



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2023

MARCELLO MAZZUCA

Sulla discriminazione nei rapporti contrattuali: riflessioni a margine di un convegno di studi

ABSTRACT - The impact of the prohibition on discrimination in contractual relationships is a complex issue. The possibility of subjecting to a remedy the negotiating conduct driven by discriminatory intentions actually touches on the crucial question of the relationship between freedom and limits in the different phases of the negotiation experience. The current regulatory data does not offer conclusive indications, and leaves room for antithetical reconstructions, accompanied by very different rules. In this context, only an adequate re-evaluation of the functional profile underlying the individual relationships can allow the selection of convincing rules, capable of safeguarding the different interests involved in the different negotiation operations, in a perspective aware of the different interests compromised by the individuals segments that connote the contractual story.

KEYWORDS - Discrimination - contract - remedies

MARCELLO MAZZUCA*

Sulla discriminazione nei rapporti contrattuali: riflessioni a margine di un convegno di studi**

SOMMARIO: 1. Contratto e divieto di discriminazione: una relazione complessa – 2. Sulla discriminazione “giuridicamente rilevante”. E sua incidenza sul diritto dei contratti: i contratti di lavoro e i contratti della P.A. – 3. Segue. I contratti di “diritto comune” – 4. Una sintesi delle più diffuse prospettive ermeneutiche – 5. Divieto di discriminazione e fasi del negozio: innanzitutto, il regolamento – 6. Di seguito, l’esecuzione – 7. Infine, la conclusione del contratto

1. Contratto e divieto di discriminazione: una relazione complessa

Un recente incontro accademico ha offerto l’occasione per ritornare a riflettere sul tema del rapporto tra divieto di discriminazione e contratto¹.

Le indicazioni desumibili dai percorsi legislativi ed ermeneutici registrati da molti settori dell’ordinamento² sembrerebbero delineare un

* Professore associato di Diritto privato nell’Università degli Studi “Magna Græcia” di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

Lo scritto riproduce il testo, rimaneggiato e arricchito delle note, della relazione presentata al Convegno intitolato “Il principio di uguaglianza: le politiche anti-discriminatorie tra legalità ed etica”, tenutosi il 17 aprile 2023 presso l’Università di Catania.

¹ Il tema è da tempo diffusamente indagato, soprattutto, da Daniele Maffei e Gabriele Carapezza Figlia: tra i lavori del Primo si vedano innanzitutto *Discriminazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2011, pp. 490 ss. e *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milano, 2007; fra gli studi del Secondo si segnalano soprattutto *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, ESI, Napoli, 2013 e *Il divieto di discriminazione quale limite all’autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 6, pp. 1387 ss. Altri scritti dedicati al tema sono quelli di P. FEMIA, *Discriminazione (divieto di)*, in *Enc. dir., I Tematici, Contratto* (a cura di G. D’Amico), Milano, 2021, pp. 499 ss. (ma dello stesso Autore v. già *Interessi e conflitti culturali nell’autonomia privata e nella responsabilità civile*, ESI, Napoli, 1996, 456 ss.); B. CHECCHINI, *Eguaglianza, non discriminazione e limiti dell’autonomia privata: spunti per una riflessione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, pp. 186 ss.; S. HABERL, *Riflessioni sparse sul divieto di discriminazione nel diritto dei contratti*, in *Pol. dir.*, 2011, 1, pp. 79 ss.; e, da ultimo, A. SPATUZZI, *Autonomia contrattuale e principio di non discriminazione*, in *Notariato*, 2023, 1, pp. 66 ss.

² Oltre che alle norme dettate in tema di contrasto alla discriminazione sui luoghi di lavoro (tra la sterminata letteratura si vedano, senza alcuna pretesa di completezza e per limitarsi soltanto ad alcuni tra gli scritti più recenti, S. BORELLI, M. RANIERI, *La discriminazione nel lavoro autonomo. Riflessioni a partire dall’algoritmo Frank*, in *Labour & Law Issues*, 2021, 1, pp. 18 ss.; M. MIRACOLINI, *Discriminazione indiretta e orario di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2022, 5, pp. 1099 ss.; M. PERUZZI, *Orario di lavoro e discriminazione per genitorialità: la soluzione giurisprudenziale prima della l. n. 162/2021*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, 2, pp. 265 ss.)

univoco indirizzo del sistema, volto a contrastare in maniera assai decisa qualsiasi forma di discriminazione, in ogni maniera e dovunque consumata; sì che, con riferimento alla materia dei contratti, in prima battuta parrebbe inevitabile incaricare l'interprete del compito di predisporre strumenti concettuali e operativi capaci di rimuovere gli effetti di *qualsiasi* discriminazione consumata nell'ambito di *qualunque* relazione negoziale.

Tuttavia, ad un'analisi poco più che superficiale il rapporto tra discriminazione e contratto rivela interrogativi che non si prestano ad una soluzione così immediata: per dirla con Altri, la discriminazione nel contratto è un *caso difficile*³.

Le ragioni sono più d'una.

La prima: il *materiale* a disposizione dell'interprete è a dir poco incerto. Innanzitutto, il frammentario dato normativo⁴ sebbene attesti, da un lato, un margine di operatività del divieto di discriminazione nelle relazioni contrattuali⁵, dall'altro non certifica una volta per tutte quale ne sia l'effettivo ambito applicativo⁶; e soprattutto, neppure è chiaro nel definire le conseguenze della sua violazione. Per altro verso, le vicende

si pensi, con riferimento alla materia penale, alle norme tipizzanti condotte che ricevono sanzione sol perché prefigurano la *possibilità* di una discriminazione, in virtù del grave allarme sociale suscitato da talune forme di discriminazione (senza, anche qui, velleità di completezza, cfr. A. TESAURO, *La propaganda razzista tra tutela della dignità umana e danno ad altri*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2, pp. 961 ss.; M. PELISSERO, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 8, pp. 1017 ss.; A. PUGLIESE, *Il reato di discriminazione razziale: da purezza biologica a identità culturale. Evoluzione di una fattispecie*, in *Riv. pen.*, 2018, pp. 641 ss.).

³ Il riferimento è ad A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 210.

⁴ Per una panoramica delle norme in materia v. D. MAFFEIS, *Discriminazione (dir. priv.)*, cit., pp. 491 ss.

