., sez. civ.*, VII agg, Torino, 2012, p. 737 ss., secondo il quale la riprovazione della discriminazione «si deve identificare con un principio generale, e quel principio è di ordine pubblico» (p. 739).

³⁹G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, I, p. 45, secondo il quale è possibile giungere ai medesimi risultati raggiunti dalla teoria della *Drittwirkung* mediante «i tradizionali strumenti di giudizio sul contratto privato, l'ordine pubblico e il buon costume».

⁴⁰G. OPPO, *Eguaglianza e contratto nelle società per azioni*, *ivi*, p. 635, ove l'a. afferma che «ciò che è da richiedere per la valutazione negativa è però appunto che il contratto abbia il *fine* della discriminazione, non un qualsiasi *effetto* di disuguaglianza, sia pure tra soggetti appartenenti a categorie non discriminabili. Nell'ambito dell'autonomia privata si tratta infatti di identificare e condannare l'*intento nella sua direzione contraria alla "pari dignità sociale"*, non di imporre al privato la realizzazione dell'eguaglianza, realizzazione che è, ovviamente, "compito della Repubblica" (art. 3, comma 2, Cost.) e non dei singoli. Quando quel *fine* vi sia, non ha probabilmente rilievo che si atteggi come causa, intento, motivo (sia pure alle condizioni alle quali è rilevante il motivo illecito)».

Nello stesso filone si può collocare anche il pensiero di un altro autore per il quale i valori corrispondenti ai principi costituzionali di sicurezza, libertà, dignità umana ma anche eguaglianza, non hanno efficacia immediata nei rapporti tra privati ma vi penetrano solo attraverso l'intermediazione della legge; in tale prospettiva il problema della diretta applicazione delle norme costituzionali sull'autonomia dei privati si risolve nel margine di controllo del giudice sul contenuto dell'accordo secondo, per esempio l'esame sulla ragionevolezza⁴¹. Secondo questa dottrina però ciò non vuol dire che «Costituzione e autonomia privata siano due mondi nomativi separati, tra loro comunicanti solo con la mediazione della legge o di sentenze dichiarative dell'illegittimità costituzionale di leggi che non osservano i limiti della libertà di contratto o la assoggettano a limiti costituzionalmente non giustificati. Ma senza l'uno o l'altro di questi veicoli, i diritti fondamentali non possono incidere nei rapporti negoziali privati se non come criteri o direttive di interpretazione delle leggi che li regolano»⁴².

Come è noto, il superamento delle riserve sul tema è stato compiutamente sviluppato e superato da una terza linea di pensiero⁴³ che ha ritenuto direttamente applicabili ai rapporti tra privati le norme costituzionali e nella specie il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., se pure nella consa-

⁴¹ L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 4, secondo l'autore tuttavia vi sono alcune norme della Costituzione che limitano direttamente l'autonomia contrattuale (in realtà si parla di contratto di lavoro): l'art. 36 Cost. (che garantisce ai lavoratori subordinati il diritto a una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa), l'art. 37 (diritto di parità di trattamento, a parità di lavoro, delle donne e dei minori) e l'art. 40 (diritto di sciopero); in tal caso per l'a. si tratta di norme direttamente incorporate nella disciplina legale del contratto di lavoro.

⁴² L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 6. Secondo Mengoni, in un primo senso, i principi costituzionali orientano le scelte interpretative nel caso di norme plurivoche oppure sollecitano la revisione di interpretazioni divenute incompatibili con l'ordine costituzionale. Ed ancora, in un secondo senso più importante, i diritti fondamentali costituiscono «parametri valutativi per l'interpretazione/concretizzazione delle clausole generali del diritto civile in materia di autonomia negoziale» (*ivi*, p. 7) (in particolare, ma non solo, le clausole di ordine pubblico e buon costume che prescrivono agli atti di autonomia privata limiti di liceità ulteriori a quelli derivanti da specifiche norme proibitive). In tale ultima accezione, dall'art. 3 Cost. è desumibile un principio di ordine pubblico che vieta atti o patti discriminatori anche in contratti diversi dal contratto di lavoro (per il quale il divieto è stabilito da norme di legge). Le clausole generali di diritto privato, quelle di correttezza e buona fede diventano strumenti che da soli, indipendentemente dal principio costituzionale di eguaglianza, esplicitano un obbligo di parità di trattamento laddove la decisione del datore di lavoro presupponga una comparazione secondo criteri di scelta oggettivi e razionali tra i lavoratori interessati (*ivi*, p. 7).

