



Università  
Ca' Foscari  
Venezia

**Scuola Dottorale di Ateneo  
Graduate School**

**Dottorato di ricerca  
in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro  
Ciclo XXVIII  
Anno di discussione 2016**

***Il rifiuto abusivo di contrarre***

**SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE DI AFFERENZA: IUS/01  
Tesi di Dottorato di Elisa Contu, matricola 955991**

**Coordinatore del Dottorato**

**Chiar.ma Prof.ssa  
Carmelita Camardi**

**Tutore del Dottorando**

**Chiar.ma Prof.ssa  
Carmelita Camardi**

# INDICE

<b>INTRODUZIONE. PRATICHE DI ESCLUSIONE E TRATTAMENTO DIFFERENZIALE.....</b>	<b>4</b>
<b>CAPITOLO I: PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA E DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE.....</b>	<b>9</b>
<b>1. Nella prassi: giurisprudenza a confronto .....</b>	<b>9</b>
<b>1.1. Prestazioni sociali e fenomeni di esclusione .....</b>	<b>9</b>
a. “ <i>Bonus bebè</i> ” e disparità di trattamento sulla base della nazionalità	11
b. Trasporti pubblici e stranieri .....	14
c. Accesso delle coppie omosessuali al “contributo prima casa” .....	17
c.1. Orientamento sessuale tra vecchie e nuove percezioni.....	19
<b>1.2. Contratti di scambio di beni e servizi .....</b>	<b>27</b>
a. Contratto di assicurazione e qualità personali: dal genere al gene ....	27
a.1. Differenza di genere nella determinazione delle prestazioni assicurative.....	28
a.2. Selezione genetica degli assicurati .....	31
b. Esercizi pubblici: diverse nazionalità, diversi prezzi .....	35
c. Contratto di locazione di immobili abitativi e cittadini extracomunitari .....	38
d. Contratto d'albergo e orientamento sessuale .....	40
<b>2. Evoluzione normativa e dottrina .....</b>	<b>44</b>
<b>2.1. Origini del principio di eguaglianza nel diritto privato .....</b>	<b>44</b>
<b>2.2. Principio di eguaglianza e divieto di discriminazione .....</b>	<b>49</b>
<b>2.3. Principio di uguaglianza e divieto di discriminazione nella dimensione europea.....</b>	<b>55</b>
a) Dall’“Europa dei mercati” all’“Europa dei diritti” .....	55

b) Principio di eguaglianza e divieto di discriminazione nell'ordinamento europeo.....	58
--	----

**CAPITOLO II: LA LIBERTÀ CONTRATTUALE E I SUOI LIMITI ..... 72**

<b>1. Libertà e autonomia contrattuale .....</b>	<b>72</b>
<b>2. La libertà contrattuale nel contesto delle politiche europee .....</b>	<b>80</b>
<b>3. Limiti alla libertà contrattuale.....</b>	<b>88</b>
<b>3.1. Profili costituzionali.....</b>	<b>92</b>
a) Libertà ed eguaglianza nel contratto.....	95
<b>3.2. Libertà contrattuale e giustizia del contratto .....</b>	<b>99</b>
a) Giustizia contrattuale e buona fede.....	106
b) Contratto e dignità .....	109

**CAPITOLO III: DALLA GIUSTIZIA CONTRATTUALE ALL'ABUSO DEL DIRITTO ..... 112**

<b>1. Abuso del diritto .....</b>	<b>112</b>
<b>2. Abuso della libertà contrattuale.....</b>	<b>135</b>

**CAPITOLO IV: OBBLIGO A CONTRARRE: VECCHIE E NUOVE PROSPETTIVE ..... 147**

<b>1. L'obbligo legale di contrarre nel codice civile: artt. 2597 e 1679 c.c.</b>	<b>150</b>
<b>2. Pubblici servizi, servizi universali e servizi di interesse generale .</b>	<b>160</b>
2.1. Telecomunicazioni: gli obblighi a contrarre tra servizio universale e disciplina della concorrenza.....	163
<b>3. Obbligo a contrarre e RC auto.....</b>	<b>170</b>
<b>4. Obbligo a contrarre nella disciplina della concorrenza .....</b>	<b>177</b>
4.1. Abuso di posizione dominante .....	178
4.2. Abuso di dipendenza economica .....	183

<b>5. Obbligo a contrarre e parità di trattamento nei rapporti (di distribuzione) tra imprese.....</b>	<b>190</b>
<b>6. Contrattazione rivolta al pubblico .....</b>	<b>194</b>
<b>7. Riflessioni conclusive in tema di obbligo a contrarre e divieto di discriminazione .....</b>	<b>201</b>
<b>CONCLUSIONI. DALLA DISCRIMINAZIONE ECONOMICA ALLA DISCRIMINAZIONE SOCIALE .....</b>	<b>204</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>208</b>
<b>DECISIONI.....</b>	<b>223</b>

## **INTRODUZIONE. PRATICHE DI ESCLUSIONE E TRATTAMENTO DIFFERENZIALE**

Appartiene alla quotidianità l'esperienza di dinamiche contrattuali caratterizzate da ipotesi di "rifiuto", di "esclusione" o di imposizione di condizioni particolarmente gravose, tali da incidere più o meno profondamente sui diritti e le libertà di chi le subisce. Talvolta si tratta di situazioni già esaustivamente disciplinate e per le quali l'ordinamento ha predisposto specifiche tutele, altre volte si tratta invece di fattispecie dubbie, dalla difficile configurazione.

In tale contesto, suscitano significativo interesse le ipotesi in cui a fondamento delle scelte contrattuali vi sono le specifiche caratteristiche personali dei contraenti.

Nell'attuale fase storica, sociale e culturale, del resto, i mercati si devono confrontare con la presenza di sempre nuove controparti contrattuali, fenomeno questo determinato non solo, o non tanto, dall'amplificarsi dei mercati stessi, quanto dalla diffusione di nuove forme di identità della persona. Nel corso della vita e in base ai diversi contesti, la persona può assumere varie caratteristiche in relazione alle proprie condizioni materiali, fisiche o alle convinzioni personali. L'incremento delle ipotesi in cui l'"altro" può essere percepito come "diverso" non è un fenomeno estraneo al diritto e, per quel che qui più rileva, al diritto contrattuale, costretto a confrontarsi con il pluralismo e a predisporre gli strumenti necessari per la corretta gestione delle differenze<sup>1</sup>.

Non rientrano nel campo d'indagine le ipotesi in cui le caratteristiche personali vengono in rilievo quali indici rivelatori di scarsa solvibilità, di assenza di garanzie legali o di determinati requisiti giuridici<sup>2</sup>; lo stesso vale per le fattispecie contrattuali in cui le qualità del contraente costituiscono elemento essenziale del

---

<sup>1</sup> Cfr. D. Maffei, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, Giuffrè Editore, 2007, 1-17. G. Marini, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2010, 63 ss.

<sup>2</sup> Nel caso di invito rivolto al pubblico ad usufruire di un finanziamento per l'acquisto di un decoder satellitare, si ritiene non configuri un'ipotesi di discriminazione la richiesta ai soli clienti extracomunitari della ricevuta di pagamento della bolletta dell'Enel. La stessa, nel caso di specie, deve ritenersi coerente con l'esigenza di assicurare la corretta esecuzione del contratto, l'installazione di un decoder. Cfr. D. Maffei, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 228-229.

contratto (contratti *intuitu personae*); vi confluiscono, invece, le situazioni in cui alle valutazioni di tipo economico si sostituiscono meri pregiudizi ideologici e/o culturali, idonei a violare la dignità delle singole controparti o a determinare esclusione sociale<sup>3</sup>.

Quando sono le qualità personali a venire in gioco e, in particolare, quelle durevoli, non solo non è sempre chiaro quale sia la normativa di riferimento, ma è anche difficile individuare idonee forme di tutela, né il giurista può trascurare l'ampio ventaglio di implicazioni che determinate scelte normative possono produrre sulla teoria del contratto. In tali ipotesi sembrano essere messe in discussione le categorie acquisite del diritto contrattuale, quali la libertà di scegliere con chi e a quali condizioni trattare, di riservare trattamenti differenti alle diverse controparti del medesimo affare o alle singole controparti di contratti identici o analoghi.

Nell'ambito dei rapporti tra privati, la disciplina delle ipotesi di rifiuto di contrarre o di trattamento differenziale ha risposto tradizionalmente all'esigenza di preservare il corretto funzionamento della concorrenza, sulla base del presupposto per cui il singolo contratto non può essere letto solo come atto di autonomia privata, ma richiede di essere valutato all'interno di un ampio contesto economico e di mercato. Si colloca in tale ragionamento la normativa relativa all'abuso di posizione dominante e all'abuso di dipendenza economica.

Spostando l'attenzione dai rapporti economici alla persona, si registra un'ampia casistica che coinvolge i vari fattori di discriminazione: razza, genere, orientamento sessuale, disabilità, età. Tra i casi più significativi vi è il rifiuto di stipulare contratti di locazione con immigrati; l'applicazione di prezzi più elevati per i clienti extracomunitari; la previsione di tariffe differenziate in base al genere di appartenenza per le polizze assicurative; il rifiuto da parte dell'albergatore di accogliere una coppia omosessuale nelle camere matrimoniali della propria struttura.

---

<sup>3</sup> D. La Rocca, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Torino, Giappichelli Editore, 2008, 140, 167.

Nonostante la crescente attenzione che nel corso degli anni è stata riservata al tema, sia in ambito nazionale che comunitario, i riferimenti normativi continuano ad essere vaghi ed incerti, alimentando forti dibattiti dottrinari.

Il divieto di porre in essere atti e comportamenti discriminatori si è progressivamente affermato nel panorama europeo a partire dal Trattato di Amsterdam. Quest'ultimo, non solo sancisce in modo trasversale e in una pluralità di declinazioni un principio di eguaglianza che fino a quel momento aveva trovato solo un'affermazione implicita e per lo più finalizzata al mero perseguimento del mercato comune, ma attribuisce anche al Consiglio la facoltà di adottare “provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale” (art. 19 TFUE, ex art. 13 TCE).

È su queste basi che, a partire dagli anni Duemila, l'Unione Europea ha iniziato a confrontarsi in modo sistematico con il problema dell'integrazione e con l'esigenza di tutelare i soggetti esposti al rischio di discriminazione rispetto ad ipotesi di esclusione.

Il processo antidiscriminatorio europeo di quegli anni si è contraddistinto per aver introdotto, rispetto alle previsioni precedenti, nuovi “fattori di rischio” e per aver esteso la disciplina antidiscriminatoria oltre il mercato del lavoro e, in particolare, alla materia dell'accesso a beni e servizi e loro fornitura, compreso l'alloggio.

Quest'ultimo aspetto, tuttavia, non può essere particolarmente enfatizzato, risultando la sua formulazione vaga e talvolta contraddittoria.

Si registra una distonia di fondo tra i principi e la prassi. Da un lato si attribuisce un ruolo cardine al divieto di discriminazione, dall'altro la sua attuazione attraverso una normativa fragile e frastagliata sembra aver lasciato intatto il dogma dell'autonomia privata e dell'intangibilità della libertà contrattuale.

Occorre allora verificare se l'operatività del divieto di discriminazione possa essere ricondotta ad un principio generale e come lo stesso influisca sul contratto. A tal proposito, appare interessante analizzare la questione inquadrandola nel più ampio contesto offerto dal rapporto tra eguaglianza e libertà contrattuale.

Il primo capitolo sarà dedicato allora al principio di eguaglianza, con la consapevolezza che lo stesso risulterebbe svuotato di significato laddove venisse

circoscritto alla sola assenza di discriminazione nei confronti delle disposizioni normative. Tale considerazione assume particolare rilievo se si considera che, nell'attuale epoca storica, sempre più spesso il mercato, con le sue logiche, tende a prendere il posto degli apparati statali nella determinazione dell'accesso ai diritti sociali e ai beni che li soddisfano. La questione che si pone, allora, è se il principio di eguaglianza faccia sorgere solo un dovere dello Stato e degli enti pubblici di predisporre interventi positivi, o se abbia anche una valenza precettiva nei rapporti tra privati, se costituisca cioè una regola di condotta anche per questi ultimi ed eventualmente in quali forme.

Attraverso un'analisi giurisprudenziale e normativa si cercherà pertanto di indagare come tale principio ha trovato affermazione nell'ambito del diritto civile italiano e nell'ordinamento europeo e in quale rapporto si pone con il divieto di discriminazione. Se nelle sue prime formulazioni quest'ultimo è stato letto come specificazione e rafforzamento del principio di eguaglianza formale, al quale avrebbe assicurato praticità e concretezza, lo stesso tende oggi ad acquisire autonomia concettuale e giuridica, assumendo un ruolo significativo anche nelle relazioni private e quindi anche nel diritto dei contratti.

Alla luce di tali considerazioni, il terzo capitolo sarà dedicato alla libertà contrattuale, al fine di analizzare i limiti che la caratterizzano e comprendere se i principi anzidetti abbiano avuto un'incidenza sulla stessa.

A tal proposito, particolarmente interessante sarà considerare da un lato la teoria dell'abuso del diritto, per verificare se e quando si configuri un abuso della libertà contrattuale, e dall'altro la figura del contratto imposto, nella forma degli obblighi a contrarre.

Infine, si potranno trarre delle conclusioni sull'incidenza della discriminazione nelle relazioni contrattuali tra soggetti privati.

Quest'ultima è sempre stata oggetto di attenta considerazione nella disciplina delle regole di mercato, posto che la disparità di trattamento può costituire una disfunzione dell'equilibrio cui le stesse auspicano e quindi la sua prevenzione rappresenta un corollario e non la negazione della libertà contrattuale. Porre il problema della discriminazione nelle relazioni economiche, del resto, non significa censurare ogni capriccio o inclinazione di per sé considerati, posto che



anche questi atteggiamenti trovano riconoscimento sotto le vesti della libertà contrattuale, ma verificare quando gli stessi siano lesivi di altri diritti ed eventualmente tali da integrare un abuso<sup>4</sup>.