⁵ Ciò è sufficiente a rifiutare definitivamente le tesi che, in tempi risalenti, negavano radicalmente ogni sindacato di non discriminatorietà delle condotte negoziali, sulla base della asserita insuperabile antinomia tra libertà contrattuale e divieto di discriminazione: v. soprattutto P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato (a proposito di un libro tedesco)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1515 ss.; ID., *Persona e Comunità*, il Mulino, Bologna, 1966, pp. 335 ss.; ID., *Sul cosiddetto principio d'uguaglianza nel diritto privato*, in *Foro it.*, 1960, I, pp. 662 ss.

⁶ Non vale a molto riporre enfasi sulla circostanza che taluni provvedimenti legislativi sembrano limitare l'operatività del divieto alle contrattazioni rivolte al pubblico, là dove un divieto di più ampia portata ben potrebbe essere desunto dai principi generali del sistema; e, dunque, è in base a questi che la relativa vigenza deve essere vagliata.

restituite dai repertori giurisprudenziali non sono certo numerose⁷. Un fatto, questo, che però rivela soltanto sé stesso, potendo esso prestare il fianco a considerazioni differenti, e in qualche misura antitetice. Infatti, in prima battuta se ne potrebbe dedurre che la discriminazione contrattuale è un problema più *accademico* che *empirico* perché, di fatto, si discrimina poco⁸; o invece che le dinamiche discriminatorie trovano nel mercato anticorpi efficaci, giacché i discriminati riescono, in ogni caso, a conseguire i beni e/o i servizi che qualcheduno gli ha negato. Neppure si può escludere, però, che la esigua casistica sia conseguenza del difficile onere cui soggiace, inevitabilmente, la prova dell'intento discriminatorio; o ancora, della consapevolezza che gli strumenti azionabili siano inefficienti rispetto alla tutela degli interessi violati; od infine, e forse più verosimilmente, della difficoltà che i discriminati hanno di accedere alla tutela giudiziale, a causa della condizione di debolezza socio-economica che generalmente li connota.

Va da sé che il maggior credito tributato ad una qualsiasi tra queste ipotesi implicherebbe un conseguente e diverso approccio al problema.

La seconda: il divieto di discriminazione sembra coinvolgere specialmente i contratti di lavoro e i rapporti con la P.A., tant'è che la limitata casistica riguarda perlopiù questi contesti⁹; ma la riflessione del civilista - pur là dove limitata, come in questo caso, alla materia del contratto - coinvolge un contesto assai più ampio, il quale non si presta a recepire integralmente i principi affermati nell'ambito dei primi. E ciò nonostante che, di quei principi, alcuni indirizzi pretori parrebbero suggerire la validità *et semel, et pro omnibus*¹⁰.

⁷ Significativa è, sopra tutte, la vicenda decisa da Trib. Milano, ord., 30 marzo 2000, che si può leggere in *Foro it.*, 2000, I, pp. 2041 ss. Una rassegna delle decisioni si trova in D. MAFFEIS, *op. ult. cit.*, pp. 491 ss.

⁸ Questa sembra la conclusione che ne trae D. MAFFEIS, *op. loc. ult. cit.*; lo stesso Autore altrove precisa (v. *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 1, pp. 161 ss.) che la discriminazione è rara soprattutto ai danni delle persone fisiche, meno ai danni delle imprese e nei mercati finanziari. A fronte di tale considerazione, in altro scritto ancora l'Autore però pone l'accento sul quadro, a Suo dire desolante, reso dall'esperienza giurisprudenziale, impegnata pressoché esclusivamente nella risoluzione di problemi *basici*: v. *La discriminazione contrattuale e la dignità della persona*, in F. CAGGIA, G. RESTA (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, Roma, 2019, p. 136, ove il corsivo

⁹ Una rassegna delle decisioni si trova in D. MAFFEIS, *Discriminazione (dir. priv.)*, cit., pp. 491 ss.

¹⁰ Il riferimento è soprattutto a Cass., sez. un. 15 febbraio 2011, n. 3670, in *Foro it.*, 2011, I, 1103, la quale sembrerebbe favorire, mediante l'affermazione del "diritto soggettivo

Le ragioni non stanno, ben inteso, nel tentativo di promuovere la parcellizzazione dell'autonomia contrattuale, la quale, anche dinanzi alla progressiva stratificazione delle regole dei singoli contesti dell'esperienza negoziale, ritrova unitarietà nella necessaria valutazione di coerenza dei suoi esiti con i valori affermati dalla Carta fondamentale¹¹.

La ricostruzione di un quadro di valori omogenei e la ricerca di un disegno unitario del sistema tuttavia non nega, ma al contrario afferma, la diversa incidenza di quegli stessi valori sul rapporto contrattuale concretamente inteso, in virtù dello specifico assetto funzionale che sorregge il programma negoziale¹².

In questo contesto, *qualsiasi* rapporto di lavoro è deputato, sì come affermato dagli artt. 36 e 37 cost., a rappresentare uno strumento attuativo di quella dignità che – per come si dirà – sorregge il divieto di discriminazione; e per altro verso l'attività amministrativa, pur quando realizzata tramite strumenti contrattuali, è presidiata da principi (art. 97 cost.) che *ogni* condotta discriminatoria è destinata, ineluttabilmente, a violare.

Diversamente, i contratti di “diritto comune” traducono, non foss'altro che in ragione della sterminata varietà dei connotati dei rapporti da essi inaugurati, un più articolato equilibrio di interessi, nel quale quelli protetti dal divieto di discriminazione si confrontano con interessi e libertà *altri*, secondo un intreccio che soltanto un'adeguata considerazione del profilo causale del singolo rapporto può contribuire a sciogliere e regolare.

La terza: la soluzione degli interrogativi cruciali posti dal divieto di discriminazione sembra chiamare l'interprete all'espressione di una “preferenza assiologica”, la quale – in virtù della prevalenza assegnata alla libertà del contraente, all'equilibrio del mercato od invece alla dignità della persona – indirizza la ricostruzione degli istituti coinvolti verso esiti

assoluto” a non essere discriminati, l'applicazione generalizzata del divieto di discriminazione, senza restrizioni di tipo oggettivo e/o soggettivo (questa la posizione di G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, cit., *passim* ma spec. pp. 1394 ss.). La rilevanza della decisione, ai fini dell'affermazione di un principio generale di non discriminazione generalmente applicabile alla contrattazione, è però aspramente criticata da D. MAFFEIS, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, cit., pp. 177 ss.

¹¹ Ampi svolgimenti in P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, v. IV, *Attività e responsabilità*, ESI, Napoli, 2020, pp. 1 ss.