⁴³ Su cui diffusamente, P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit.

pevolezza che tale risultato sia conseguibile attraverso un processo di armonizzazione all'intero sistema normativo⁴⁴.

Nella premessa che non sia possibile esaurire il principio di eguaglianza nella parità di trattamento, questa dottrina ha ritenuto «doveroso, ai fini della ricostruzione delle fattispecie civilistiche, utilizzare direttamente la norma costituzionale – sia in presenza sia in assenza di specifica disciplina ordinaria», per cui appare «arbitrario escludere l'incidenza dell'art. 3, tanto nella prima quanto nella seconda proposizione, sull'autonomia negoziale e gli istituti di diritto civile»⁴⁵.

Secondo il pensiero dell'autore citato, infatti, se destinatario della norma costituzionale fosse esclusivamente lo Stato, i limiti dell'autonomia potrebbero darsi solo nelle norme ordinarie di natura imperativa e il principio di eguaglianza non concernerebbe la nozione di «ordine pubblico»⁴⁶. In tale prospettiva, tutte le autonomie, compresa l'autonomia negoziale, «non ne escono avvilita ma rafforzate come poteri giustificati secondo i principi supremi dell'ordinamento. E in questo senso non v'è contrapposizione tra principio costituzionale di eguaglianza e diritto civile. La peculiarità dei rapporti civili non contrasta irrimediabilmente con il principio di eguaglianza. Certo il diritto privato tradizionale ne resta scardinato, ma ciò significa fondazione appunto di un diritto civile nella legalità costituzionale, per il quale occorre ragionevolezza e adeguata capacità ermeneutica nel c.d. bilanciamento dei valori secondo criteri di proporzionalità»⁴⁷.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 459: «Il valore della giustizia sociale, espresso nella Carta fondamentale nel senso e nei limiti dianzi tracciati, non potrà non avere incidenza sul diritto civile contribuendo, in sede interpretativa, ad individuare il contenuto specifico che nel concreto devono assumere le clausole generali delle quali è costellata la legislazione: dall'equità alla correttezza, dallo stato di necessità allo stato di bisogno e alla causa non imputabile, dalla diligenza alla buona fede, ecc. Il precetto dell'eguaglianza potrà incidere sull'individuazione del contenuto delle stesse clausole generali che contribuiscono alla definizione degli istituti fondamentali, quali la "funzione sociale" per la proprietà e l'"utilità sociale" per l'iniziativa economica privata, sì da realizzare un equo contemperamento tra l'interesse individuale e quello generale. Nella valutazione delle clausole anche negoziali, ai fini del loro controllo di meritevolezza, i valori costituzionali – e tra essi, in primo luogo, il rispetto della pari dignità – hanno un ruolo decisivo. Ciò naturalmente incide sulla sfera di operatività dell'invalidità negoziale e dell'istituto del risarcimento dei danni, sull'individuazione sia dell'*an* sia del *quantum*».

⁴⁵ P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, *ivi*, p. 455.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 455, «Che il valore dell'eguaglianza, costituzionalmente rilevante, incida sul contenuto delle clausole generali, ed in particolare sull'ordine pubblico, è stato da tempo chiarito: nell'ordine pubblico costituzionale rientra la stessa esigenza di tutela della dignità della persona e dei suoi diritti».

⁴⁷ P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, *cit.*, p. 465. V. F.D. BUSNELLI, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1 ss., ed *ivi*, p. 7: «Significativa è la svolta, davvero storica, impressa nella nostra Costituzione, che sembra ignorare le categorie tradizionali: parla dell'uomo, della sua personalità, di formazioni sociali (art. 2); insomma della persona

Di contro, rispetto al dibattito sull'eguaglianza, sembra a tutt'oggi poco considerato⁴⁸ l'impatto che il nuovo diritto antidiscriminatorio di derivazione tutta europea è destinato ad operare nell'ambito dei rapporti contrattuali di diritto privato con l'obiettivo – dichiarato testualmente nelle direttive europee – di attuare la parità di trattamento tra le persone⁴⁹.

Da un lato, quindi, si pone il principio di eguaglianza proclamato nella Costituzione, dall'altro si profila a livello europeo un significativo divieto di discriminazione che si pone l'obiettivo di attuare la parità di trattamento tra le persone nei rapporti contrattuali.

Tale diritto antidiscriminatorio «contrattuale» europeo è stato poi recepito e attuato in Italia con distinti provvedimenti legislativi.