Al tempo stesso, il fatto che la questione si sia originariamente posta nell'ambito delle dinamiche concorrenziali, tradizionalmente considerato come il regno dell'"individualismo", non deve indurre ad escludere che possa essere interpretata ed assumere rilievo anche in una prospettiva di "altruismo", di tutela dei diritti sociali. Tale approccio presuppone il superamento di due preconcetti: in primo luogo l'idea per cui il diritto privato sarebbe giuridico, razionale, scientifico ed individualista, mentre quello pubblico sarebbe politico, non razionale, discrezionale, altruista<sup>5</sup>; in secondo luogo la contrapposizione classica tra il diritto civile e il diritto regolatorio, l'uno a tutela della persona e l'altro a tutela del mercato<sup>6</sup>.

È proprio attraverso una lettura congiunta di tali declinazioni che sarà possibile l'analisi del fenomeno discriminatorio nel contratto.

---

<sup>4</sup> Cfr. R. Sacco, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto II*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, UTET, Torino, 2004, 311.

<sup>5</sup> D. Kennedy, *The Political Stakes in "Merely Technical" Issues of Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 2001, 26.

<sup>6</sup> Cfr. C. Osti, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, Giappichelli Editore, 2004.

# **CAPITOLO I: PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA E DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE**

## **1. Nella prassi: giurisprudenza a confronto**

Un'analisi giurisprudenziale condotta in relazione ai singoli fattori di esclusione e alle differenti tipologie contrattuali coinvolte sarà particolarmente utile al fine di tracciare i contorni della questione, individuare le fattispecie maggiormente interessate e, conseguentemente, la disciplina e le forme di tutela più idonee.

Si cercherà di mettere in luce i vari profili che, nell'ambito delle ipotesi di esclusione o trattamento differenziale, vengono in rilievo a seconda di chi pone in essere il comportamento, di chi e perché lo subisce e di quali diritti risultano lesi.

Una prima distinzione dovrà essere tracciata tra servizi offerti dalle pubbliche amministrazioni, anche in senso lato, e relazioni contrattuali intercorrenti tra privati. All'interno di questa prima classificazione, sarà poi possibile rilevare le specificità connesse alle singole qualità personali.

### **1.1. Prestazioni sociali e fenomeni di esclusione**

La politica socio-assistenziale rappresenta un terreno particolarmente ricco di spunti per analizzare i fenomeni di esclusione o trattamento differenziale.

In più occasioni, la giurisprudenza italiana ed europea si è dovuta confrontare con provvedimenti che, introducendo nel territorio di riferimento sussidi, ausili o benefici economici, ne precludeva l'accesso a determinati soggetti sulla base delle loro caratteristiche personali.

È stato registrato che il maggior numero dei casi di discriminazione riguarda proprio condotte poste in essere da pubbliche amministrazioni o da enti e soggetti di diritto privato cui fanno capo finalità pubbliche. Se la natura pubblicistica di chi agisce dovrebbe far presupporre il perseguimento di istanze quanto più generali, si riscontra invece con frequenza la presenza di un'egemonia culturale di interessi

particolari o localistici, in cui assume rilievo centrale la “tutela dell’identità di una comunità”<sup>7</sup>.

La normativa italiana di riferimento è la legge n. 328 del 2000 (Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali) che, attraverso misure volte a garantire la qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione e diritti di cittadinanza, intende prevenire, eliminare o ridurre condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio individuale e familiare, derivanti da inadeguatezza di reddito, difficoltà sociali e condizioni di non autonomia, in coerenza con gli articoli 2, 3 e 38 della Costituzione. L’intento di evitare disparità di trattamento, almeno sul piano della nazionalità, in relazione all’accesso alle prestazioni e ai servizi del sistema integrato di interventi e servizi sociali risulta con chiarezza dall’individuazione dei destinatari delle misure: “i cittadini italiani e, nel rispetto degli accordi internazionali, con le modalità e nei limiti definiti dalle leggi regionali, anche i cittadini di Stati appartenenti all’Unione europea ed i loro familiari, nonché gli stranieri, individuati ai sensi dell’articolo 41 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286. Ai profughi, agli stranieri ed agli apolidi sono garantite le misure di prima assistenza, di cui all’articolo 129, comma 1, lettera h), del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112” (art. 2).

In tale materia, poi, è intervenuta la Corte europea dei Diritti dell’Uomo, la quale ha chiarito che le misure di protezione sociale e le prestazioni assistenziali erogate dal singolo Stato membro devono risultare compatibili con le norme della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo. Più specificamente il riferimento è all’art. 14 e all’art. 1 del Protocollo 12°, laddove si afferma il divieto di discriminazioni, “in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l’origine nazionale o sociale, l’appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione”, nel godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla

---

<sup>7</sup> D. Maffei, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, in Nuove leggi civili commentate, 2015, 161 ss.; E. Giovanardi, *Bonus bebè, disparità di trattamento e “singolare” rimozione degli effetti discriminatori*, in *Il corriere del merito*, 2009, 629-632.

Convenzione o, più in generale, di ogni diritto previsto dalla legge o ad opera di qualsivoglia autorità<sup>8</sup>.

### **a. “Bonus bebè” e disparità di trattamento sulla base della nazionalità**

Con ordinanza del 21 novembre 2008, sulla scia di altri comuni italiani<sup>9</sup>, quello di Brescia ha istituito il cd. “bonus bebè”, un’erogazione *una tantum* di mille euro, riconosciuta per la nascita di bambini e volta al sostegno economico della famiglia e della natalità. La questione giurisprudenziale è sorta con riferimento ai presupposti per l’accesso al beneficio, posto che, oltre alla residenza, era richiesta la cittadinanza italiana di almeno uno dei genitori richiedenti.

Due coppie di genitori, estromessi dalla prestazione perché stranieri, e ASGI, Associazione Studi Giuridici sull’Immigrazione<sup>10</sup>, hanno deciso di presentare

---

<sup>8</sup> *Inter alios* Corte europea dei Diritti dell’Uomo, *Luczak c. Poland*, n. 77782/01, 27 novembre 2007, reperibile all’indirizzo: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83464>; Cfr. G. Tucci, *Principio di eguaglianza e discriminazione per nazionalità e cittadinanza: “bonus bebè” e razzismo “padano”*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2010, 692.

<sup>9</sup> Nel settembre 2007 il Comune di Tradate ha istituito il cd. “bonus bebè”. Tra i requisiti richiesti vi era la cittadinanza italiana di entrambi i genitori e la residenza di almeno uno dei due nello stesso comune da non meno di cinque anni. Il Tribunale di Milano, con ordinanza del 26 luglio 2010, ha riconosciuto il carattere discriminatorio della delibera e disposto la modifica della stessa nella parte in cui condizionava l’erogazione del *bonus bebè* alla cittadinanza italiana di entrambi i genitori, consentendo l’erogazione del contributo anche ai nuovi nati, figli di cittadini non italiani. (Trib. Milano, ordinanza, 26 luglio 2010, ined.). Successivamente, con ordinanza del 29 settembre 2010, il Tribunale di Milano ha respinto il reclamo nel frattempo proposto dal Comune, accogliendo invece quello incidentale delle associazioni ricorrenti e ordinando che l’assegno di natalità fosse erogato per ogni neonato iscritto all’anagrafe dal 2007, data di entrata in vigore della delibera impugnata. (Trib. Milano, ordinanza, 29 settembre 2010, ined.). Sorti analoghe hanno caratterizzato la vicenda del Comune di Palazzago che, istituendo un contributo economico per i neonati e i minori adottati, richiedeva il requisito della cittadinanza italiana. Anche in questo caso, il Tribunale di Bergamo ha dichiarato il regolamento discriminatorio e ordinato al Comune di erogare il contributo a prescindere dalla cittadinanza (Trib. Bergamo, ordinanza, 17 maggio 2010, ined.). Cfr. D. Maffei, *Discriminazione (diritto privato)*, in P. Grossi, E. Cheli, A. Falzea (a cura di), *Enciclopedia del Diritto. Annali*, Milano, Giuffrè Editore, 2011, 494-496.

<sup>10</sup> L’art. 5 del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215 riconosce la legittimazione ad agire “in forza di delega, rilasciata, a pena di nullità, per atto pubblico o scrittura privata autenticata, in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione, le associazioni e gli enti inseriti in un apposito elenco approvato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali e del Ministro per le pari opportunità ed individuati sulla base delle finalità programmatiche e della continuità dell’azione”. Al comma 3° è stabilito poi che le associazioni e gli enti, inseriti nell’elenco di cui al comma 1°, sono legittimati ad agire in giudizio senza bisogno di apposita delega nei casi di discriminazione collettiva, qualora non siano individuate in modo diretto ed immediato le persone lese dalla discriminazione. Nel caso di specie, l’individuazione delle persone

ricorso al Tribunale di Brescia sez. Lavoro, chiedendo che venisse accertato e dichiarato il carattere discriminatorio della delibera.

Tralasciando i pur rilevanti aspetti processuali che sono emersi nel corso della controversia, è significativo rilevare come il Giudice, chiarita l'irrelevanza della valenza politica della decisione adottata dal Comune, abbia dato esclusivamente importanza alla situazione di fatto. Si legge nell'ordinanza che l'estromissione degli stranieri residenti costituisce *ex se* una discriminazione, poiché "è comunque evidente che la suddetta determina in concreto una disparità di trattamento tra cittadino e straniero a svantaggio di quest'ultimo: ciò che conta è la sussistenza di un indiscutibile nesso causale tra l'atto e la lesione, tale da rendere inscindibile l'atto e l'evento".

L'Autorità giudiziaria, pertanto, ha riconosciuto il carattere discriminatorio oggettivo del comportamento denunciato, pur escludendo che l'Ente fosse animato da una volontà dolosa.

Tra l'altro, è stato escluso che potesse configurarsi una giustificazione ai sensi dell'art. 3 comma 4 del D. lgs. n. 215 del 2003, con cui è stata data attuazione alla direttiva 2000/43/CE. Secondo quest'ultima disposizione, non rientrano nel novero degli atti discriminatori "quelle differenze di trattamento che, pur risultando indirettamente discriminatorie, siano giustificate oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari". Invocando il requisito di ragionevolezza, il Tribunale di Brescia ha confermato la natura discriminatoria della delibera anche alla luce di tale previsione normativa, ritenendo che il beneficio economico in questione non potesse essere considerato un mezzo "appropriato e necessario" per agevolare la natalità dei cittadini italiani. Con ordinanza del 26 gennaio 2009, pertanto, il Comune è stato condannato all'eliminazione della discriminazione e dei suoi effetti, a riconoscere il beneficio agli stranieri che ne avessero fatto richiesta e fossero stati in possesso dei requisiti ulteriori, diversi dalla cittadinanza, nonché alla pubblicazione dell'ordinanza su

---

lese dal provvedimento comunale non poteva essere ricavata direttamente dalla delibera, ma richiedeva una complessa attività di consultazione dei registri anagrafici del Comune.

uno dei quotidiani a diffusione nazionale<sup>11</sup>. Decisione questa confermata anche in sede di reclamo con l'ordinanza del 20 febbraio 2009<sup>12</sup>.

La vicenda, tuttavia, ha avuto un ulteriore seguito a fronte della peculiare scelta del Comune in merito alla rimozione degli effetti.

Con successiva delibera, infatti, il Comune, invece di estendere il beneficio anche agli stranieri, ha revocato per tutti la precedente delibera istitutiva del “bonus bebè”, adducendo come giustificazione il fatto che, dovendo riconoscere il beneficio a tutti gli stranieri in possesso dei requisiti richiesti, non avrebbe potuto attuarlo con l'originaria finalità di “sostegno alla natalità delle famiglie di cittadinanza italiana”. In proposito, la difesa dell'Ente ha rilevato che, a fronte dell'ordinanza del 29 gennaio, l'unico onere a suo carico fosse la rimozione della disparità, venuta meno proprio con la revoca *in toto* della deliberazione.

Nuovamente adito ex art. 44 T.U., il Tribunale di Brescia<sup>13</sup> ha sottolineato come la nozione di discriminazione contenuta nell'art. 2 del Decreto Legislativo 215 del 2003 debba essere interpretata nel senso che “la disciplina in materia di parità di trattamento mira a tutelare non solo i diritti soggettivi già costituiti e consolidati nel patrimonio del singolo, ma anche situazioni soggettive funzionali e strumentali al loro esercizio, alla loro acquisizione o alla rimozione di ostacoli al conseguimento degli stessi”. Pertanto, la tutela antidiscriminatoria deve ritenersi funzionale alle “situazioni di impossibilità, di acquistare o godere di diritti soggettivi, prestazioni o servizi in ragione di contegni o iniziative assunti dal privato, ovvero della pubblica amministrazione nell'esercizio di proprie prerogative (...)”.

Considerati non esaustivi gli argomenti che il Comune ha presentato a propria difesa, il Tribunale di Brescia ha rilevato il carattere puramente “ritorsivo” della condotta dell'Ente che, privando di effetto o comunque neutralizzando “ogni iniziativa tesa al ripristino della parità di trattamento”, avrebbe cercato unicamente di eludere, in modo del tutto indebito, il comando giudiziale.

---

<sup>11</sup> Trib. Brescia, ordinanza, 26 gennaio 2009, reperibile all'indirizzo: [http://www.pariopportunita.gov.it/images/stories/documenti\\_vari/UserFiles/IL\\_Dipartimento/UNAR/Giurisprudenza/ordinanza\\_\\_26\\_01\\_09.pdf](http://www.pariopportunita.gov.it/images/stories/documenti_vari/UserFiles/IL_Dipartimento/UNAR/Giurisprudenza/ordinanza__26_01_09.pdf).

<sup>12</sup> Trib. Brescia, ordinanza, 20 febbraio 2009, in *Corriere del merito*, 2009, 627.