¹² Per una sintetica ma puntuale ricostruzione dei più recenti itinerari dell'autonomia negoziale v. G. ALPA, *Le “autonomie contrattuali tra mercato e persona*, in ID., V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Laterza, Roma-Bari, 2013, pp. 204 ss.

coerenti con la preservazione del valore “preferito”¹³. La portata dei temi coinvolti dal tema della discriminazione è tale, tuttavia, da coinvolgere gli snodi fondamentali della teoria del contratto; per questo, qualsiasi prospettiva implica necessariamente una verifica dei suoi esiti attenta alla dinamica complessiva del negozio, la quale soltanto può convalidarne o smentirne la tenuta.

2. Sulla discriminazione “giuridicamente rilevante”. E sua incidenza sul diritto dei contratti: i contratti di lavoro e i contratti della P.A.

Dinanzi al quadro tratteggiato occorre fare ordine e rispondere, innanzitutto, alla domanda “cosa vuol dire” discriminare.

La semantica comune definisce la discriminazione come l’adozione, in singoli casi o verso singole persone o gruppi, di un comportamento diverso da quello stabilito per la generalità, o che comunque riveli una disparità di trattamento¹⁴. Si può discutere, come in effetti si discute, se la discriminazione sottenda sempre una disparità di trattamento, o se questa ne costituisca soltanto una forma tipica di espressione, la più frequente¹⁵. Ma certo è che, così definita, la discriminazione agli occhi del giurista significa nulla, soprattutto se oggetto di analisi è il comportamento del singolo nel contesto delle relazioni di diritto privato: il diritto privato è, infatti, nella sua essenza discriminatorio, deputato com’è a dar corpo alla valutazione del caso singolo¹⁶.

Dunque, per assumere un senso giuridicamente apprezzabile il concetto di discriminazione necessita – beninteso, rispetto a quegli istituti

¹³ A confermare che il dibattito sulla discriminazione nei rapporti contrattuali sia contrassegnato da precise (e ovviamente legittime) opzioni ideologiche stanno un passaggio e un esempio del dibattito che connota il panorama dottrinario. Si dice, da parte di qualcuno, che comparare dignità della persona ed esigenze del mercato è idea *bottegaia*: v. A. GENTILI, *op. cit.*, p. 225 (ove il corsivo); si replica affermando che il denaro è un’ottima misura per la maggioranza delle cose: D. MAFFEIS, *op. ult. cit.*, p. 180. Quanto all’esempio: si afferma legittima la discriminazione delle banche etiche a scapito delle imprese che producono armi, perché la Repubblica ripudia la guerra (G. CARAPEZZA FIGLIA, *op. ult. cit.*, pp. 1405 ss.); si replica che la discriminazione deve essere vietata, perché le armi possono risultare utili per la difesa della pace (D. MAFFEIS, *op. ult. cit.*, p. 179).

¹⁴ È la definizione che compare sotto la relativa voce del *Vocabolario della lingua italiana Treccani*, II, Roma, 1987, p. 128.

¹⁵ Quest’ultima è la posizione, specialmente, di A. GENTILI, *op. cit.*, p. 227.

¹⁶ A. GENTILI, *op. cit.*, p. 220.

che ontologicamente non lo rifiutano¹⁷ – di qualcos'altro: della selezione dei c.d. *fattori di rischio*¹⁸. In altre parole, occorre che il sistema selezioni i connotati della persona e/o le espressioni della personalità esposti, in potenza, a condotte indirizzate ad un'emarginazione dell'individuo che quello stesso sistema non ammette, in ragione dell'indirizzo assiologico che si è dato.

Non *ogni* disparità di trattamento e/o trattamento sfavorevole è, dunque, discriminazione: tale è unicamente la condotta emarginante rivolta nei confronti di un soggetto che si trovi in una – per così dire – condizione di rischio, riconosciuta come tale da un *certo* ordinamento; e soltanto qualora tale condotta non trovi giustificazione in una finalità altra rispetto all'intento discriminatorio e, per questo, legittima (art. 2, comma 1, lett. b), Direttiva n. 113/2004).

Sulla scorta di queste premesse è agevole dedurre che le condotte discriminatorie, sì come definite, ledono – si badi, al pari di altre, altrettanto offensive se pur non discriminatorie – la dignità dell'individuo¹⁹, e per questo si prestano ad una sanzione di illiceità.

Altrettanto agevole è, dipò, osservare che qualsiasi esperienza contrattuale, sì come ogn'altra relazione tra esseri umani, delinea un contesto entro il quale è possibile che maturi un comportamento discriminatorio.

Tali coordinate sembrerebbero dunque affermare: a) l'esistenza di un principio generale di non discriminazione²⁰ e b) l'assoggettamento di ogni relazione contrattuale al rispetto del suo divieto, sì come di ogn'altro divieto posto a tutela di interessi fondamentali della persona. Per questa via, conseguenza necessaria parrebbe esser quella di sottoporre a rimedio qualsiasi condotta negoziale colorata da intenti discriminatori.

Tuttavia, senza negare che la condotta discriminatoria minaccia la salvaguardia di un diritto fondamentale dell'individuo, a parere di chi

¹⁷ Ancora, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 220.

¹⁸ G. CARAPEZZA FIGLIA, *op. ult. cit.*, *passim* ma spec. pp. 1393 ss., ed ivi la nota 32.

¹⁹ Che la discriminazione sia, nella sua essenza, offesa della dignità è affermazione sulla quale si registra un consenso diffuso: cfr., tra i tanti A. GENTILI, *op. cit.*, p. 228, il quale la giudica "addirittura ovvia"; ma v. altresì C.M. BIANCA, *Il problema dei limiti all'autonomia contrattuale in ragione del principio di non discriminazione*, in *Discriminazione razziale e autonomia privata. Atti del Convegno di Napoli del 22 marzo 2006*, Roma, 2006, pp. 64 ss.; M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, pp. 87 ss.; E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 5, p. 551.

²⁰ Cass., sez. un., 15 febbraio 2011, n. 3670, cit.

scrive non si può omettere di considerare che la relazione contrattuale non sempre è dedicata in via immediata, o è strumentale che dir si voglia, ad attuare la dignità dei contraenti; di conseguenza, la lesione che a quella stessa dignità è arrecata dalla discriminazione non sembra poter rilevare sempre, ed in egual misura, rispetto ad *ogni* vicenda negoziale.