Nell'ordinamento nazionale, quindi, si profila la coesistenza normativa di un principio costituzionale di eguaglianza (art. 3 Cost.) e di un *corpus* normativo contrattuale antidiscriminatorio, di matrice europea, che si affianca ad una tutela nazionale preesistente⁵⁰.

umana, della sua *dignità* e del suo *sviluppo* (art. 3). Queste sono le categorie di riferimento del diritto civile nella (nuova) legalità costituzionale». Ancora di recente, P. FEMIA, *Drittwirkung. Una dogmatica di transizione*, in *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, cit., XXIII, rammenta come la dottrina italiana già a partire dagli anni '70 aveva riconosciuto «la precettività delle norme costituzionali, articolando poi compiutamente l'argomento nel decennio successivo» (ed ivi i riferimenti a P. PERLINGERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Jovene, Camerino-Napoli, 1972, p. 417, nonché P. PERLINGERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 90 ss.; l'autore evidenzia come «l'originalità di questa posizione italiana, nel pensiero della dottrina che l'ha coerentemente rappresentata e portata a compiuta elaborazione, è stata l'aver fatto rientrare la questione della *Drittwirkung* nel più ampio contesto di una necessaria costituzionalizzazione dell'ordinamento» (ivi, XXIII) e più avanti conclude affermando che «Se la norma costituzionale è il fondamento della validità normativa, di tutte le operazioni normative che nel sistema si compiono, allora deve essere l'intero diritto civile a ricevere senso dalla Costituzione» (ivi, XXIV).

⁴⁸ La letteratura italiana sul tema è quasi prevalentemente giuslavorista; tra i contributi dei civilisti, D. CARUSI, *Principio di eguaglianza, immunità e privilegio: il punto di vista del privatista*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Giuffrè, Milano, I, 223 ss.; ID., *Principio di eguaglianza, diritto singolare e privilegio. Rileggendo i saggi di Pietro Rescigno*, ESI, Napoli, 1998; P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, ESI, Napoli, 2002; G. PALMERI, *Il principio di non discriminazione*, in *Famiglia*, 2004, p. 515 ss.; A. GALASSO (a cura di), *Il principio di uguaglianza nella Costituzione europea. Diritti fondamentali e rispetto delle diversità*, Franco Angeli, Milano, 2007; D. MAFFEIS, *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 401 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, ESI, Napoli, 2013; L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Jovene, Napoli, 2011.

⁴⁹ Le direttive antidiscriminatorie si pongono l'obiettivo di attuare la parità di trattamento; la dicitura è in realtà un po' fuorviante perché non distingue i concetti di discriminazione e parità di trattamento; a ben vedere non v'è perfetta coincidenza tra la non discriminazione e la parità di trattamento, cfr. per tutti cfr. D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico*, cit., p. 58.

⁵⁰ Si tratta, come si dirà a breve, per quel che concerne la materia contrattuale, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, in Suppl. ordinario n. 138 alla G.U. 18 agosto, n. 191.

L'esistenza di questo significativo apparato normativo antidiscriminatorio, anche se ancora frammentario, lacunoso ed eterogeneo – sia a livello europeo che nazionale – ma ad oggi in vigore e quindi applicabile alla materia contrattuale, impone all'interprete di verificare la compatibilità nell'ordinamento interno tra la *ratio* fondante la legislazione antidiscriminatoria e il principio che storicamente governa l'ambito dei rapporti contrattuali di diritto privato, cioè quello di libertà negoziale.

Quanto alla normativa antidiscriminatoria, essa rappresenta una sorta di paradigma in negativo del principio di eguaglianza, in progressiva emersione e consolidazione anche a livello europeo; sul fronte della libertà contrattuale, invece, e nonostante le divergenti interpretazioni succedutesi in ordine al disposto costituzionale dell'art. 41 Cost., si è ritenuto di ancorare la libertà contrattuale al principio costituzionale della libertà d'iniziativa economica. L'autonomia privata è strumento necessario della libertà di iniziativa economica e in tale prospettiva rappresenta un sicuro valore costituzionale⁵¹.

Tale ultimo profilo merita una precisazione terminologica: per quanto si sia soliti utilizzare l'espressione "libertà negoziale" o "autonomia privata"⁵² in maniera indifferenziata, essendo la prima una nozione specifica da comprendere certamente nella seconda, bisogna considerare che l'unico riferimento normativo all'autonomia privata non compare nella Costituzione, ma solo nel codice civile. Questo, come è noto, tratta dell'«autonomia contrattuale»⁵³, solo nella rubrica dell'art. 1322 c.c.⁵⁴, laddove si consente alle parti di determinare liberamente il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dove «autonomia» significa anche poter concludere contratti c.d. atipici «purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico».