<sup>13</sup> Trib. Brescia, ordinanza, 12 marzo 2009.

Ne è conseguita l'affermazione del carattere discriminatorio della revoca, ai sensi dell'art. 4-*bis* del decreto legislativo n. 215 del 2003, laddove prevede che la discriminazione consiste in una "reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere la parità di trattamento".

Il Giudice ha pertanto emesso un nuovo ordine di inibizione della condotta discriminatoria, obbligando il Comune a porre in essere un programma di sostegno all'erogazione del beneficio economico anche agli stranieri che ne avessero fatto richiesta e fossero risultati in possesso degli ulteriori requisiti previsti.

## **b. Trasporti pubblici e stranieri**

Con la Sentenza n. 432 del 2 dicembre 2005<sup>14</sup>, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8 comma 2 della legge della Regione Lombardia n. 1 del 2002, avente ad oggetto "Interventi per lo sviluppo del trasporto pubblico regionale e locale", così come modificato dall'art. 5, comma 7, della Legge regionale n. 25 del 2003 (Interventi in materia di trasporto pubblico locale e di viabilità). Tale disposizione escludeva gli stranieri residenti nella Regione Lombardia dal novero degli aventi diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea, riconosciuto alle persone totalmente invalide per cause civili.

La controversia è sorta nel momento in cui, a fronte della delibera della Giunta regionale del 12 marzo 2004, n. 7/16747, un cittadino extracomunitario, riconosciuto invalido totale, con permanente inabilità lavorativa e costretto a recarsi settimanalmente in ospedale con i mezzi pubblici, si è visto privare della "tessera di libera circolazione" di cui era stato in possesso fino a quel momento.

Alla luce della nuova disciplina, gli invalidi civili potevano usufruire nel territorio regionale del diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea solo a fronte della duplice condizione del possesso della cittadinanza italiana e della residenza in Lombardia.

---

<sup>14</sup> Corte costituzionale, 2 dicembre 2005, n. 432, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, 4657.

Il cittadino interessato, congiuntamente alla CGIL regionale, ha deciso di proporre ricorso nei confronti della Regione Lombardia, chiedendo l'annullamento della delibera.

Il Giudice investito del giudizio ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, comma 2, della legge regionale, come modificata, in relazione a quattro profili.

In primo luogo, il Tribunale rimettente riteneva che la norma impugnata fosse in contrasto con il principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost., laddove introduceva “un trattamento differenziato rispetto a situazioni che non presentano elementi di diversità rilevanti per l'ordinamento, venendo comunque in rilievo misure di sostegno a favore di individui gravemente invalidi”.

In secondo luogo, si rilevava che la Regione, escludendo gli stranieri dall'attribuzione di un beneficio, riconosciuto in ragione di specifiche condizioni di salute, contravveniva all'art. 32 Cost.. Si sosteneva infatti che quest'ultimo, “qualificando diritto fondamentale dell'individuo il benessere psicofisico, presuppone una titolarità di esso “priva di distinzioni”, accedendo così ad una nozione di “individuo” indubbiamente comprensiva anche dello straniero residente in Italia, poiché la salute costituisce un bene primario universalmente riconosciuto”.

Il Giudice *a quo*, poi, sosteneva esservi un contrasto con l'art. 35 c. 1 della Costituzione, essendo il beneficio “anche finalizzato alla tutela di quanti si trovano in difficoltà rispetto al lavoro per favorirne il recupero delle energie psicofisiche”.

Infine, veniva sollevata la violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera a) della Costituzione, laddove stabilisce la competenza legislativa esclusiva dello Stato con riferimento alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale e per la statuizione dei principi fondamentali in materia di tutela della salute.

Particolarmente rilevante ai fini del tema oggetto d'analisi è stata la decisione della Corte con riferimento alle prime due censure.



Il Giudice delle leggi ha riconosciuto con la difesa della Regione che la *ratio* della disposizione impugnata debba essere rintracciata in finalità eminentemente sociali “eccedenti i limiti dell’essenziale, sia sul versante del diritto alla salute, sia su quello delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”; la stessa ha tuttavia sottolineato come ciò non escluda che la selezione dei beneficiari debba sempre e comunque avvenire nel rispetto del principio di ragionevolezza. Il legislatore può prevedere dei regimi differenziali, ma solo laddove sussista una causa che non sia palesemente irrazionale o arbitraria. Nel caso di specie, ha affermato la Corte, “distinguere (...) cittadini italiani da cittadini di paesi stranieri - comunitari o extracomunitari - ovvero apolidi, finisce per introdurre nel tessuto normativo elementi di distinzione del tutto arbitrari, non essendovi alcuna ragionevole correlabilità tra quella condizione positiva di ammissibilità al beneficio (la cittadinanza italiana, appunto) e gli altri peculiari requisiti (invalidità al 100% e residenza) che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la *ratio* e la funzione”.

Pur concludendo che alla base della prestazione in oggetto non possa rinvenirsi la salvaguardia del diritto alla salute, degno di nota è il richiamo costante che la Corte ha fatto alla propria sentenza n. 252 del 2001 per affermare che la Costituzione tutela tale diritto “come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l’attuazione di quel diritto”. Da ciò deriva la conclusione che “questo “nucleo irriducibile” di tutela della salute quale diritto della persona deve perciò essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l’ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso”. Con riferimento ai diritti inviolabili dell’uomo, si è sottolineato nella pronuncia in esame, “il principio costituzionale di uguaglianza non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero”.

Come osservato da alcuni Autori, questa decisione si allinea a quelle in cui, attraverso una lettura combinata dell’art. 3 con gli artt. 2 e 10 della Costituzione, è stata recepita una nozione del principio di eguaglianza inclusiva della condizione dei non cittadini. Ciò non significa che la Corte abbia affermato un’assoluta parità

di trattamento, che vale solo per i diritti inviolabili; la regola generale resta quella per cui a situazioni eguali corrispondono trattamenti uguali, e a situazioni diverse trattamenti diversi, salvo la necessità di valutare la diversità o l'omogeneità tra le situazioni e quindi la scelta delle modalità di trattamento secondo il criterio della ragionevolezza<sup>15</sup>.

### **c. Accesso delle coppie omosessuali al “contributo prima casa”**

L'ultima delle fattispecie considerate in questa prima breve casistica ha ad oggetto il trattamento contraddittorio che una coppia ha subito in ragione del proprio orientamento sessuale.

Due ragazzi omosessuali conviventi hanno ottenuto dal Comune di Pordenone il riconoscimento di “Famiglia anagrafica basata su vincolo affettivo”, come previsto dall'art. 4 del D. lgs. 223 del 1989.

Decisi ad acquistare una casa, i due hanno presentato la richiesta per accedere al cd. “contributo prima casa”, una misura di edilizia agevolata prevista dalla legge regionale n. 6 del 2003. Si tratta di un contributo in conto capitale del valore massimo di € 17.800 che la Regione Friuli Venezia Giulia concede per l'acquisto della prima casa o di lavori di ristrutturazione o recupero di alloggi situati nel territorio regionale.

Tuttavia, la Banca Mediocredito del Friuli Venezia Giulia, titolare della convenzione con la Regione per l'erogazione dei contributi, ha respinto la loro domanda sulla base dell'art. 8 del Regolamento di esecuzione dell'art. 5 della legge regionale, ai sensi del quale possono presentare domanda “solo persone maggiorenni in forma singola oppure associata qualora si tratti di coniugi o di conviventi *more uxorio*, ovvero di coppia intenzionata a contrarre matrimonio o a convivere *more uxorio*”.

Ad avviso della banca, una coppia omosessuale non è configurabile come coppia *more uxorio* e pertanto i due giovani, che ai sensi del citato art. 8 avrebbero potuto

---

<sup>15</sup> Cfr. B. Nicotra, *Diritto degli immigrati alla non discriminazione nell'accesso alle prestazioni di assistenza sociale*, reperibile all'indirizzo: <http://www.pariopportunita.gov.it/index.php/giurisprudenza/195-cittadinanza-e-diritti-sentenza-della-corte-costituzionale-n-432-del-2-dicembre-2005>; G. Tucci, *Principio di eguaglianza e discriminazione per nazionalità e cittadinanza: “bonus bebè” e razzismo “padano”*, cit., 688-690.

accedere al credito anche singolarmente, non sono stati invece ritenuti in possesso dei requisiti minimi richiesti come coppia.

Convinti che ci fosse stata un'interpretazione discriminatoria della normativa, i due ragazzi si sono messi in contatto con l'Arcigay Friuli che ha affidato la pratica al Presidente della Commissione Pari Opportunità dell'Ordine degli avvocati di Pordenone. Dopo il tentativo di risolvere la vicenda in via stragiudiziale e il ripetuto rifiuto di configurare la coppia omosessuale come *more uxorio*, Arcigay Friuli ha deciso di impugnare il provvedimento della Banca<sup>16</sup>.

La vicenda, tuttavia, sembra aver avuto un esito anticipato. Infatti, dopo che nel parere dell'Avvocatura della Regione è stato sostenuto che l'esclusione di coppie gay conviventi può essere considerata “discriminatoria e lesiva del diritto alla vita familiare”, la Giunta regionale ha deciso di rivedere il Regolamento concernente le agevolazioni per l'edilizia agevolata, al fine di eliminare i possibili dubbi interpretativi in favore delle coppie omosessuali<sup>17</sup>.

Del resto, numerose sentenze europee ed italiane hanno ormai affermato non solo l'equiparabilità del vincolo affettivo che lega due uomini o due donne alle convivenze *more uxorio*, ma hanno riconosciuto più in generale alle coppie omosessuali la possibilità di beneficiare degli stessi diritti delle coppie coniugate. La Corte di Cassazione, in particolare, ha di recente affermato che, proprio perché in Italia non possono contrarre matrimonio, né far valere il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, “i componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, (...) quali titolari del diritto alla “vita familiare” e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di “specifiche situazioni”, il

---

<sup>16</sup> Cfr. P. Berizzi, *Niente soldi per la casa a coppia gay: “non siete come marito e moglie”*, Archivio, La Repubblica, 14.02.2013, reperibile all'indirizzo: [http://www.repubblica.it/cronaca/2013/02/14/news/niente\\_soldi\\_per\\_la\\_casa\\_a\\_coppia\\_gay\\_non\\_siete\\_come\\_marito\\_e\\_moglie-52588532/](http://www.repubblica.it/cronaca/2013/02/14/news/niente_soldi_per_la_casa_a_coppia_gay_non_siete_come_marito_e_moglie-52588532/) (consultato il giorno 08 2013, 10)

<sup>17</sup> *Diritti civili: la Giunta decide una modifica al regolamento sui contributi prima casa*, reperibile all'indirizzo: <http://www.regione.fvg.it/rafvfg/comunicati/comunicato.act?dir=rafvfg/cms/RAFVG/notiziedallagiunta&nm=20130517150304005>.

diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata”<sup>18</sup>.

Sulla base di tali considerazioni, non può non apparire illegittima una previsione che individua sia le coppie coniugate che quelle *more uxorio* come destinatarie di un determinato contributo e al tempo stesso escluda quelle omosessuali.

### **c.1. Orientamento sessuale tra vecchie e nuove percezioni**

Al fine di meglio comprendere la vicenda analizzata e, in particolare, se e quando possa parlarsi di discriminazione delle coppie *same-sex* rispetto ai conviventi eterosessuali, appare interessante un’analisi del mutato e mutevole panorama nazionale ed europeo sul tema.

Sembrano infinitamente lontani i tempi in cui Foucault, analizzando la capacità conformistica dei poteri, parlava degli omosessuali nella categoria degli “anormali”<sup>19</sup>, eppure, solo nel 1990 l’omosessualità è stata definita dall’Organizzazione Mondiale della Sanità come “variante naturale del comportamento umano”, escludendola così dall’ambito delle malattie mentali.

Tale riconsiderazione è stata particolarmente rilevante al fine di riconoscere l’orientamento sessuale come libera e legittima condotta personale, non più suscettibile di integrare il reato di sodomia. Fino agli anni ’70 diversi Paesi, anche in Europa, punivano le relazioni tra persone dello stesso sesso, individuando in ciò un’esigenza di protezione della salute e della morale pubblica, a fronte della quale il rispetto della vita privata poteva subire una legittima limitazione; ancora oggi alcuni stati, quali il Senegal o la Tunisia, considerano l’omosessualità un reato<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 1498.

<sup>19</sup> M. Foucault, *Gli anormali. Corso al Collège de France (1974-1975)*, Milano, Feltrinelli, 2009.

<sup>20</sup> Sin dal Codice Zanardelli, in Italia, come nel resto dell’Occidente, non esiste più il reato di sodomia; tuttavia, la Corte di Cassazione ha dovuto affrontare in più occasioni la questione della rilevanza penale dell’orientamento sessuale, con riferimento in particolare al divieto di espulsione di chi è perseguitato penalmente nel proprio Paese d’origine. È interessante notare che se da un lato la Corte ha sostenuto che ai fini della configurazione della persecuzione sia sufficiente “la semplice previsione del comportamento che si intende contrastare come reato punibile con la reclusione”, dall’altro ha ritenuto che non sussista alcun pericolo quando l’Ordinamento di provenienza punisce solamente l’ostentazione del comportamento omosessuale non conforme al sentimento pubblico e non anche il semplice e solo *status*. Vd. Cass., 25 luglio 2007, n. 16417, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2007, 126; Cfr. M. Gattuso, *Orientamento sessuale, famiglia, eguaglianza*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, 586 ss.

Se nel settore penale la questione dell'omosessualità è stata affrontata principalmente sotto il profilo della libertà sessuale, in ambito costituzionale e civilistico il tema è stato declinato soprattutto nel senso del principio di eguaglianza, individuando tale "condizione personale" tra quelle che non possono essere poste a fondamento di comportamenti discriminatori. Si registra in tali settori il passaggio da un trattamento giuridico dell'omosessualità come "condizione libera" a quello di "condizione protetta"<sup>21</sup>.