Sì che, al fine di inquadrare più correttamente l'incidenza del divieto di discriminazione nella disciplina dei contratti, occorre distinguere tra le condotte discriminatorie che: a) violano in via diretta interessi dedotti nell'accordo, e disciplinati dal regolamento negoziale; b) ledono in via mediata interessi compromessi nel rapporto (diversi dalla dignità della persona); e c) offendono soltanto interessi *altri* rispetto a quelli compromessi dal contratto, relativamente ai quali la relazione negoziale ha fornito soltanto l'*occasione materiale* per provocarne la violazione.

Tale articolazione riafferma la centralità del concreto profilo funzionale del negozio, sì come da tempo accreditata (pur con qualche dubbio²¹) dai più noti percorsi dogmatici²², e consegna le coordinate necessarie alla costruzione di uno statuto rimediabile convincente, il quale non può non tener conto del concreto e complessivo assetto di interessi sui quali il contegno discriminatorio ha inciso, secondo prospettive già ampiamente sperimentate in altri contesti problematici²³.

Fermo il tradizionale assetto delle tutele applicabili in ogni ipotesi di atto illecito, la configurazione di rimedi negoziali dotati *tendenzialmente* (salvo cioè che ne sussistano i presupposti oggettivi) di efficacia reale –

²¹ V. ad esempio R. DI RAIMO, *Dopo le sezioni unite: ancora sulla qualificazione e sulla disciplina degli interest rate swap*, in *Nuovo dir. civ.*, 2021, 1, pp. 231 ss.

²² Il riferimento più immediato è, naturalmente, a Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, pp. 1718 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, pp. 299 ss. ed in G. PERLINGIERI, G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza*, t. 2°, Napoli, 2021, pp. 219 ss., con nota di O. CLARIZIA, *Valutazione della causa in concreto e superamento del tipo legale*. In dottrina, tra i tanti ed in vario senso, V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 957 ss.; A. FEDERICO, *L'uso giurisprudenziale della causa concreta*, in *L'uso giurisprudenziale della causa concreta*, in AA.VV., *La giurisprudenza del foro napoletano e gli orientamenti nazionali ed europei in tema di obbligazione e contratti*, Napoli, 2015, pp. 25 ss.; (dello stesso Autore v. anche la *Causa del contratto tra "regole" e "principi"*, in *Comp. dir. civ.*, 2018, pp. 12 ss.; C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 256 ss. Ampi svolgimenti anche in P. PERLINGIERI, *op. cit.*, pp. 99 ss.

²³ Per una verifica sulla congruità di questo approccio, nella soluzione di specifici problemi, cfr. fra i tanti A. VILLELLA, *Abuso di dipendenza economica ed obbligo a contrarre*, ESI, Napoli, 2013, pp. 181 ss.

capaci di rimuovere gli effetti dell'atto discriminatorio e indirizzare la singola vicenda alla tutela effettiva della dignità della persona – è per vero concepibile a condizione che la dignità assuma un ruolo conformativo del profilo causale del rapporto; e per questo sia destinata ad influenzare il contenuto dei diritti contrattuali e dei poteri negoziali, al fine di garantirne l'attuazione. È il caso, quest'ultimo, dei contratti di lavoro, ove la salvaguardia della dignità personale del lavoratore è elevata al rango di insuperabile precetto costituzionale, al punto da configurare obblighi specifici del datore di lavoro finalizzati ad attuarla, la cui incidenza è tale, per taluni profili, da negare persino il nesso di corrispettività tra le prestazioni²⁴.

Diversa è l'ipotesi in cui l'effetto emarginante della discriminazione rilevi non in via diretta, ma mediata, ogniqualvolta cioè la vicenda negoziale sia informata alla preservazione di interessi altri rispetto alla dignità della persona, epperò lesi in virtù degli effetti che l'atto discriminatorio mira a conseguire. È questo il caso dei contratti della P.A., ove gli insuperabili canoni di governo dell'attività amministrativa proibiscono le condotte discriminatorie della P.A., in ragione del *vulnus* inevitabile che esse arrecano ai principi, anch'essi di rango costituzionale, di imparzialità e buon andamento; e che reclamano rimedi²⁵ che rimuovano gli effetti della discriminazione, ma non (sol)tanto a tutela della dignità del discriminato, quanto del più articolato quadro di interessi espresso dal rapporto.

3. *Segue. I contratti di "diritto comune"*

Un ragionamento differente deve esser fatto per i contratti rispetto ai quali la dignità della persona – che, giova ribadire, sorregge il divieto di discriminazione – traccia un limite "generale", ma la cui attuazione non forma *sempre* oggetto, in via immediata, del programma negoziale; né,

²⁴ In argomento cfr. F. MORTILLARO, *Retribuzione: I) Rapporto di lavoro privato*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, p. 3, secondo il quale il lavoratore non vanta soltanto il diritto alla controprestazione retributiva, ma è parte di "un'area di garanzia in cui la sua personalità fisica e morale viene tutelata nel senso più ampio dell'espressione"; sì che la corrispettività si stempera nella definizione della retribuzione come di "tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro [...] in dipendenza del rapporto di lavoro", e non soltanto quale "compenso dell'opera prestata".

²⁵ Per qualche spunto sia consentito rinviare a M. MAZZUCA, *Incidenza degli interessi pubblici e privati nel contratto di appalto: il recesso*, ESI, Napoli, 2010, pp. 150 ss.

specularmente, la sua violazione si riverbera *sempre*, anche soltanto in via indiretta, nella lesione di un interesse che permea la funzione del negozio.

Diversamente che negli altri ambiti appena analizzati, l'atto discriminatorio consumato nel contesto di un contratto – per così dire – di “diritto comune” soggiace dunque ad una valutazione *caso per caso*, la quale potrebbe restituire ognuna delle tre fattispecie [a), b), o c)] sopra richiamate.

Così, al fine di esemplificare, il negozio avente ad oggetto un trattamento sanitario compromette in via diretta e immediata la tutela della dignità del paziente, la quale conforma gli obblighi del sanitario al punto da potersi configurare un inadempimento anche in assenza di pregiudizio della salute del paziente, qualora, ad esempio, il sanitario abbia omesso una informazione adeguata del paziente; sì che l'atto discriminatorio e la lesione della dignità che ne consegue esprime, in questi casi, una violazione proprio di quegli interessi che il contratto dovrebbe, al contrario, attuare.