Di libertà contrattuale così come di autonomia privata non si parla in Costituzione⁵⁵.

⁵¹ C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 32.

⁵² Vedi sul punto le brillanti considerazioni di P. RESCIGNO, in *L'autonomia dei privati*, cit., p. 16 ss., per il quale «Il significato della parola "autonomia" appartiene al comune linguaggio, e cioè al vocabolario che non è soltanto del giurista, perché autonomia significa una regola, posta dallo stesso soggetto, un soggetto singolo oppure una collettività di persone, destinata a trovare applicazione e in primo luogo a creare vincoli per chi l'ha posta».

⁵³ Mentre l'autonomia negoziale, precisa P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, trascende il confine del contratto, *op. cit.*, p. 18, per rappresentare un «termine in cui l'autonomia contrattuale viene compresa ma con essa non s'identifica né esaurisce», (*ivi*, p. 20).

⁵⁴ Art. 1322. Autonomia contrattuale. «Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge.

Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico».

⁵⁵ L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 2, per il quale «Le ragioni sto-

Tuttavia, per quanto – come si è detto – la dottrina si sia a lungo divisa sull'interpretazione della norma costituzionale di cui all'art. 41, pare condivisibile quell'orientamento che ancora la libertà contrattuale al principio costituzionale di libertà dell'iniziativa economica privata, quantomeno «nella misura in cui (la libertà contrattuale) si rivela strumentale alla realizzazione di una situazione soggettiva espressamente protetta dalla Costituzione e corrispondente, ad esempio, alla libertà di iniziativa economica o al diritto di proprietà»⁵⁶.

Entrambi i principi, di eguaglianza e di libertà contrattuale, hanno dunque – se pure con diversa intensità – «copertura costituzionale».

Tale conclusione sembra giustificare quindi l'antica «antinomia»⁵⁷ che la dottrina più autorevole ravvisava tra il principio di eguaglianza, di cui in allora era solo quello proclamato all'art. 3 Cost. e il principio di autonomia privata, inteso quest'ultimo in un significato più ampio di quello suggerito dall'art. 1322 c.c., cioè come libertà di contrarre o meno, di scegliere con chi contrarre, di determinare il contenuto del rapporto contrattuale⁵⁸.

Quando appena era sorta la Comunità Economica Europea ed ancora non si discorreva di eguaglianza nella prospettiva attuale, sul terreno nazionale, come si è detto, la dottrina si preoccupava di consolidare i confini del-

rico-ideologiche che spiegano la mancata costituzionalizzazione della libertà di contratto «come tale» si collegano alla tradizionale scarsa propensione del legislatore italiano a contenere, in linea di principio, l'intervento pubblico nell'economia nell'ambito delle funzioni di controllo e di regolazione del mercato (l'Italia è riuscita a darsi una legislazione *antitrust* soltanto nel 1990)».

⁵⁶ R. NIRO, *Sub art. 41*, nel *Commentario alla Costituzione* a cura di R. BIFULCO, A. CELLOTTO, M. OLIVETTI, I, 2006, Utet, Torino, p. 852 ss., che prosegue affermando «cosicché ogni limite posto alla libertà contrattuale si rivela legittimo – come affermato dalla Corte costituzionale – solo in quanto preordinato al raggiungimento degli scopi previsti e consentiti dalla Costituzione in relazione alla situazione sostanziale e quindi anche in relazione alla iniziativa economica».

⁵⁷ Di recente, critica qualsivoglia antinomia, parlando di «anomia» della libertà contrattuale, D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 50 ss. Secondo l'a. la critica a tale impostazione che tenta di superare la tradizionale antinomia tra eguaglianza e libertà contrattuale, deve articolarsi su due livelli, uno di metodo e l'altro di merito; il primo perché la libertà contrattuale abita nell'anomia, non esistendo una norma positiva che la prevede. Anche se si supponesse esistente tale norma positiva, tuttavia, secondo l'a. «il richiamo ad una pretesa antinomia appare sterile, dal momento che i diritti di autonomia consistono in poteri giuridici sicché il rapporto con gli altri diritti fondamentali non è configurabile come conflitto – i.e., incompatibilità in astratto – bensì come «soggezione alla legge; ed è alla legge che spetta di definire contenuto e limiti della libertà contrattuale». Il profilo di merito si spiega in ragione del fatto che anche se vi fosse tra i precetti *antinomia in astratto*, non vi sarebbe incompatibilità dei rimedi e quindi *antinomia in concreto*.