La questione ha assunto particolare rilievo in relazione al riconoscimento giuridico della coppia *same-sex*, soprattutto sull'onda dell'influenza europea. Forte è da tempo la sollecitazione da parte del Parlamento europeo affinché i singoli Stati membri adottino provvedimenti volti ad escludere ogni causa di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e diretti altresì a dare riconoscimento giuridico alle convivenze tra persone dello stesso sesso<sup>22</sup>.

Se nell'ambito delle coppie eterosessuali si può registrare la tendenza diffusa a una richiesta di "deregolamentazione", che vede il contratto occupare il posto dello *status* in una prospettiva di valorizzazione dell'autonomia e della libertà di gestione della vita in comune<sup>23</sup>, le coppie *same-sex* esprimono un'opposta esigenza di riconoscimento normativo<sup>24</sup>. Tale fenomeno deve esser letto proprio dal punto di vista di un'istanza egualitaria: solo se si riconosce a tutti la medesima libertà di scegliere tra un rapporto regolamentato più o meno incisivamente e uno lasciato all'autonomia delle parti, è possibile affermare un'effettiva parità di trattamento. In secondo luogo, occorre considerare l'insieme di diritti, obblighi e

---

<sup>21</sup> Cfr. M. Gattuso, *Orientamento sessuale, famiglia, eguaglianza*, cit., 588-589.

<sup>22</sup> Sin dall'inizio degli anni Novanta, il Parlamento europeo ha mostrato una particolare attenzione alla questione: nel 1994 ha invitato gli Stati membri ad adottare provvedimenti idonei a rimuovere ogni causa di discriminazione nei confronti delle coppie omosessuali, con riferimento tanto al matrimonio, quanto alla genitorialità; in una Risoluzione del 1997 ha parlato esplicitamente di discriminazione riguardo al "mancato riconoscimento giuridico delle coppie dello stesso sesso nell'intera Unione"; con una successiva Risoluzione del 14 gennaio 2009, in tema di diritti fondamentali nell'Unione europea, ha sollecitato poi gli Stati membri ad adottare normative di legge volte ad eliminare le discriminazioni cui sono soggette determinate coppie in ragione del proprio orientamento sessuale, esortando altresì la Commissione a formulare proposte che assicurino il principio del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali.

<sup>23</sup> M. R. Marella, *Il diritto di famiglia tra status e contratto: il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, in E. Moscati, A. Zoppini (a cura di), *I contratti di convivenza*, Torino, Giappichelli Editore, 2002, 72 ss.

<sup>24</sup> Cfr. N. Pignatelli, *La convivenza "senza matrimonio" nella giurisprudenza costituzionale*, in C. Calvieri (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario di Perugia del 18 marzo 2005*, Torino, Giappichelli, 2006, 186 ss.

garanzie che ancora si fanno discendere dallo *status* di coniuge e che non trovano altrimenti riconoscimento nel diritto<sup>25</sup>; senza trascurare poi la capacità legittimante e “*dignifying*” dell’essere dentro la famiglia convenzionale, condizione spesso necessaria per favorire un processo di accettazione sociale<sup>26</sup>.

Nell’ambito del panorama europeo la situazione appare ancora molto variegata; la maggioranza dei Paesi ha accolto le istanze di giuridificazione delle coppie gay, alcuni prevedendo la possibilità di contrarre matrimonio a prescindere dal sesso dei nubendi<sup>27</sup>, altri introducendo forme di riconoscimento del valore giuridico delle convivenze omosessuali alternative al matrimonio<sup>28</sup>.

In Italia il processo è ancora in itinere: fatta eccezione per la regolamentazione di settori specifici, al momento non è ancora in vigore una disciplina volta a dare riconoscimento e tutela giuridica a tali rapporti<sup>29</sup>; tuttavia, negli ultimi anni sono stati compiuti passi molto significativi, grazie soprattutto al fondamentale impulso della giurisprudenza<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> Si tratta delle rilevanti conseguenze sul piano fiscale, previdenziale, assicurativo, successorio o risarcitorio, nonché di tutte quelle prerogative che in varie circostanze, relative ad esempio all’assistenza o alle decisioni sulla salute, spettano al coniuge. Sebbene nel corso degli anni vi siano stati numerosi riconoscimenti a favore dei conviventi, non sembra potersi ancora affermare che agli stessi siano riconosciuti i medesimi benefici connessi al matrimonio.

<sup>26</sup> N. Pignatelli, *La convivenza “senza matrimonio” nella giurisprudenza costituzionale*, cit.; M. R. Marella, G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Bari, Editori Laterza, 2014.

<sup>27</sup> Olanda (2001), Belgio (2003), Spagna (2005), Norvegia (2009), Svezia (2009), Portogallo (2010), Islanda (2010), Danimarca (2012), Francia (2013), Regno Unito (2014), Lussemburgo (2015), Slovenia (2015), Irlanda (2015), Finlandia (dal 2017).

<sup>28</sup> Germania (2001), Repubblica Ceca (2006), Svizzera (2007), Ungheria (2009), Austria (2010), Liechtenstein (2011), Croazia (2014), Malta (2014), Estonia (2014), Cipro (2015).

<sup>29</sup> Ad oggi è ancora in corso di esame in commissione il Ddl Crinnà, recante la “Disciplina delle coppie di fatto e delle unioni civili”. Quest’ultimo dovrebbe disciplinare le relazioni intercorrenti anche tra persone dello stesso sesso, attraverso il rinvio non all’istituto *tout court*, ma a singole norme in materia di matrimonio. La scelta sembra quella di riservare l’istituto matrimoniale alle sole coppie di sesso diverso, prevedendo per le altre una disciplina diversa per nome, natura e presupposti. Cfr. M. Gattuso, *Ecco il nuovo testo sulle Unioni Civili*, in *Articolo29*, 17 marzo 2015, reperibile all’indirizzo: <http://www.articolo29.it/2015/testo-sulle-unioni-civili/>.

<sup>30</sup> La Corte europea dei Diritti dell’Uomo, pur riservandosi la competenza a tornare in futuro sulla questione, con la sentenza *Schalk e Kopf v. Austria* del 2010 ha affermato che, fin quando sul matrimonio omosessuale non sarà raggiunto un consenso generalizzato tra le legislazioni europee, non sarà possibile fissare uno standard di tutela comune e i singoli Stati potranno intervenire liberamente, secondo il canone del margine d’apprezzamento. Tuttavia, se da un lato la Corte ha affermato che l’art. 12 non prevede necessariamente il matrimonio tra persone di sesso differente, dall’altro ha rilevato che i rapporti tra conviventi dello stesso sesso non attengono al solo ambito della vita privata, ma anche a quello della vita familiare, ai sensi dell’art. 8 e sarebbe ormai *artificiale* distinguere tra famiglie omosessuali ed eterosessuali. Corte europea dei Diritti dell’Uomo, *Schalk e Kopf v. Austria*, 24 giugno 2010, n. ric. 30141/04 in Nuova giurisprudenza

In questo percorso, un ruolo sicuramente significativo è stato assunto dalla questione del transessualismo che, trovando espresso riconoscimento legislativo a partire dal 1982, ha sollecitato un forte dibattito intorno al tema dell'identità sessuale. Degna di nota è in particolare la sentenza del 1985<sup>31</sup>, con la quale la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale degli artt. 1 e 5 della legge n. 164 del 1982, ha esplicitamente riconosciuto che l'identità sessuale del soggetto rappresenta "aspetto e fattore di svolgimento della personalità" e che pertanto "gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscerlo, per dovere di solidarietà sociale"<sup>32</sup>.

---

civile commentata, 2010, 1137. Cfr. G. Repetto, "Non perdere il proprio mondo". *Argomenti dei giudici e matrimonio "same sex" tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2010, 525 ss. Con specifico riferimento al territorio nazionale, merita attenzione la recente pronuncia della Corte di Strasburgo sul caso *Oliari e altri c. Italia*, strettamente conseguenziale a quella appena richiamata. A fronte della lamentata violazione della Convenzione EDU ad opera dell'Ordinamento italiano, la Corte europea dei Diritti dell'Uomo ha riconosciuto la fondatezza del ricorso con riferimento all'art. 8 CEDU e la manifesta infondatezza dello stesso con riferimento all'art. 12, sia singolarmente che in combinato disposto con l'art. 14 CEDU. Quanto al primo punto, i Giudici europei hanno affermato che dall'art. 8 non deriva solo una tutela contro le ingiustificate interferenze delle pubbliche amministrazioni, ma anche l'obbligo di adottare misure positive, volte a rendere effettivo il diritto al rispetto della vita familiare. Particolare attenzione viene prestata da un lato all'attuale situazione legislativa, amministrativa e giurisprudenziale dell'Italia e dall'altro alla progressiva diffusione tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa di normative volte a riconoscere le famiglie formate da persone dello stesso sesso. Quanto al primo profilo, viene evidenziata l'inidoneità degli strumenti giuridico-amministrativi attualmente a disposizione delle coppie *same-sex*, così come l'insufficienza degli interventi dei giudici nazionali. Alla luce di tali considerazioni, la Corte, pur escludendo che dagli artt. 12 e 14 possa ricavarsi un obbligo per gli Stati membri di introdurre il matrimonio per le coppie omosessuali, ha altresì condannato l'Italia per la mancanza di una disciplina che riconosca le unioni formate da persone dello stesso sesso. Interessante appare tra l'altro l'opinione concorrente di tre giudici, secondo i quali la responsabilità dell'Italia deriverebbe dal fatto di non aver dato seguito a quanto statuito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 138 del 2010 (*infra*). *Oliari e altri c. Italia*, 21 luglio 2015, nn. 18766/11 e 36030/11, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2015, 918. Cfr. C. Salvi, *Percorsi di diritto civile*, Morlacchi, Perugia, 2015, 650 ss.; L. Scaffidi Runchella, *Ultreya coppie same-sex! La Corte europea dei diritti umani sul caso Oliari e altri v. Italia*, in *Articolo29*, 3 agosto 2015, reperibile all'indirizzo: <http://www.articolo29.it/2015/ultreya-coppie-same-sex-corte-europea-dei-diritti-umani-caso-oliari-v-italia-2/>.

<sup>31</sup> Corte costituzionale, 24 maggio 1985, n. 161, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1985, 1173. Pochi anni prima, investita della questione di legittimità costituzionale degli artt. 165 e 167 Ord. St. civ., la stessa Corte aveva offerto un'interpretazione restrittiva dell'art. 2 Cost., escludendo la possibilità di annoverare tra i diritti inviolabili dell'uomo il diritto all'identità sessuale e ritenendo che "non esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti", Corte costituzionale, 26 luglio 1979, n. 98, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, 719.

<sup>32</sup> La pronuncia si caratterizza per un singolare atteggiamento nei confronti del transessualismo: se da un lato offre un nuovo concetto di identità sessuale, strettamente inerente a quello di identità personale, dall'altro fa trapelare una visione della transessualità come elemento di "diversità", come patologia da rimuovere, individuando nell'intervento chirurgico il necessario

Tuttavia, non si può non rilevare che il fenomeno dell'omosessualità pone maggiori difficoltà di accettazione e di "gestione" sul piano socio-giuridico rispetto al transessualismo. È sufficiente considerare a riguardo la disciplina italiana del matrimonio; la stessa è ormai pacificamente fruibile per chi ha mutato chirurgicamente il proprio sesso, ma non anche per coloro che esprimono la loro identità sessuale in modo differente dalla generalità eterosessuale sotto il "solo" profilo relazionale.

Se, infatti, il fenomeno transessuale può essere percepito come una condizione transitoria, in attesa del "necessario" mutamento, quella della persona gay scardina l'impianto uomo-donna in cui si inserisce l'istituto del matrimonio.

Ciò emerge con chiarezza dalla pronuncia del 2010 della Corte costituzionale<sup>33</sup>, la quale, configurando il transessualismo come *tertium comparationis*, ha affermato che "il riconoscimento del diritto di sposarsi a coloro che hanno cambiato sesso, quindi, costituisce semmai un argomento per confermare il carattere eterosessuale del matrimonio, quale previsto nel vigente ordinamento".

In tale circostanza la Corte costituzionale italiana era stata chiamata a pronunciarsi per la prima volta sulla legittimità costituzionale della disciplina del matrimonio civile, con riferimento all'esclusione dallo stesso delle coppie omosessuali.

Prima di verificare la portata della pronuncia, è necessario considerare il contesto delle fonti sovranazionali dal quale la stessa è profondamente influenzata.

La Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (CEDU) del 1950 e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea garantiscono il diritto al rispetto della vita privata e familiare (rispettivamente agli artt. 8 e 7), offrendo tuttavia una diversa considerazione della famiglia e del matrimonio. L'art. 12 della CEDU., nell'individuare i titolari del diritto di sposarsi e fondare una famiglia, fa riferimento esplicito a uomini e

---

strumento volto a far coincidere soma e psiche. Con riferimento alla legge n. 164 del 1982, si afferma che essa "si è voluta dare carico anche di questi "diversi", producendo una normativa intesa a consentire l'affermazione della loro personalità e in tal modo aiutarli a superare l'isolamento, l'ostilità e l'umiliazione che troppo spesso li accompagnano nella loro esistenza" e, più avanti, che la stessa "si colloca, dunque, nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale".

<sup>33</sup> Corte costituzionale, 15 aprile 2010, n. 138, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 1604-1628.



donne; l'art. 9 della Carta dell'Unione europea, invece, omette ogni indicazione sul sesso e sembra sciogliere, almeno secondo l'interpretazione prevalente, il legame matrimonio-famiglia, configurando due differenti diritti, secondo una prospettiva di pluralità<sup>34</sup>.