Od ancora, sebbene tendenzialmente estraneo alla salvaguardia della dignità della persona, a certe condizioni il contratto di locazione può compromettere – soprattutto nell'ipotesi di un mercato immobiliare ristretto – il diritto (del locatario) a conseguire un'abitazione²⁶; per tale via, l'atto discriminatorio che precluda la stipulazione del contratto, od imponga condizioni negoziali svantaggiose, minaccia l'attuazione di un fondamentale diritto sociale, prossimo alla dignità umana²⁷.

Diversamente, la discriminazione attuata nell'esercizio di una relazione tra imprese sembra destinata a rilevare non tanto in ragione della lesione della dignità sottesa all'atto discriminatorio, quanto giacché l'emarginazione che ne consegue è foriera di un attentato all'efficienza del mercato, ogniqualvolta falsi la concorrenza e/o minacci la continuità del

²⁶ V. sul punto le ficcanti osservazioni di E. NAVARRETTA, *op. cit.*, p. 562.

²⁷ Da tempo la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto lo stretto legame esistente tra la tutela del diritto all'abitazione e la preservazione della dignità umana: v. tra le tante Corte cost., 25 febbraio 1988, n. 217; od anche Corte cost. 24 marzo 1999, n. 119, la quale ha statuito che la creazione di “condizioni minime di uno Stato sociale, concorrere a garantire al maggior numero di cittadini possibile un fondamentale diritto sociale, quale quello all'abitazione, contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana, sono compiti cui lo Stato non può abdicare in nessun caso”; e ancora Corte cost., 15 luglio 1983, n. 252, la quale individua nel diritto all'abitazione, “per la sua fondamentale importanza nella vita dell'individuo, un bene primario che deve essere adeguatamente e concretamente tutelato” (tutte le pronunce si trovano in *dejureonline.it*).

ciclo produttivo del soggetto discriminato²⁸.

Infine, l'atto discriminatorio consumato nell'occasione di un contratto di compravendita (di un orologio, di un paio di sci, piuttosto che di un lampadario) provoca verosimilmente soltanto la lesione – della dignità, e dunque – di interessi estranei al programma negoziale; e, per questo, invoca reazioni di caratura extra-negoziale, ma non anche rimedi volti a indirizzare la vicenda negoziale all'attuazione di interessi che, a quella stessa vicenda, risultano estranei.

4. Una sintesi delle più diffuse prospettive ermeneutiche

La prospettiva suggerita converte canoni ermeneutici i quali consentono di rivedere, in parte, le dominanti costruzioni concettuali, segnate da una contrapposizione (perlomeno in apparenza) radicale in ordine all'ambito operativo del divieto di discriminazione.

Un primo indirizzo, più restrittivo, ammette la configurabilità di rimedi avverso la discriminazione contrattuale soltanto qualora la contrattazione sia rivolta al pubblico²⁹; un altro, più estensivo, sottopone invece alla verifica di non discriminatorietà ogni fattispecie contrattuale, e dunque anche le contrattazioni svolte in forma individuale.

Il rilievo conclusivo assegnato alle modalità di formazione dell'accordo sembra inscrivere nella preferenza – sia pure non esclusiva – riservata alla salvaguardia delle ragioni del mercato. A militare nel senso dell'operatività del divieto soltanto nelle contrattazioni rivolte al pubblico starebbero, infatti, esigenze di tutela dell'efficienza degli scambi, le quali sarebbero pregiudicate soltanto e ogniqualevolta il contraente abbia sfruttato le potenzialità del mercato – mediante, appunto, un'offerta formulata in forma pubblica (art. 1336 c.c.) – e poi minacciato il regolare funzionamento di quello stesso mercato, tramite l'adozione di scelte discriminatorie. In questa logica, le medesime ragioni di tutela dell'efficienza e delle normali dinamiche del mercato imporrebbero, per converso, di "liberare" l'autonomia negoziale del contraente qualora la

²⁸ L'ipotesi è tratteggiata da P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, cit., pp. 486 ss.

²⁹ Un dato può apparire singolare: a promuovere un uso più ristretto del divieto di discriminazione, ed esaltare così una più ampia discrezionalità negoziale, sono, oggi, gli Autori che, dapprima, hanno posto l'accento sulla necessità di affermare l'operatività di quello stesso divieto nella dinamica negoziale. Verrebbe da dire che la pianta è germogliata oltre le intenzioni di quanti, per primi, l'hanno coltivata.

contrattazione si svolga su base individuale.

Diversamente, la preferenza attribuita, in ogni caso, alla salvaguardia della dignità del discriminato, e con essa, al principio di uguaglianza, traduce, nell'indirizzo più estensivo, l'operatività del divieto in ogni vicenda negoziale, indipendentemente delle modalità di manifestazione della proposta di contratto, e senza restrizioni sul piano oggettivo e/o soggettivo³⁰.

Senza voler qui sperimentare la tenuta dei singoli argomenti impiegati per sostenere l'una o l'altra prospettiva³¹, il rilievo conferito al profilo funzionale del singolo rapporto³² è invero sufficiente a smentire la portata decisiva delle modalità di formazione dell'accordo, le quali interessano il profilo strutturale della vicenda negoziale e, per ciò stesso, non convertono un assetto di interessi esclusivo³³.

Sì che, pur ammettendo, senza concederlo, che il divieto di discriminazione trovi fondamento nell'esigenza di proteggere il regolare funzionamento del mercato, l'aver adoperato una contrattazione in forma pubblica non è elemento capace di definire l'incidenza che la vicenda negoziale è in grado di spiegare, appunto, sul funzionamento del mercato.

Invero, l'esigenza di preservare l'efficienza di un mercato informa il profilo funzionale – non di ogni contratto in astratto ad esso riferibile,

³⁰ Così, quasi testualmente, G. CARAPEZZA FIGLIA, *op. ult. cit.*, p. 1394.

³¹ A sostegno della prospettiva più restrittiva starebbero tre ordini di ragioni, delle quali due attinenti alla sfera soggettiva del soggetto passivo della discriminazione; un'ultima alla sfera soggettiva del discriminante.

Quanto alle prime: a) ha senso parlare di lesione della dignità soltanto qualora la discriminazione sia – per così dire – resa manifesta, ossia quando chi discrimina decide di farne partecipe gli altri, e ciò nella contrattazione individuale non avviene; b) nella contrattazione individuale manca il termine di comparazione e, dunque, il presupposto per accertare una discriminazione.