⁵⁸ P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 15 ss., per il quale l'autonomia del 1322 c.c. è vista come libertà di determinare il contenuto del contratto e libertà di concludere contratti che non appartengono ai tipi regolati dalla legge. Per una ricostruzione delle dottrine sull'argomento, v. da ultimo, G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., p. 177 ss.

l'autonomia privata e, pur riconoscendo la sussistenza di un principio di parità di trattamento nei rapporti privatistici⁵⁹, ne deduceva la sua derivazione non direttamente dall'art. 3 della Costituzione «perché se così fosse l'autonomia privata ne risulterebbe completamente distrutta, per i limiti assurdi che si finirebbe per porre alla libertà di contrarre, di testare, di disporre»⁶⁰, bensì dall'esistenza di un vincolo comunitario, cioè dall'appartenenza di più persone ad una comunità (oltre che dall'intervento dello Stato nell'economia)⁶¹.

Secondo l'opinione già ricordata, infatti, il limite più rilevante alla parità di trattamento nel diritto privato sarebbe proprio costituito dalla libertà contrattuale, quasi che eguaglianza, da un lato, ed autonomia privata, dall'altro, rappresentino due zone distinte nei rapporti privati per cui «non può darsi parità di trattamento (inteso quale principio) nell'esercizio dell'autonomia privata»⁶².

⁵⁹ Si ricorda che «la parità di trattamento» è l'obiettivo dichiarato della normativa europea antidiscriminatoria.

⁶⁰ P. RESCIGNO, *Sul cosiddetto principio d'uguaglianza nel diritto privato*, cit., p. 666; v., altresì, nella dottrina costituzionalistica, C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1953; L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'uguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965. Ed ancora, D. CARUSI, *Principio di eguaglianza, immunità e privilegio: il punto di vista del privatista*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Giuffrè, Milano, 1998.

⁶¹ Per un superamento di questa prospettiva, cfr. L. CIARONI, *Autonomia privata e principio di non discriminazione*, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1821, per il quale «Il principio di eguaglianza non solo si impone nella dialettica interpretata, ma cessa di essere collegato al presupposto dell'esistenza di una comunità»; secondo l'a. citato, muta il giudizio di comparazione, per cui «se prima la discriminazione si fondava sull'appartenenza del soggetto discriminato, di quello discriminante e del terzo termine di comparazione, ad una collettività qualificata, fosse questa una società (comunità volontaria) ovvero una comunione ereditaria (comunità legale), ora il denominatore comune dei tre soggetti è rappresentato dalla loro appartenenza ad una comunità qualsiasi, sia essa anche una comunità intesa in chiave sociologica, ove l'elemento unificante può essere rappresentato dalla mera condizione di un interesse».

⁶² D. CARUSI, *Principio di eguaglianza, diritto singolare e privilegio*, *Rileggendo i saggi di Pietro Rescigno*, ESI, Napoli, 1998, p. 34 s., secondo il quale «principio di uguaglianza nel diritto privato significa che si danno zone dei rapporti privati (le zone indicate dalle situazioni comunitarie di cui si è detto) in cui, al contrario di quanto avviene dove vige il principio dell'autonomia privata, non sono ammesse disparità di trattamento arbitrarie, ma solo fondate su disuguaglianze di fatto, su criteri di discriminazione, riconosciuti dall'ordinamento – direttamente o per il tramite del riconoscimento di accordi privati – come rilevanti. Ove vige l'opposto principio di autonomia le discriminazioni non devono essere giustificate, e non si prestano a sindacato: sono libero, in linea di principio di vendere o di locare il mio appartamento a chi voglio, preferendo – in base a valutazioni che potranno anche sembrare riprovevoli, ma su di un piano giuridicamente irrilevante – soggetti di una determinata razza o religione o provenienza geografica o condizione sociale piuttosto che di un'altra». Cfr. la giurisprudenza della Cass., Sez. Un., 29 maggio 1993, n. 6030, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2341; Cass., Sez. Un., 29 maggio 1993, n. 6031, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1794; Cass., Sez. Un., 17 maggio 1996, n. 4570, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 760, per cui nei rapporti privatistici non c'è spazio per una regola di parità di trattamento.