Nella pronuncia del 2010, la Corte rinuncia ad intervenire in modo veramente incisivo sul punto. Da un lato, ed è qui il principale pregio della pronuncia, riconosce l'unione omosessuale come "formazione sociale" ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, ritenendo che debba intendersi come *tale* "ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico" ed estende così che alla stessa "il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri". Dall'altro lato, la Corte esclude che tale esito possa essere raggiunto attraverso la mera equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio<sup>35</sup>. A tal fine, demanda al Parlamento il compito di intervenire sul punto, nell'esercizio della sua discrezionalità, pur riservandosi un margine d'azione laddove la sussistenza di specifiche situazioni renda necessario un trattamento omogeneo tra la coppia omosessuale e quella sposata, secondo un criterio di ragionevolezza<sup>36</sup>.

Pur rilevando che le nozioni di famiglia e matrimonio hanno un carattere duttile e devono essere interpretate in relazione alle trasformazioni dell'ordinamento, della

---

<sup>34</sup> Cfr. P. Rescigno, *Il matrimonio "same-sex" al giudizio di tre Corti*, in *Corriere giuridico*, 2012, 861 ss.

<sup>35</sup> Già consolidato in giurisprudenza deve invece ritenersi l'equiparazione tra convivenze *more uxorio* eterosessuali ed omosessuali. *Inter alios*, Trib. Milano, 15 dicembre 2009, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2010, 866. Tale pronuncia ha riconosciuto al convivente omosessuale il diritto all'assistenza della Cassa Mutua Nazionale, prevista per il personale delle banche di credito cooperativo, i loro familiari fiscalmente a carico e il convivente *more uxorio*.

<sup>36</sup> Con il decreto del 23 luglio 2010, il Tribunale di Varese si è pronunciato sulla legittimità del rifiuto dell'ufficiale di Stato civile di procedere alle pubblicazioni di matrimonio di una coppia omosessuale. Il Tribunale ha evidenziato il mutato quadro giurisprudenziale nazionale e sovranazionale, nell'ambito del quale "la coppia omosessuale è una formazione sociale a rilevanza costituzionale, inquadrabile nel concetto europeo di "famiglia" come recepito dalla CEDU". Se da un lato questo non comporta l'automatica estensione dell'istituto del matrimonio alle coppie omosessuali, essendo necessario a tal fine un apposito intervento legislativo, si ricava dall'altro la possibilità di riconoscere alle stesse i "diritti previsti per le coppie coniugate dove emerga la necessità di un trattamento omogeneo". Sottolinea il Tribunale che "i diritti umani più che diritti veri e propri sono "processi" ovvero il risultato delle lotte civili, sociali e giudiziarie che gli esseri umani affrontano al fine di avere accesso ai beni primari per la loro vita".

società e dei costumi, la Corte esclude che l'attività interpretativa possa spingersi al punto di includere nell'art. 29 fenomeni, quali quello dell'omosessualità, che non erano stati presi in considerazione al momento della sua scrittura.

Secondo tale ricostruzione, allora, non sembra sussistere alcuna forma di discriminazione nei confronti della relazione omosessuale, essendo questa diversa dalla coppia formata da un uomo e una donna che avevano in mente i costituenti nel 1948, i quali, ispirandosi alla nozione di matrimonio contemplata dal codice del 1942, avevano pensato allo stesso come ad un istituto, almeno potenzialmente, preordinato alla procreazione.

Con riferimento alla CEDU e alla Carta di Nizza, la Corte osserva che, sebbene esse assicurino il diritto al matrimonio e sanciscano il divieto di ogni discriminazione, le stesse rimettono alle singole legislazioni nazionali la definizione delle modalità di applicazione, senza imporre la concessione dello *status* matrimoniale a persone del medesimo sesso: anche in questa prospettiva si esclude allora la sussistenza di una presunta discriminazione.

Il ragionamento della Corte costituzionale ha trovato conferma nella pronuncia della Corte di Cassazione del 2012<sup>37</sup>. In questo caso la vicenda ha tratto origine dal rifiuto opposto da un ufficiale di stato civile di trascrivere il matrimonio che due cittadini italiani dello stesso sesso avevano contratto all'Aja, ai sensi della legge olandese. La negazione della richiesta era stata fondata sull'art. 18 del d.p.r. n. 396 del 3 novembre 2000, che prevede possa essere esclusa la trascrizione degli atti formati all'estero laddove emerga un profilo di contrarietà all'ordine pubblico. Il Tribunale di Latina, chiamato a pronunciarsi in primo grado sulla questione, aveva ritenuto legittimo il rifiuto di trascrivere l'atto di matrimonio sulla base del richiamato art. 18 e aveva rilevato altresì che “allo stato dell'evoluzione della società italiana, il matrimonio tra persone dello stesso sesso contrasta con la storia, la tradizione, la cultura della comunità italiana”<sup>38</sup>.

È proprio questa concezione cristallizzata e, in particolare, tale percezione di ordine pubblico che vengono, almeno in parte, scardinate dalla Corte, la quale

---

<sup>37</sup> Cass., 15 marzo 2012, n. 4184. Recentemente confermata con riferimento al rifiuto di procedere alle pubblicazioni di matrimonio da Cass., 9 febbraio 2015, n. 2400, in Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2015, 649.

<sup>38</sup> Trib. Latina (decr.), 10 giugno 2005, Foro italiano, 2006, 287.

richiama e si rifà alle più recenti pronunce della giurisprudenza europea, cui riconosce l'effetto di aver fatto “cadere il postulato implicito, il requisito minimo indispensabile a fondamento dell'istituto matrimoniale, costituito dalla diversità di sesso dei nubendi e, conseguentemente, nell'aver ritenuto incluso nell'art. 12 della CEDU anche il diritto al matrimonio omosessuale”<sup>39</sup>.

La Corte di Cassazione sottolinea che l'art. 12 della Convenzione europea deve ritenersi parte del nostro Ordinamento ai sensi dell'art. 117 della Costituzione e che tuttavia spetta alle leggi nazionali stabilire se consentire o meno i matrimoni omosessuali. La stessa conclude pertanto che l'ufficiale di stato civile dovrà rifiutare la trascrizione in Italia di un matrimonio contratto all'estero da due persone dello stesso sesso, perché tale matrimonio non è riconosciuto dalla legislazione italiana; tuttavia, non sarà più possibile sostenere come in passato che tali matrimoni siano inesistenti o invalidi, in quanto lesivi dell'ordine pubblico, ma dovrà essere affermata la differente conseguenza dell'inidoneità a produrre effetti nell'Ordinamento giuridico interno.

La Corte offre un'interpretazione evolutiva dell'art. 12 della CEDU, alla luce del divieto di discriminazione ex art. 14, del diritto al rispetto della vita privata e familiare ex art. 8 e del diritto previsto dall'art. 9 di sposarsi e costituire una famiglia. Sulla base di tale complesso normativo perviene alla conclusione per cui, sebbene l'art. 12 faccia esplicito riferimento al diritto degli uomini e delle donne di contrarre matrimonio, la differenza di sesso dei nubendi non assume carattere preclusivo.

Riprendendo poi il ragionamento della pronuncia della Corte costituzionale sull'art. 2 Cost., viene affermato che, seppure tale previsione normativa non consente di riconoscere il diritto al matrimonio di persone dello stesso sesso, né impone al legislatore di estendere il matrimonio alle coppie omosessuali, dalla stessa deriva “il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia”. Ne consegue allora che i componenti della coppia omosessuale hanno diritto di chiedere “a tutela di specifiche situazioni” e “in relazione a ipotesi particolari” un “trattamento omogeneo” a quello assicurato dalla legge alla coppia

---

<sup>39</sup> Il riferimento è alla sentenza *Schalk e Kopf v. Austria*, dec. del 24.06.2010, n. ric. 30141/04.

coniugata. Le coppie omosessuali legate da una stabile relazione di fatto, pur non avendo nell'ordinamento italiano il diritto di sposarsi, sono titolari del diritto alla vita familiare ai sensi dell'art. 8 della CEDU.

Il riconoscimento dell'unione *same-sex* come formazione sociale e la previsione che nel caso di trattamento "disomogeneo" tali coppie possono adire il giudice non può non avere rilevanti sviluppi sul piano dell'effettività<sup>40</sup>.

L'analisi condotta in merito alla progressiva affermazione dei diritti delle persone LGBT sembra confermare la tesi secondo la quale la stessa si articolerebbe in tre tappe: la depenalizzazione delle relazioni omosessuali tra adulti consenzienti; l'affermazione del divieto di discriminazione basata sull'orientamento sessuale; il riconoscimento giuridico delle coppie formate da persone dello stesso sesso e, in particolare, del diritto alla tutela della vita familiare<sup>41</sup>.

È proprio nel solco tracciato da queste pronunce che deve allora essere ricondotta anche la fattispecie giurisprudenziale precedentemente esaminata.

## **1.2. Contratti di scambio di beni e servizi**

### **a. Contratto di assicurazione e qualità personali: dal genere al gene**

Tra i contratti di scambio, quelli di assicurazione appaiono di sicuro interesse per il ruolo che possono assumere le qualità personali del contraente nella determinazione dei premi e delle prestazioni.

Si tratta del contratto caratterizzato per eccellenza dal rischio. Infatti, ai sensi dell'art. 1882 c.c. con tale accordo l'assicuratore si impegna, a fronte della corresponsione di un premio, a rivalere del danno o a pagare un canone o una

---

<sup>40</sup> Si tratta di un aspetto che ha già trovato riscontro in alcuni settori, esempi ne sono il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno da morte, la sublocazione dell'immobile, la qualifica di obbligazione naturale per le donazioni tra conviventi omosessuali, l'iscrizione del convivente omosessuale alla Cassa Mutua nazionale per il personale delle banche di credito cooperativo, il diritto del convivente omosessuale di astenersi dal testimoniare contro il partner.

<sup>41</sup> L. Scaffidi Runchella, *Ultreya coppie samesex! La Corte europea dei diritti umani sul caso Oliari e altri v. Italia*, in *Articolo29*, 3 agosto 2015, reperibile all'indirizzo <http://www.articolo29.it/2015/ultreya-coppie-same-sex-corte-europea-dei-diritti-umani-caso-oliari-v-italia-2/>.

rendita all'assicurato entro i limiti convenuti, laddove si verifichi un sinistro o evento aleatorio attinente alla vita umana.

Le condizioni assicurative vengono in genere calcolate sulla base di tutti i rischi dello stesso tipo che l'assicuratore assume nei confronti dei contraenti; a tal fine le compagnie assicurative prendono in considerazione una serie di fattori, alcuni dei quali possono al tempo stesso rilevare come discriminatori.

### **a.1. Differenza di genere nella determinazione delle prestazioni assicurative**

Il caso oggetto d'analisi, concernente il rilievo della differenza di genere nell'ambito dei contratti assicurativi; esso risulta particolarmente interessante sia perché per la prima volta la Corte di giustizia ha dichiarato invalida la clausola di una direttiva sulla base dei principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sia perché consente di rilevare il sottile confine che sussiste tra il concetto di parità di trattamento e quello di divieto di discriminazione, connessi ma distinti.

In assenza di una normativa in senso contrario, le compagnie assicurative erano solite fare riferimento al sesso per la determinazione dei premi e delle prestazioni. Con l'intento di evitare che sulla base di fattori attuariali ad esso connessi potessero prodursi differenze di trattamento, la direttiva 2004/113/CE è intervenuta in materia, sancendo il divieto di discriminazione tra uomini e donne nell'accesso e fornitura di beni e servizi, compresi quelli finanziari.

A tale regola era riconosciuta tuttavia un'eccezione, prevista dall'art. 5, par. 2, in base alla quale gli Stati che al momento dell'adozione della direttiva non applicavano la regola della parità avrebbero potuto consentire "differenze proporzionate nei premi e nelle prestazioni individuali ove il fattore sesso sia determinante nella valutazione dei rischi, in base a pertinenti e accurati dati attuariali e statistici". Tali Stati erano tenuti ad informare la Commissione e a provvedere alla compilazione, pubblicazione e aggiornamento dei dati relativi all'utilizzo del genere quale fattore attuariale, con l'onere di riesaminarne la

compatibilità sulla base di un confronto con gli organi comunitari al trascorrere di 5 anni.

L'*Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL* e due clienti hanno proposto un ricorso davanti alla *Cour constitutionnelle* per l'annullamento della legge del 21 dicembre 2007 con cui il Belgio, modificando una precedente legge, si avvaleva di tale facoltà<sup>42</sup>.

Sostenendo che ad essere messa in discussione fosse la validità della direttiva comunitaria n. 113 del 2004, la Corte costituzionale belga ha richiesto l'intervento in via pregiudiziale della Corte di giustizia, al fine di accertarne la conformità con l'art. 6, par. 2, TUE e, più specificamente, con il principio di parità e non discriminazione<sup>43</sup>.

Dopo aver ripercorso la direttiva in esame e la legge belga, la Corte ha analizzato il punto focale della questione e cioè se le situazioni degli assicurati di sesso femminile e maschile siano o meno paragonabili. La centralità del tema sta nel fatto che secondo giurisprudenza costante: "il principio della parità di trattamento impone che situazioni paragonabili non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato"<sup>44</sup>.

Discostandosi dalla posizione del Consiglio, secondo il quale l'art. 5, par. 2, avrebbe avuto proprio l'obiettivo di non disattendere tale principio, la Corte ha ritenuto che, introducendo la regola dei premi e delle prestazioni *unisex*, la direttiva 113 del 2004 abbia considerato come presupposto della normativa che in tale ambito le due situazioni, quella maschile e quella femminile, siano paragonabili.

Sulla base di dette premesse, ammettere una deroga alla regola, suscettibile di essere riconfermata, e comunque senza la previsione di un termine ben definito per la sua vigenza, sarebbe contraria all'obiettivo dichiarato della parità tra donne e uomini e, in particolare, agli artt. 21 e 23 della Carta.

---

<sup>42</sup> Anche l'Italia si è avvalsa della facoltà riconosciuta dall'art. 5, par. 2 della direttiva 113 del 2004 con la previsione dell'art. 55-*quater* comma 2 del d.lgs. n. 198/2006.