Quanto alla terza: il contraente che sfrutta il mercato, e si avvale di forme di sollecitazioni pubbliche alla negoziazione, non può poi frapporre ostacoli al regolare funzionamento di quel mercato, alterandone le dinamiche ordinarie e coerenti con il quadro assiologico dell'ordinamento. A questi argomenti la tesi più estensiva replica con altrettanti: se il contraente dichiara espressamente la sua scelta discriminatoria la dignità del discriminato è lesa tanto quanto lo è se la discriminazione è pubblica; e, in questo caso, v'è anche il termine di comparazione, sia pure virtuale, dell'agire negoziale del discriminante. Per altro verso, il bilanciamento della dignità della persona con i canoni del mercato suscita una grave perplessità sul piano della coerenza con il quadro assiologico dell'ordinamento.

³² Per qualche spunto si veda E. NAVARRETTA, *op. cit.*, p. 562.

³³ Sul principio di variabilità della struttura, con particolare riguardo al tema della forma, v. C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, pp. 390 ss.

quanto semmai soltanto – dei rapporti che coinvolgono operatori *qualificati*³⁴: val quanto dire soggetti che, in quello stesso mercato, operano in virtù di condizioni e con modalità tali da poter in concreto pregiudicare la regolarità degli scambi, e imprimere così al negozio un indirizzo funzionale correlato al corretto esercizio dell'attività economica³⁵. Ma non anche nel caso in cui a promuovere la contrattazione sia stato un *qualsiasi* operatore, o men che meno un contraente *occasionale*.

In virtù della progredita configurazione dei mezzi di contrattazione, il ricorso alla negoziazione in forma pubblica è però aperta, nell'attuale contesto economico e commerciale, ad un novero di soggetti assai vasto, non limitato agli attori qualificati del mercato, ma esteso a chiunque sia capace di adoperare gli strumenti informatici³⁶. Sì che la circostanza che la vicenda sia stata inaugurata da una trattativa rivolta al pubblico non è capace di selezionare con certezza gli interessi compromessi dal contratto.

Per altro verso, l'adeguata considerazione del profilo funzionale del singolo rapporto vale altresì a negare che *ogni* discriminazione, consumata nell'ambito di una *qualsiasi* relazione negoziale, debba essere assoggettata a rimedi volti a far conseguire al discriminato l'utilità contrattuale non ottenuta, sol perché la dignità della persona esprime un baluardo insuperabile dell'ordinamento

A ragionare diversamente si dovrebbe infatti predisporre una tutela rimediabile di tipo reale ogniqualvolta una *qualunque* condotta negoziale – anche non discriminatoria, ma comunque – lesiva della dignità precluda ad un soggetto il conseguimento di una *qualsiasi* utilità negoziale. Ancora una volta per esemplificare, si pensi al rifiuto del venditore a concludere una compravendita (di un televisore, piuttosto che di un servizio di posate d'argento) accompagnato da espressioni denigratorie, offensive della reputazione – e dunque, della dignità – dell'acquirente, epperò non

³⁴ Su questi temi v. M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di) *I contratti per l'impresa, I, Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Bologna, 2013, pp. 33 ss.; nello stesso volume v. anche il contributo di F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti* (pp. 73 ss.).

³⁵ Sul tema dei c.d. contratti di impresa v. anche G. ALPA, *Le "autonomie contrattuali" tra mercato e persona*, in ID., V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Laterza, Roma-Bari, 2013, pp. 204 ss.

³⁶ La ricorrente qualificazione alla stregua di offerta al pubblico dell'esposizione, da parte di un'azienda, sul proprio sito web, del catalogo dei prodotti corredato da adeguate informazioni (Trib. Bari, 11 giugno 2007, consultabile in *dejureonline.it*), è certamente ripetibile anche rispetto all'offerta formulata, in egual modo, da parte di chi non eserciti un'attività di impresa.

discriminatorie, in quanto non rivolte a “offendere” le – per così dire – qualità della persona che l’ordinamento qualifica come possibili fattori di discriminazione. Ciascuno avverte come, in questa ipotesi, l’unico rimedio praticabile sia, ricorrendone i presupposti, il danno precontrattuale ex art. 1337 c.c.³⁷; e, tutt’al più, il risarcimento del danno anche non patrimoniale per la lesione inferta alla sfera personale del contraente³⁸.

Vero è che l’attuale fase dell’esperienza giuridica registra una significativa tensione verso il principio di variabilità e flessibilità dei rimedi³⁹ praticabili, i quali sembrano sempre più disancorati dalla necessaria riconduzione dell’interesse da proteggere allo schema del diritto del diritto soggettivo o di altra situazione definita. Sì che, l’inesistenza di un generale *diritto al contratto*⁴⁰ potrebbe di per sé non precludere la configurazione di rimedi particolari capaci, a fronte di un atto discriminatorio, di *imporre* il contratto stesso, secondo conclusioni apparentemente legittimate dalla tutela in forma specifica (art. 2058 c.c.) o dalla natura (anche) costitutiva del provvedimento giudiziario.

Ma pur là dove si ammettesse la configurabilità di un contratto *imposto*, rimarrebbe da spiegare, con argomenti convincenti, per quale ragione si dovrebbe tratteggiare uno statuto rimediale differente dinanzi al rifiuto del venditore di contrarre fondato su intenti, rispettivamente, discriminatori od invece denigratori, posto che il comportamento sarebbe in entrambi i casi lesivo della dignità personale dell’acquirente.

Ragioni di coerenza logica e sistematica paiono in verità imporre, in entrambe le fattispecie prospettate, medesime conseguenze, le quali verosimilmente trovano fondamento nel profilo causale che sorregge l’operazione di compravendita.

Negata adesione, dunque, ad ogni generalizzazione, il carattere discriminatorio dell’atto potrà essere affermato tanto rispetto ad

³⁷ Una conclusione differente, e dunque una forma di tutela reale, potrebbe valere soltanto con riferimento alle fattispecie assoggettate alla disciplina della vendita al dettaglio, di cui al d.lgs. n. 114/1998, qualora si convenisse con l’idea che l’art. 3 del Decreto richiamato prevede un obbligo a contrarre in capo al venditore (G. CIAN, *L’offerta al pubblico e l’art. 3 del d.legisl. 31 maggio 1998, n. 114, in materia di vendite al dettaglio*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 3, pp. 313 ss.). È però evidente che, in questa prospettiva, ad essere tutelata non sarebbe la dignità della persona, quanto semmai il diritto all’acquisto del compratore.

³⁸ V. sul punto E. NAVARRETTA, *op. cit.*, p. 556.

³⁹ Cfr. per tutti P. PERLINGIERI, *op. cit.*, V, *Tutela e giurisdizione*, pp. 118 ss.

⁴⁰ In questo senso sembra invece orientato, con riferimento all’interesse del discriminato, G. CARAPEZZA FIGLIA, *op. ult. cit.*, p. 1417.

operazioni negoziali condotte in forma pubblica, quanto dinanzi alle contrattazioni individuali; al contempo, i rimedi predisposti potranno e dovranno variare - indipendentemente dalle modalità di offerta dei beni e/o dei servizi, e semmai - in coerenza con l'assetto di interessi coinvolto nella singola vicenda.

Siffatta impostazione concede una chiave di lettura dei margini di operatività del divieto di discriminazione nell'ambito dell'intera esperienza negoziale: e dunque, in particolare, rispetto alla fase di stipulazione del contratto; in sede di verifica del regolamento predisposto; nella fase della sua esecuzione.

5. Divieto di discriminazione e fasi del negozio: innanzitutto, il regolamento

I problemi sollevati dal divieto di discriminazione rispetto alla fase del regolamento e dell'esecuzione del contratto si prestano ad essere più agevolmente liquidate; e dunque vale la pena affrontarli per primi.

Iniziando dal regolamento.

Il conflitto con i fondamentali canoni assiologici dell'ordinamento delle clausole che esprimono un contenuto *dichiaratamente* discriminatorio ne converte la radicale nullità, ai sensi degli artt. 1322 e 1418 ss. c.c., indipendentemente dal profilo funzionale espresso dal singolo rapporto. Al pari di quanto lo sarebbe una clausola che, ad esempio, prevedesse un contenuto apertamente lesivo di altri interessi generali, sia pure estranei al profilo funzionale del rapporto.

Uno fra tanti, possibili esempi: una clausola che vieti espressamente al locatore la sublocazione soltanto alle persone di pelle nera sarebbe nulla, al pari di quanto lo sarebbe una clausola che gli imponesse di non rispettare il sistema di smaltimento differenziato dei rifiuti.

La questione essenziale sarebbe dunque soltanto quella del rimedio che l'ordinamento deve prevedere, considerando che l'art. 1419 c.c. contempla un meccanismo che, qui come altrove, potrebbe in astratto provocare la caducazione totale del contratto. Ma, fuori da ogni suggestione, i problemi posti all'interprete sono ne più ne meno quelli dettati da qualsiasi clausola negoziale nulla per illiceità.

Più delicata è invece l'ipotesi delle clausole in sé valide, ma predisposte sulla scorta di un intento discriminatorio, che ha indotto a conformare il contenuto del contratto in senso sfavorevole al

discriminato⁴¹.

Esclusa la sanzione di illiceità, lo statuto rimediabile sembra in questo caso mutare a fronte del diverso profilo funzionale espresso dalla singola fattispecie.

In ipotesi di negozi attuativi della dignità della persona, la predisposizione di clausole sfavorevoli in danno del discriminato è suscettibile di incorrere in una sanzione di immeritevolezza, essendo le clausole stesse preordinate a raggiungere scopi antitetici a quelli che sorreggono l'operazione negoziale⁴²: così, ad esempio, qualora un professionista imponesse, ad un paziente che stipulasse con un lui un contratto d'opera professionale per sottoporsi al mutamento del sesso, condizioni contrattuali sfavorevoli sol perché appartenente ad un'etnia diversa dalla sua.

Diversamente, nel caso di contratti asserviti ad una funzione non esplicativa della dignità della persona, la clausola potrà essere assoggettata ad una sanzione di immeritevolezza soltanto qualora l'intento discriminatorio si sia tradotto in un portato effettuale che viola gli interessi direttamente dedotti in *quel* negozio; e dunque, per esemplificare come sopra, alla salvaguardia di una concorrenza leale concorrenza.

Infine, nell'ambito dei contratti che trovano nel divieto di discriminazione un limite – per così dire – esterno, rivolto a preservare interessi che non intercettano, neppure indirettamente, quelli compromessi dal rapporto negoziale, il solo rimedio in astratto configurabile sembra esser quello di una sanzione extra-contrattuale, praticabile a condizione che di questo sussistano i presupposti soggettivi e oggettivi.

6. Di seguito, l'esecuzione

Rispetto al piano dell'esecuzione del contratto, il problema posto dal divieto della discriminazione non è, evidentemente, quello della violazione del programma negoziale consumata per ragioni

⁴¹ La fattispecie evoca quella regolata dall'art. 1440 c.c.: G. CARAPEZZA FIGLIA, *op. ult. cit.*, pp. 1407 ss.

⁴² Sui contorni del controllo di meritevolezza delle singole clausole cfr., da ultima, Cass., sez. un., 23 febbraio 2023, n. 5657, in *dejureonline.it*. Ampii svolgimenti sul tema si rinvencono in P. PERLINGIERI, *op. cit.*, v. IV, spec. pp. 99 ss.

discriminatorie, trovando quest'ultima la sua naturale forma di *repressione* nella responsabilità da inadempimento. Semmai, è quello dell'esercizio di poteri negoziali mosso da ragioni discriminatorie⁴³.

Le vicende dell'abuso del diritto ci hanno abituato ad un sindacato sempre più esteso delle modalità e del fine per il quale i poteri negoziali sono esercitati. Per tale via, parrebbe quasi scontato dover affermare il carattere abusivo dell'esercizio di un *qualunque* potere contrattuale mosso da intenti discriminatori, non foss'altro perché siffatto contegno negoziale parrebbe esprimere un'ipotesi esemplare di esercizio *controfunzionale* di *qualsiasi* potere.

Ma la stessa giurisprudenza che ha dato linfa alla teorica dell'abuso⁴⁴ ammette l'esistenza di poteri il cui esercizio non è assoggettato ad alcun controllo di – per così dire – congruità.

Un essenziale banco di prova è, come sempre, quello offerto dall'istituto del recesso, il cui esercizio è occasionalmente affrancato da qualsiasi sindacato, coerentemente alla funzione del negozio cui accede.

È il caso, per esempio, del diritto di recesso attribuito all'appaltante (art. 1671 c.c.), il quale è tradizionalmente qualificato alla stregua di diritto potestativo proprio a suggellare il carattere insindacabile del suo esercizio, bilanciato dalla previsione di conseguenze indennitarie a favore dell'appaltante particolarmente importanti, al fine di proteggere gli interessi qualificati e regolati all'interno del contratto.