<sup>43</sup> Corte di giustizia, 1 marzo 2011, C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*, in Nuova giurisprudenza civile commentata, 2011, 493, con nota di A. Antonucci, *Premio unisex: il paradosso della parificazione semplificata*.

<sup>44</sup> Corte di giustizia, 1 marzo 2011, C-236/09, §28.

Ha concluso quindi la Corte che la disposizione, pur valida di per sé perché conforme all'obiettivo di un graduale adeguamento del mercato, debba avere carattere provvisorio e transitorio ed essere considerata invalida alla scadenza di un determinato termine, individuato nella data del 21 dicembre 2012.

La pronuncia in esame ha sollevato ampi dibattiti, connessi alla natura più profonda della normativa antidiscriminatoria e forse alimentati proprio dai contorni poco definiti della stessa.

Si è rilevato in primo luogo come il permanere di differenziazioni sulla base del sesso risultasse in realtà favorevole alle donne, in quanto solitamente ricondotte a ridotti profili di rischio in ragione di dati statistici e attuariali. Tale ragionamento, tuttavia, non coglie a pieno la *ratio* delle norme antidiscriminatorie, il cui intervento non è diretto a favorire i soggetti che si presumono svantaggiati e quindi, ad esempio, ad agevolare le donne rispetto agli uomini, ma è finalizzato al “riavvicinamento (ed in prospettiva una piena omologazione) dei trattamenti, a prescindere dalla circostanza che un mercato deregolato possa prediligere la formazione di sub-mercati segmentati per categorie soggettive o definire le proprie ragioni di scambio in rapporto ad una domanda che rende maggiormente convenienti le negoziazioni con gli appartenenti ad un determinato gruppo sociale”<sup>45</sup>. A fronte di chi sostiene che la pronuncia in esame avrebbe “passato un colpo di spugna sugli indiscutibili progressi raggiunti in materia di tutela di diritti femminili”<sup>46</sup>, si può rilevare come nel caso di specie la deroga al principio di parità di trattamento non fosse diretta a valorizzare determinate specificità delle donne, a proteggerle rispetto ad una presunta “debolezza”, ma fosse solo l'espressione di un calcolo probabilistico-economico.

Il ragionamento della Corte è stato altresì criticato per non aver operato una chiara distinzione tra i concetti di discriminazione e disparità, sul presupposto per cui, essendo la differenza dei premi tra uomo e donna basata su “dati di oggettivo

---

<sup>45</sup> D. La Rocca, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, Giuffrè Editore, 2007, 319.

<sup>46</sup> L. Mura, *Il principio di eguaglianza nel diritto dell'Unione europea alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di assicurazioni*, in *Studi sulla integrazione europea*, 2011, 555 ss. Nel criticare la pronuncia della Corte, l'A. evidenzia i limiti del principio di eguaglianza in relazione a quelli di non discriminazione e diversità, e introduce i concetti di discriminazione legittima e non.

riscontro di una situazione di fatto”, non vi sarebbe stata alcuna discriminazione<sup>47</sup>. Tuttavia, come è emerso dalle conclusioni dell’Avvocato Generale, è proprio il fatto di porre i fattori attuariali in relazione alle differenze di genere che renderebbe invalido, se non a carattere transitorio, l’art. 5 par. 2 della direttiva. L’Avvocato Kokott, infatti, ha sottolineato che, secondo giurisprudenza costante, se l’esistenza di una discriminazione indiretta può risultare dal ricorso a dati statistici, gli stessi non possono costituire l’unico elemento di collegamento per giustificare una disparità di trattamento a carattere diretto. Mancava nel caso di specie la possibilità di “constatare con certezza l’esistenza di rilevanti differenze tra uomini e donne, le quali esigano un simile trattamento diversificato”. In assenza di una valutazione circa le effettive differenze biologiche “si presuppone aprioristicamente che la diversità tra uomini e donne (...) quanto alla loro rispettiva aspettativa di vita, alla loro rispettiva disponibilità ad assumere rischi alla guida di autoveicoli ed alla loro rispettiva inclinazione a fare ricorso a prestazioni mediche sia riconducibile in misura determinante al loro sesso”<sup>48</sup>.

## **a.2. Selezione genetica degli assicurati<sup>49</sup>**

Come evidenzia l’ampia normativa in materia<sup>50</sup>, sebbene in Italia la questione non abbia ancora avuto un ampio riscontro in sede giurisprudenziale, un altro fattore assume particolare rilievo nell’ambito dei contratti assicurativi e, in particolare, di quelli vita e malattia: il patrimonio genetico.

---

<sup>47</sup> Cfr. A. Antonucci, *Premio unisex: il paradosso della parificazione semplificata*, cit.

<sup>48</sup> Conclusioni dell’avvocato generale Juliane Kokott, presentate il 30 settembre 2010, (§§ 59-61). Cfr. R. Caragnano, *la Corte di giustizia interviene sulla parità di trattamento tra uomini e donne e sulla rilevanza del genere quale fattore di rischio nelle prestazioni assicurative*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2011, 1197.

<sup>49</sup> L’espressione è ripresa da M. R. Marella, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2007, 97.

<sup>50</sup> Ai sensi degli artt. 3 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea sono vietate “*le pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone*” e “*qualsiasi forma di discriminazione fondata (...) [sul] le caratteristiche genetiche*”. L’art. 6 della Dichiarazione universale sul genoma umano afferma che “*nessuno può essere discriminato per le sue caratteristiche genetiche, con finalità o effetti di violazione dei suoi diritti e libertà fondamentali e del riconoscimento della sua dignità*”. Infine, la Convenzione di Oviedo sui diritti umani e le biomedicina del 1997, dopo aver sancito all’art. 2 la priorità dell’interesse e del bene dell’essere umano sull’interesse della società e della scienza, vieta all’art. 11 “*ogni forma di discriminazione nei confronti di una persona per il suo patrimonio genetico*”.



Nel nostro Paese la presenza di un'assistenza sanitaria pubblica rende il problema meno urgente, ma non per questo trascurabile, considerato il coinvolgimento degli aspetti più intimi della personalità dell'assicurato, nonché l'ovvia connessione con fondamentali diritti costituzionali, primo fra tutti quello alla salute.

Soprattutto in relazione alle assicurazioni per l'assistenza di lungo periodo, che presentano un rischio per l'assicuratore molto più elevato, è frequente la tendenza a ricorrere a *screening* genetici, volti ad individuare la predisposizione a determinate malattie di chi intende sottoscrivere il contratto.

Ciò crea seri problemi in relazione alla fisiologia del contratto e alla ripartizione del rischio tra le parti, ma anche rispetto alla tutela dei diritti fondamentali.

L'assicuratore non può imporre al cliente di sottoporsi ad un test genetico e tuttavia ha il diritto a che lo stesso adotti un comportamento leale e di buona fede.

Il problema si pone allora quando l'assicurato si è già sottoposto ad un test genetico che non ha rivelato una malattia già in atto (situazione per la quale le compagnie assicurative hanno preordinato precisi questionari, ai quali gli interessati sono tenuti a rispondere in modo corretto), ma la predisposizione ad una patologia o la presenza di una malattia temporaneamente latente. Tale condizione potenziale ha una probabilità più o meno alta di tradursi in realtà, dipendendo ciò dall'interazione di geni, proteine e ambiente. Le valutazioni prospettiche che non tengono conto di questi ulteriori elementi forniscono inevitabilmente immagini distorte della persona, con il rischio di alterare il meccanismo su cui si fonda il rapporto assicurativo.

Se il potenziale contraente rivela di essere portatore di una predisposizione genetica allo sviluppo di una determinata patologia, infatti, l'assicuratore potrebbe rifiutarsi di stipulare il contratto o imporre condizioni particolarmente gravose.

Dall'altro lato, quanto alle conseguenze previste dagli articoli 1892 e 1893 c.c. per dichiarazioni inesatte o reticenze dell'assicurato, occorre considerare che la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha sempre sostenuto che, "affinché un contratto di assicurazione possa ritenersi annullabile a norma dell'art. 1892 c.c., non è sufficiente una qualsiasi inesattezza o reticenza dell'assicurato, circa i dati che lo riguardano, in sede di formazione del contratto, richiedendosi che le dichiarazioni non veritiere rese dall'assicurato con dolo o colpa grave abbiano,

secondo l'apprezzamento istituzionalmente riservato al giudice di merito, un'effettiva influenza sul rischio, cosicché esse possano ritenersi avere inciso sul consenso dell'assicuratore o sulle condizioni contrattuali<sup>51</sup>. Non è sufficiente, quindi, che ci sia una qualsiasi dichiarazione omissiva o mendace, ma occorre che questa sia tale da influenzare la determinazione esatta del rischio su cui si basa il contratto. Come osserva Cirillo, considerando che riguardo ai test genetici la scienza medica si mostra molto cauta, esprimendosi solo in termini di probabilità, il rapporto di causa-effetto tra la reticenza da parte del potenziale assicurato sul dato genetico e l'alterazione del rischio dovrebbe essere escluso<sup>52</sup>.

Considerate le rilevanti conseguenze rispetto alla fisiologia del contratto, molte previsioni normative in materia di dati genetici vietano l'utilizzo dei risultati dei test predittivi in ambito contrattuale<sup>53</sup>. Degna di nota è a riguardo la Risoluzione del 16 marzo 1989 del Parlamento Europeo, ove ai numeri 19 e 20 si legge che “le assicurazioni non hanno alcun diritto di chiedere, prima o dopo la stipulazione di un contratto assicurativo, l'esecuzione di analisi genetiche, né la comunicazione dei risultati relativi ad analisi genetiche già effettuate e che le analisi genetiche non devono diventare una condizione preliminare nella stipulazione di un contratto assicurativo” e che “gli assicuratori non possano pretendere di essere informati sui dati genetici a conoscenza dell'assicurato”<sup>54</sup>.

Le stesse cautele non sono predisposte in altri Paesi, dove è consentito a determinati soggetti, compresi gli assicuratori, di raccogliere dati genetici purché

---

<sup>51</sup> *Inter alios*, Cass., 25 marzo 1999, n. 2815, in *Giustizia civile* 2000, 875, la quale espressamente si richiama a Cass., 4 luglio 1997, n. 6039, in *Foro italiano* 1997, 2853.

<sup>52</sup> F. M. Cirillo, *La progressiva conoscenza del genoma umano: tutela della persona e problemi giuridici connessi con la protezione dei dati genetici*, in *Rivista di diritto civile*, 2002 399 – 420.

<sup>53</sup> L'art. 9 comma 3, del d. lgs. n. 502 del 1992, (come sostituito dall'art. 9 del d. lgs. 229/99), prevede che “i soggetti pubblici e privati che istituiscono fondi integrativi del Servizio sanitario nazionale sono tenuti ad adottare politiche di non selezione dei rischi”. In Italia il sistema di tutela offerto dal Codice della Privacy sottrae al mercato assicurativo la possibilità di avvalersi del trattamento, della comunicazione e della diffusione di profili d'“identità personale”, tali da consentire, nel calcolo del rischio e nella determinazione dei premi, una connessione tra qualità personali e rischi. Tali elementi, connessi alle autorizzazioni emanate dal Garante della privacy, tra le quali quella del 22 febbraio 2007, sono sufficienti ad escludere la configurabilità su base statistica di effetti discriminatori connessi a ragioni “etico-genetiche”.

<sup>54</sup> Risoluzione del Parlamento Europeo del 16 marzo 1989 sui problemi etici e giuridici della manipolazione genetica, in *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* n. C 96/116 del 17 aprile 1989.

poi non vengano adoperati a fini discriminatori e dove si distingue tuttavia tra dati raccolti mediante i test e quelli desunti dalla storia familiare.

È sufficiente pensare ad alcuni casi, come quello americano di Theresa Morelli, per evidenziare le problematiche connesse all'utilizzo incontrollato delle informazioni genetiche.

Tale vicenda riguarda un'avvocata dell'Ohio che si è vista negare la possibilità di contrarre una polizza sanitaria perché il padre era affetto da Corea di Huntington e, sebbene lei non si fosse sottoposta ad alcun test genetico, aveva il 50 % di possibilità di manifestare tale malattia, essendo la stessa ereditaria. In Paesi come gli Stati Uniti, in cui la protezione per infortuni e malattie professionali è affidata principalmente alle assicurazioni private, è immaginabile una ricaduta diretta sul mercato del lavoro<sup>55</sup>.

Tali pratiche, pertanto, rischiano da un lato di incidere in modo determinante sull'opportunità di partecipare appieno alla vita sociale della comunità<sup>56</sup> e dall'altro di creare un sentimento di paura. È stato rilevato che alcune persone preferiscono non sottoporsi a test genetici, con rischi per la propria salute, pur di non incorrere in discriminazioni genetiche. È quanto avvenuto negli Stati Uniti d'America in cui, come riferisce l'Associated Press, nel 1998 il 32% delle donne invitate a sottoporsi ad uno screening gratuito per il tumore al seno non accettò l'invito. Un'indagine sulle ragioni di tale scelta dimostrò che era prevalso il timore che di tali dati potessero venire a conoscenza di datori di lavoro o assicuratori<sup>57</sup>.

Come affermato da Carusi, allora, il rischio è quello che si sviluppi una società in cui le specificità biologiche siano fonte di “discriminazione e debolezza sociale permanente”<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> A. Santosuosso, *Genetica, diritto e giustizia: un futuro già in atto*, in A. Santosuosso, A. Redi, S. Garagna, *I giudici davanti alla genetica*, 2002, 13-66.

<sup>56</sup> Cfr. M.R. Marella, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, cit., 94-95.

<sup>57</sup> Cfr. S. Rodotà, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in Rivista critica del diritto privato, 2000, 601-604; V. D'Antonio, *I dati genetici*, in F. Cardarelli, S. Sica, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Il codice dei dati personali, temi e problemi*, Giuffrè Editore, 2004, 340 ss.; F. M. Cirillo, *La progressiva conoscenza del genoma umano: tutela della persona e problemi giuridici connessi con la protezione dei dati genetici*, cit.