In questo ambito, ipotesi di scuola potrebbe esser quella del committente che receda perché spinto dall'odio razziale verso il personale impiegato presso l'impresa appaltatrice. Nonostante il recesso pregiudichi l'attuazione del programma negoziale e il contraente se ne avvalga certamente per realizzare *scopi diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quel potere è stato conferito*⁴⁵, il relativo esercizio sembra dover esser escluso da sindacato, perlomeno sul piano dei rimedi contrattuali, evidentemente perché gli interessi impressi nel profilo funzionale del negozio, e che

⁴³ Ne è consapevole D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., pp. 250 ss., il quale difatti si interroga, ad esempio, sulla possibilità di censurare la condotta della parte che, in apparenza rispettosa dell'art. 1178 c.c. in tema di adempimento di obbligazione generica, potrebbe però denunciare intenti discriminatori e dunque, secondo l'Autore, legittimare l'operatività di rimedi negoziali atti a contrastarne gli effetti.

⁴⁴ Per una rassegna delle pronunce più rilevanti cfr. F. ADDIS, *L'abuso del diritto tra diritto civile e tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 2012, 5, pp. 874 ss.

⁴⁵ Il corsivo è di Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, i cui passi salienti sono riportati nel contributo citato alla nota precedente.

sorreggono (anche) il diritto di recesso, prevalgono rispetto a quelli prossimi alla dignità della persona, violati dal recesso stesso⁴⁶.

Ad una diversa disciplina sembra poter esser assoggettato il recesso discriminatorio adottato del committente pubblico, giacché l'effetto emarginante prodotto dalla condotta discriminatoria è capace, questa volta, di minacciare l'attuazione del profilo funzionale dell'appalto pubblico, al punto da poter invocare, verosimilmente, una sanzione di inefficacia⁴⁷.

O ancora, nell'ambito del mandato conferito al professionista legale, la assoluta insindacabilità del recesso tanto del cliente quanto del professionista, in deroga alla disciplina generale dell'art. 2237 c.c., sembra riposare, negli attuali indirizzi, nella specialità della disciplina contemplata negli artt. 82 ss. c.p.c.⁴⁸.

Tuttavia, a meno che non li si voglia relegare al novero di meri motivi nel negozio – come tali inetti ad incidere sulla relativa disciplina⁴⁹ – gli interessi affidati al singolo mandato professionale potrebbero forse indurre a segmentare la disciplina del recesso, in senso congruo alla diversa incidenza che la concreta vicenda legale spiega sulla dignità delle parti contrattuali.

Esemplificando nuovamente, e senza l'ambizione di fornire indicazioni di portata conclusiva, pur a fronte di una *normale* insindacabilità del recesso, qualora il mandato sia stato conferito da una madre (nell'esercizio della sua responsabilità genitoriale e) a tutela della dignità del figlio minore e il professionista receda soltanto in virtù del colore della pelle del minore, la lesione arrecata a quella stessa dignità che l'esecuzione del mandato era deputata ad attuare potrebbe, forse, consentire la praticabilità di un rimedio risarcitorio.

Sì che, ancora una volta, il recesso (in astratto legittimo, ma in concreto) discriminatorio potrà legittimare una reazione qualora la dignità

⁴⁶ E per tale ragione che la discriminazione del committente privato non è capace di innescare una reazione, al pari che nel caso di un recesso mosso, ad esempio, da ragioni di sopravvenuta inimicizia personale nei confronti dell'appaltatore.

⁴⁷ Per chi volesse, M. MAZZUCA, *op. cit.*, pp. 155 ss.; ID., *Spunti critici sullo statuto normativo dell'appalto pubblico e privato*, in *Riv. dir. impr.*, 2008, 1, spec. p. 100.

⁴⁸ L'insindacabilità assoluta del recesso, del cliente e/o del professionista, dal mandato difensivo è stata recentemente ribadita: Cass. 10 marzo 2023, n. 7180, in *dejureonline.it*.

⁴⁹ Sarebbe, evidentemente, velleitario il tentativo di fornire, in questa sede, indicazioni conclusive sul rapporto tra motivi e causa del contratto e, pertanto, sia consentito il rinvio soltanto alle tradizionali pagine di G. DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, Torino, 1939, *passim* ma spec. pp. 18 ss.

conformi il profilo funzionale del negozio; o, al più, in ipotesi di contratti estranei alla salvaguardia della dignità, qualora l'effetto emarginante della discriminazione attenti ad interessi (altri rispetto alla dignità della persona, e però) dedotti nella funzione negoziale.

7. Infine, la conclusione del contratto

Da ultimo deve essere affrontata la questione della sindacabilità del rifiuto a contrarre motivato da ragioni discriminatorie.

L'itinerario sin qui battuto potrebbe lasciar presagire una risposta: il rilievo sinora attribuito alla funzione concreta del negozio parrebbe, infatti, in prima battuta suggerire che tale rifiuto debba essere esposto a conseguenze differenti in ragione, ancora una volta, del diverso rilievo assunto dalla dignità della persona rispetto al contratto, questa volta non sconveniente, non malamente eseguito, ma del tutto negato.

Ma le cose non sembrano, tuttavia, stare così.

Ed infatti, sebbene il rifiuto discriminatorio a contrattare susciti innegabili ed inevitabili moti di contrarietà, alcuna norma è in grado di affermare un *diritto al contratto*, né in favore delle vittime della discriminazione, né di qualsiasi soggetto la cui dignità sia stata lesa tramite condotte altre, non discriminatorie, epperò anch'esse insultanti le prerogative fondamentali dell'individuo.

A superare tale granitico portato della dogmatica più tradizionale non è sufficiente né il rinvio ad un principio di ordine pubblico di direzione del mercato; né al diritto fondamentale di ogni individuo a non essere discriminato.

Non il primo perché, si è tentato di dimostrare, il nesso esclusivo tra il divieto di discriminazione e la preservazione delle ragioni di mercato è smentito dall'ambito applicativo degli istituti che si pretendono avvaloranti quel nesso; il secondo per la ottima ragione che non c'è diritto dell'individuo che consenta, fuori dai casi previsti dalla legge, di ottenere una prestazione contrattuale senza il consenso di chi quella prestazione è chiamato ad eseguire.

Sì che, per concludere, nella fase della conclusione del contratto la discriminazione è destinata a rilevare entro i limiti della scorrettezza precontrattuale, ogniqualvolta la condotta emarginante colori il rifiuto ingiustificato di proseguire le trattative e/o concludere il contratto di un carattere discriminatorio, tale da aggravare la responsabilità risarcitoria

2/2023

prevista dalle norme generali del contratto.