<sup>58</sup> D. Carusi, *Il principio di eguaglianza nel diritto civile: vecchie e nuove prospettive*, in P. Morozzo della Rocca (a cura di), *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, 15.

## **b. Esercizi pubblici: diverse nazionalità, diversi prezzi**

Che la libertà contrattuale comprenda anche quella di riservare a ciascuna controparte diverse condizioni sembra essere un dato consolidato del “diritto dei contratti”, dovendosi ritenere che non sussista un principio di parità di trattamento direttamente operante nei rapporti tra privati<sup>59</sup>. Tuttavia, tale assunto potrebbe essere messo in discussione laddove alla base del comportamento differenziale vi sia un fondamento discriminatorio, a nulla valendo le presunte “buone ragioni per discriminare”<sup>60</sup>.

Esemplificativa in tal senso è l’ordinanza del 19 maggio 2005 del Tribunale di Padova<sup>61</sup>, adito dagli avventori di un bar e da due associazioni, i quali lamentavano che detto esercizio richiedeva ai soli clienti extracomunitari prezzi più elevati per le consumazioni.

I ricorrenti hanno chiesto la cessazione del comportamento e la condanna al risarcimento del danno non patrimoniale.

L’accertamento della condotta è stato effettuato attraverso l’esame delle assunzioni testimoniali e delle affermazioni fatte alla stampa dal resistente, confermate anche dai giornalisti. Da tali elementi è emerso come nel locale in questione fosse abituale praticare prezzi differenti in base alla nazionalità della clientela e ciò indipendentemente da circostanze oggettive. Infatti, contrariamente a quanto dedotto da parte resistente, il diverso comportamento prescindeva dal fatto che la consumazione fosse stata fatta al tavolo o al banco, o dal carattere più o meno abituale della frequentazione del locale; tali maggiorazioni non erano comunque applicate ai clienti italiani.

La centralità della sola provenienza etnica come causa di differenziazione risultava poi ulteriormente confermata da alcune interviste rilasciate dal titolare del bar e riferite da un test; da tali elementi emergeva che la scelta di applicare prezzi più alti agli stranieri aveva la specifica finalità di allontanare “una clientela

---

<sup>59</sup> Cfr. Cass., Sezioni Unite, 29 maggio 1993, n. 603, in *Foro Italiano*, 1993, I, 1794 ss.

<sup>60</sup> D. Maffei, *Il contratto nella società multietnica: è un atto illecito la determinazione di un prezzo doppio per i clienti extracomunitari*, in *Giurisprudenza italiana*, 2006, 949-962.

<sup>61</sup> Trib. Padova, ordinanza, 19 maggio 2005, in *Giurisprudenza italiana*, 2006, 949.

non ritenuta idonea al suo bar. Non voleva immigrati o albanesi perché aveva avuto brutte esperienze per questioni di droga”.

Il Tribunale adito ha rilevato che la configurabilità del comportamento discriminatorio, sancito dall’art. 43 comma 2 lett. b) del d. lgs. 286/98, prescinde dall’intenzione del resistente di attuare consapevolmente una discriminazione razziale ed ha ritenuto che la sola produzione dell’effetto fosse sufficiente per la sussistenza della fattispecie discriminatoria. In particolare, è stata accertata la presenza dei due presupposti essenziali della stessa: “l’imposizione di condizioni svantaggiose nell’offerta di servizi ad uno straniero, nella specie extracomunitario, che come tale veniva riconosciuto come probabile cliente indesiderato ed il collegamento della natura discriminatoria alla sola causa della provenienza etnica dei ricorrenti”.

Il Giudice ha pertanto ordinato la cessazione del comportamento discriminatorio accertato ed ha accolto la domanda di risarcimento dei danni non patrimoniali compensativi del pregiudizio non economico, liquidati in Euro 100 per ciascun ricorrente<sup>62</sup>.

Uno dei profili più interessanti ma anche più problematici dell’ordinanza in esame riguarda proprio il riconoscimento dell’effetto discriminatorio come elemento sufficiente ai fini della qualificazione in negativo della condotta posta in essere dall’agente. Il giudicante ha ritenuto che non fosse necessaria la sussistenza del dolo in capo all’agente ed ha posto sullo stesso piano il comportamento finalizzato alla produzione dell’evento discriminatorio con quello che concretamente lo realizza, anche se non voluto. Secondo tale ricostruzione, a fronte della produzione dell’effetto, diviene ininfluenza il fine ultimo dell’autore della condotta, con conseguente significativo ampliamento della tutela offerta al soggetto passivo<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Il riconoscimento del danno non patrimoniale è stato considerato una delle principali novità della disciplina introdotta dal T.U. sull’immigrazione, confermata dalle successive direttive antidiscriminatorie.

<sup>63</sup> M. A. Garzia, B. Nicotra, *Nota alla sentenza del Tribunale di Padova del 19.5.05*, reperibile all’indirizzo:  
[http://www.pariopportunita.gov.it/images/stories/documenti\\_vari/UserFiles/II\\_Dipartimento/UNAR/Giurisprudenza/nota\\_a\\_sentenza\\_padovana.pdf](http://www.pariopportunita.gov.it/images/stories/documenti_vari/UserFiles/II_Dipartimento/UNAR/Giurisprudenza/nota_a_sentenza_padovana.pdf).

Del resto, nell'art. 43 del T.U. si parla di comportamenti che abbiano “lo scopo o l'effetto”, lasciando spazio alla configurabilità della discriminazione anche in assenza di dolo o colpa<sup>64</sup>.

È stato tuttavia affermato che, considerando vietato qualsiasi comportamento che risulti anche solo in concreto discriminatorio, si rischia di far emergere la paventata antinomia tra libertà contrattuale e divieto di discriminazione. Ad avviso di parte della dottrina, l'intenzione di attuare una discriminazione razziale sarebbe essenziale, perché alla base della configurabilità della condotta come illecita. Al dato testuale anzidetto viene allora considerata prevalente l'espressione della medesima disposizione “soltanto a causa”, che il legislatore introduce proprio laddove parla dell'offerta di beni e servizi. Su tali basi Maffeis giunge ad affermare che, se in generale il requisito del dolo è superfluo, quando si tratta del contratto questo viene in rilievo come presupposto di illiceità nella forma del dolo generico<sup>65</sup>.

Tale impostazione determina ovviamente delle difficoltà in punto di motivazione dell'accertamento del dolo, ma non avrebbe ad esempio mutato le sorti del caso in esame, avendo il titolare del bar dichiarato espressamente di alzare i prezzi al fine di allontanare clienti ritenuti indesiderati a causa della loro etnia<sup>66</sup>.

Altro profilo degno di nota è l'inesistenza di una “buona ragione” che possa essere addotta a giustificazione della discriminazione. Nel caso di specie, il fatto che il bar “aveva avuto brutte esperienze [con] immigrati e albanesi (...) per questioni di droga” non giustifica il comportamento tenuto, ma integra appieno la fattispecie discriminatoria perché appare evidente che il fondamento del diverso trattamento non era determinato dal timore che si spacciasse droga, ma dall'etnia.

---

<sup>64</sup> Cfr. B. Troisi, *Profili civilistici del divieto di discriminazione*, in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del I convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (S.S.Di.C), Napoli, 2006. Secondo l'A., il legislatore avrebbe previsto un'ipotesi di responsabilità civile basata su criteri oggettivi d'imputazione. A sostegno di tali tesi rileva che il convenuto non sarebbe tenuto a dimostrare l'assenza di colpa o dolo, ma la sussistenza di una finalità “legittima”; diversamente, P. Morozzo Della Rocca, *Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 e 44 del T.U. sull'immigrazione*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2002, 121 ss. Ad avviso di quest'ultimo, l'azione di responsabilità per danni non potrebbe prescindere dall'elemento soggettivo della colpevolezza e sarebbe pertanto più probabile che il legislatore abbia voluto semplicemente escludere il dolo.

<sup>65</sup> D. Maffeis, *Il contratto nella società multietnica: è un atto illecito la determinazione di un prezzo doppio per i clienti extracomunitari*, cit., 957 ss.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

Non rileva la fondatezza o meno della possibile connessione tra l'origine albanese e lo spaccio o l'uso di stupefacenti, la scelta di applicare prezzi doppi a clienti individuati esclusivamente in base all'etnia è considerata di per sé una chiara espressione dell'intento discriminatorio<sup>67</sup>.

### **c. Contratto di locazione di immobili abitativi e cittadini extracomunitari**

Il settore delle locazioni offre interessanti spunti d'analisi in merito alla disparità di trattamento degli stranieri, per i quali l'accesso alla casa rappresenta spesso il principale ostacolo nel processo di integrazione sociale.

Una delle prime e più significative pronunce in materia è l'ordinanza del Tribunale di Milano del 30 marzo 2000<sup>68</sup>.

La vicenda giudiziaria ha avuto origine nel momento in cui un'agenzia immobiliare milanese ha interrotto le trattative contrattuali, avviate a seguito di un annuncio di locazione, non appena venuta a conoscenza che la controparte era una cittadina della Costa d'Avorio. Secondo quanto riferito da un teste, l'agenzia avrebbe giustificato il proprio comportamento evidenziando la difficoltà a concludere contratti con persone straniere, data l'indisponibilità manifestata nei loro confronti dai proprietari degli immobili.

Ritenendo di aver subito una discriminazione<sup>69</sup>, la potenziale conduttrice si è rivolta al Giudice, presentando un ricorso ai sensi dell'art. 44 del d.lgs. n. 286/98. Il Tribunale di Milano ha riconosciuto il carattere discriminatorio del comportamento dell'agenzia, ne ha ordinato l'immediata cessazione ed ha condannato la stessa al risarcimento del danno non patrimoniale, quantificato in L. 1.000.000.

---

<sup>67</sup> *Ibidem*, 960-961.

<sup>68</sup> Trib. Milano, ord. 30 marzo 2000, in *Foro italiano*, 2000, 2041.

<sup>69</sup> Ai sensi dell'art. 43 c. 2 lett. b, c del d. lgs. n. 286 del 1998 "compie un atto di discriminazione (...) chiunque imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire beni o servizi offerti al pubblico ad uno straniero soltanto a causa della sua condizione di straniero (...); illegittimamente imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire l'accesso (...) all'alloggio (...) allo straniero regolarmente soggiornante in Italia soltanto in ragione della sua condizione di straniero (...)".

La fattispecie è particolarmente interessante e si presta ad ampi dibattiti, in primo luogo per l'individuazione del sistema di tutela più idoneo.

Quando la condotta discriminatoria è data dall'interruzione delle trattative, infatti, l'azione inibitoria rischia di non essere soddisfattiva per l'interessato, perché l'ordine di proseguire la trattativa non implica poi che si perverrà alla conclusione del contratto, salvo ipotizzare la sussistenza di un obbligo a contrarre<sup>70</sup>.

Neppure il risarcimento del danno in forma specifica attraverso la produzione degli effetti del contratto non concluso sembrerebbe rappresentare una soluzione idonea, poiché presuppone necessariamente che sia stato raggiunto un certo grado di formazione del contenuto<sup>71</sup>.

In altri ordinamenti sono stati predisposti rimedi molto più incisivi. La normativa francese, ad esempio, prevede una tutela penalistica, con una pena fino a due anni di reclusione e una multa di 200.000 franchi, per chi si rifiuta di affittare un appartamento per ragioni esclusivamente razziste<sup>72</sup>. Negli Stati Uniti, invece, dove il problema dell'integrazione è avvertito da molto più tempo, il Fair Housing Act è intervenuto in modo profondo sul fenomeno, occupandosi del sistema dei prezzi degli immobili che si trovano nelle aree a maggiore integrazione razziale, del sistema dei finanziamenti e dell'intermediazione finanziaria<sup>73</sup>.

La normativa europea non offre invece particolari indicazioni. La direttiva 2000/43/CE, che si occupa del divieto di discriminazione nell'accesso ai beni e

---

<sup>70</sup> Escludono tale ipotesi, D. Maffei, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit.; M. Bouchard, *Discriminazione a Milano: il rifiuto di stipulare contratti di locazione con extracomunitari di colore*, in *Questione giustizia*, 2000, 596.

<sup>71</sup> D. Maffei, *Discriminazione (diritto privato)*, cit., 498; D. Maffei, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit.. Interessante in proposito è un caso americano del 1968 richiamato dallo stesso A.: Jones v. Alfred H. Mayer Co. (No. 645), reperibile all'indirizzo: <https://www.courtlistener.com/opinion/107748/jones-v-alfred-h-mayer-co/>. Anche in tale ipotesi, un'impresa immobiliare si rifiutava di vendere una casa al ricorrente solo perché di colore. La Corte Suprema degli Stati Uniti ha affrontato la questione ricercando lo scopo e la costituzionalità dell'Act of Congress, 42 U. S. C. § 1982, ai sensi del quale: "All citizens of the United States shall have the same right, in every State and Territory, as is enjoyed by white citizens thereof to inherit, purchase, lease, sell, hold, and convey real and personal property". Ribaltando il giudizio della Corte d'Appello, la Corte Suprema ha affermato che tale norma vieta tutte le discriminazioni razziali, sia pubbliche che private, nella vendita e locazione di immobili ed ha quindi piena operatività anche nei contratti tra privati. Alla luce di tale decisione l'impresa immobiliare è stata costretta a vendere il bene al prezzo risultante dall'invito rivolto al pubblico.

<sup>72</sup> Artt. 225-1 - 225-4 codice penale. Cfr. M. Bouchard, *Discriminazione a Milano: il rifiuto di stipulare contratti di locazione con extracomunitari di colore*, cit., 596.

<sup>73</sup> D. La Rocca, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, cit. 186.



servizi, fa riferimento in modo vago all'alloggio, delegando alle norme nazionali l'individuazione delle sanzioni più idonee e lasciando anche il dubbio se ad essere tutelata sia solo la destinazione abitativa o in generale l'accesso ad un bene, comprendendo qualunque diritto reale o personale su un qualunque bene<sup>74</sup>.

Certo è che tale esplicito richiamo all'alloggio sia indice della coscienza di un fenomeno diffuso, tanto nel privato quanto nel pubblico<sup>75</sup>, e del chiaro intento di contrastare un comportamento capace di incidere su un bene cruciale per lo "svolgimento di una vita dignitosa" e idoneo a negare il "pari valore sociale della vittima rispetto alla sua controparte e agli altri consociati"<sup>76</sup>.

La questione risulta di particolare attualità e apre vari scenari anche nel rapporto tra ordinamento nazionale e comunitario in relazione al principio di sussidiarietà, non potendo essere trascurata la stretta correlazione della disciplina dell'alloggio con le politiche d'immigrazione e, in particolare, di contrasto all'immigrazione illegale<sup>77</sup>.

#### **d. Contratto d'albergo e orientamento sessuale**

Un recente caso inglese<sup>78</sup> ha avuto ad oggetto la questione dell'orientamento sessuale quale fattore discriminante rispetto al contratto d'albergo, che la nostra legge n. 217 del 1983, Legge quadro per il turismo, configura nell'ambito degli "esercizi ricettivi aperti al pubblico, a gestione unitaria, che forniscono alloggio, eventualmente vitto ed altri servizi accessori".

---

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> La prassi registra la presenza di fenomeni di esclusione o trattamento deteriore nell'accesso all'alloggio anche nel settore pubblico. Tra gli altri, è stato giudicato discriminatorio ex art. 43 del d.lgs. 286/98 il comportamento del comune di Milano, il quale, ai fini della graduatoria per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica, attribuiva un punteggio aggiuntivo in ragione della cittadinanza italiana del richiedente. Con Ordinanza del 21.03.2002 il Tribunale di Milano ha ordinato la cessazione del comportamento, la rimozione dei relativi effetti e il risarcimento dei danni subiti dai cittadini stranieri ricorrenti. Trib. Milano, ordinanza, 21 marzo 2002, in Foro italiano, 2003, 3183.

<sup>76</sup> Così M. R. Marella, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, cit. 94.

<sup>77</sup> D. Maffei, *Il divieto di discriminazione*, in G. De Cristofaro (a cura di), *I "principi" del diritto comunitario dei contratti, Acquis communautaire e diritto privato europeo*, Torino, Giappichelli, 2009, 284-286.

<sup>78</sup> Speculare è il caso *Michael Black and John Morgan v. Susanne Wilkinson*, Claim NO 0UD02282, 18 ottobre 2012, Judiciary of England and Wales, reperibile all'indirizzo: <https://www.judiciary.gov.uk/judgments/black-wilkinson-judgment-18102012/> (consultato il 28.08.2015).

Il contenzioso<sup>79</sup> è stato instaurato da due uomini, legati da una *Civil Partnership*, i quali nel settembre 2008 hanno prenotato telefonicamente una camera doppia presso un hotel della Cornovaglia, senza prendere visione del modulo di prenotazione on line, nel quale si esplicitava che, in ragione di un profondo rispetto per il matrimonio, era preferibile destinare le camere matrimoniali alle sole coppie eterosessuali sposate.

Quando i due ricorrenti hanno raggiunto la struttura, l'albergatore li ha messi a conoscenza della gestione improntata a principi cristiani e, in ragione della politica seguita, si è rifiutato di concedere loro la camera prenotata, nonostante gli stessi avessero fatto presente di costituire una *Civil Partnership*.

Sostenendo di aver subito una discriminazione sulla base del proprio orientamento sessuale, i due uomini hanno instaurato il giudizio in esame, affinché, sulla base dell'art. 3 dell'*Equality Act (Sexual Orientation) Regulations* del 2007, venisse dichiarato il carattere discriminatorio del trattamento ricevuto e venissero condannati i gestori dell'hotel, i Signori Bull, al risarcimento dei danni.

Questi ultimi hanno articolato le proprie difese intorno alla presupposta irrilevanza di un fattore idoneo a configurare un'ipotesi discriminatoria, l'orientamento sessuale, posto che il proprio comportamento riguardava tanto le coppie omosessuali quanto quelle eterosessuali non sposate. Un eventuale discriminazione indiretta, ha sostenuto la difesa, sarebbe stata poi giustificata dal diritto di manifestare la propria religione e di vivere e lavorare secondo le proprie credenze.

Il Giudice ha preso in considerazione in primo luogo l'art. 3 dell'*Equality Act (Sexual Orientation) Regulations* del 2007, richiamando le definizioni di discriminazione diretta e discriminazione indiretta e, in particolare, il *Regulation* 3(4), laddove si afferma che sia per la discriminazione diretta che per quella indiretta "*the fact that one of the persons (whether or not B) is a civil partner while the other is married shall not be treated as a material difference in the relevant circumstances*".

---

<sup>79</sup> Bristol County Court, *Martin Hall And Steven Preddy v. Peter Bull And Hazel Mary Bull*, case No 9BS02095, del 4 gennaio 2011, reperibile all'indirizzo: <http://www.europeanrights.eu/public/sentenze/EW4gen.pdf> (consultato il 28.08.2015).

Argomentando a partire dalla posizione dei gestori dell'hotel, la Corte ha sostenuto che ciò che avrebbe determinato la disparità di trattamento per i clienti sarebbe stato il loro stato civile. Considerando che, ai sensi della normativa di riferimento, non può esservi alcuna differenza sostanziale tra matrimonio e unione civile, il rifiuto di concedere la camera prenotata ai ricorrenti non poteva che essere connesso all'orientamento sessuale di questi ultimi. Ciò, ad avviso della Corte, rientra nella previsione del *regulation* 3(1) ed è tale pertanto da configurare una discriminazione diretta.

Il Giudice si è interrogato poi sulla compatibilità di tale conclusione con la Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, richiamando il diritto di entrambe le parti al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), quello a non essere discriminati (art. 14 CEDU) e, per i convenuti, quello di manifestare la propria religione o il proprio credo (art. 9.2 CEDU).

Quanto al primo profilo, deve essere sicuramente riconosciuto ai convenuti il diritto al rispetto della loro vita privata e familiare, ma lo stesso risulta inevitabilmente limitato dalla loro scelta di adibire parte della casa ad hotel. Anche il diritto previsto dall'art. 9.2 non può essere considerato assoluto. Infatti, pur volendo riconoscere che la gestione di un hotel secondo principi cristiani possa essere considerata una manifestazione della propria religione, essa incontra dei limiti, necessari e proporzionati, nel rispetto dei diritti e delle libertà delle controparti. Il diritto a non essere discriminati, poi, si ritiene perfettamente integrato dalle conclusioni raggiunte.

Il Giudice ha ipotizzato anche una ricostruzione in termini di discriminazione indiretta e ha sottolineato come, pur non condividendo questa soluzione, anch'essa sarebbe stata configurabile, né sarebbe stato possibile rinvenire una ragionevole giustificazione idonea ad escluderla.

Con la pronuncia del gennaio 2011, pertanto, è stato dichiarato il carattere discriminatorio del comportamento posto in essere dai convenuti e, considerando l'elevato grado di offensività dello stesso, è stato riconosciuto ai ricorrenti un risarcimento di 1.800 £.

I signori Bull hanno allora impugnato la decisione<sup>80</sup>, ritenendo ancora una volta che la discriminazione diretta sarebbe stata esclusa in ragione del fondamento alla base del proprio comportamento, connesso alla pratica sessuale e non all'orientamento sessuale. Quanto ad un'ipotesi di discriminazione indiretta, hanno sostenuto che nella decisione impugnata i rispettivi diritti delle controparti non sarebbero stati ben bilanciati.

Il difensore della coppia omosessuale, invocando l'*Equality and Human Rights Commission*, ha ribadito invece come la restrizione costituisca una discriminazione diretta perché, stante l'assimilazione interna al *Regulation* tra *civil partnership* e coppie sposate, era con queste ultime che andava operata la comparazione e verificata la disparità di trattamento, la quale non poteva che essere fondata sull'orientamento sessuale. Comunque, egli ha sostenuto come non potesse essere ammessa una giustificazione sulla base delle credenze religiose degli appellanti.

Oltre a richiamare la normativa già invocata nel primo grado di giudizio, la Corte d'appello ha fatto riferimento al *Regulation 4* dell'*Equality Act 2006*, il quale afferma che chi mette a disposizione del pubblico o di una parte del pubblico beni, strutture o servizi non può operare discriminazioni nei confronti di chi cerca di ottenerli o beneficiarne e, tra le altre ipotesi, fa esplicito riferimento alla sistemazione in albergo, pensione o istituzione simile<sup>81</sup>.

Riprendendo un precedente caso giurisprudenziale, il Giudice di secondo grado ha affermato che *“the criterion at the heart of the restriction, that the couple should be married, is necessarily linked to the characteristic of an heterosexual orientation”*. *There has in my view been direct discrimination by virtue of Regulation 3(1) and (3)(a) together with Regulation 4 – less favourable treatment*

---

<sup>80</sup> Court of Appeal (Civil Division) on Appeal from Bristol Civil Justice Centre, Bull & Bull v. Hall & Preddy, 10 febbraio 2012, EWCA Civ 83, Case No: B2/2011/0313 and B2/2011/0314, reperibile all'indirizzo: <https://www.judiciary.gov.uk/judgments/bull-v-hall-and-preddy/> (consultato il 28.08.2015).

<sup>81</sup> *“Equality Act 2006, regulation 4. Goods, facilities and services: (1) It is unlawful for a person (“A”) concerned with the provision to the public or a section of the public of goods, facilities or services to discriminate against a person (“B”) who seeks to obtain or to use those goods, facilities or services— (a) by refusing to provide B with goods, facilities or services. (2) Paragraph (1) applies, in particular, to—..... (b) accommodation in a hotel, boarding house or similar establishment.....”*.

*on grounds of sexual orientation*". Del resto, come rilevato dal cancelliere, il fatto che il trattamento riservato alle coppie non sposate fosse il medesimo a prescindere dal fatto che le stesse fossero eterosessuali o omosessuali, è irrilevante, poiché le prime possono sposarsi, le seconde no, rendendo quindi per loro assoluta la restrizione.

Con riferimento al *Regulation 14*, poi, il Giudice ha ritenuto che lo stesso riflettesse una chiara intenzione del legislatore, *"those who choose to offer services, especially (since there is specific reference to them) hoteliers, may not discriminate on grounds of sexual orientation"*.

Esclusa ogni contraddizione con la CEDU, con la sezione 13 dell'*Human Rights Act* e con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la Corte d'appello ha concluso rilevando che *"in a pluralist society it is inevitable that from time to time, as here, views, beliefs and rights of some are not compatible with those of others"*. A suo avviso, la pronuncia in esame non contraddice il diritto dei ricorrenti alla libera manifestazione delle proprie convinzioni religiose, ma ne proibisce l'espressione nel contesto commerciale che loro hanno scelto. Come chiarito dal Cancelliere, essi non sono tenuti a fornire camere matrimoniali a tutti, ma se lo fanno allora devono essere disposti a riconoscerle anche alle coppie omosessuali, almeno se si trovano in una *partnership* civile.

Con la pronuncia del febbraio 2012, pertanto, è stato rigettato il ricorso e dichiarata la sussistenza della discriminazione diretta.

## **2. Evoluzione normativa e dottrina**

### **2.1. Origini del principio di eguaglianza nel diritto privato**

La casistica tracciata solleva una pluralità di questioni, rispetto alle quali può essere individuato quale *leitmotiv* il ruolo del "principio di eguaglianza" nei rapporti privati e, in particolare, in relazione alla libertà contrattuale, dilemma storico del giurista e, ancor più, del privatista.

L'idea di eguaglianza, inoltre, deve essere coordinata con quella di discriminazione. Da un lato, infatti, il diritto non avrebbe nessuna possibilità di disciplinare le relazioni sociali ai vari livelli se non si preoccupasse di distinguere

ciascuna situazione per le sue specificità, ma al tempo stesso presupposto essenziale di ogni regolamentazione è la “negazione dell’arbitrio”, ed è in ciò che va rintracciata l’essenza dell’eguaglianza e/o della parità di trattamento<sup>82</sup>.

Non dovrebbe stupire, pertanto, il fatto che l’idea di eguaglianza poggi le proprie radici in tempi assai antichi, quando ben diversa era la percezione della stessa rispetto a quella oggi diffusa. Si ritiene che la paternità dell’“isonomia”, dell’eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge, venga rivendicata da Solone, di cui si legge: “Io ho redatto leggi eguali per il plebeo e per il nobile, fissando per ciascuno una retta giustizia”<sup>83</sup>.

Si tratta dell’affermazione dell’eguaglianza di ciascuno di fronte alla legge, principio divenuto poi cardine negli Stati moderni. Tale principio si trova infatti sancito nelle più importanti Carte degli ultimi secoli, a partire dalla Dichiarazione d’indipendenza redatta da Jefferson nel 1776 e dalla Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789, dove il valore simbolico del principio lo fa assurgere a forma di Stato, così come lo si ritrova nelle Costituzioni del secondo dopoguerra. Tra queste ultime vi è la nostra Carta del 1948 che, all’art. 3, afferma l’eguaglianza di tutti i cittadini davanti alle legge, individuando altresì i motivi che non possono importare cause di discriminazione e imponendo allo Stato la rimozione degli “ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana”.

Come emerge dallo stesso articolo 3, circoscrivere il principio di eguaglianza alla sola assenza di discriminazione nei confronti delle disposizioni normative rischierebbe di svuotarne la portata, soprattutto in un’era in cui il mercato, con le sue logiche, tende a prendere il posto degli apparati pubblici nella determinazione dell’accesso ai diritti sociali e ai beni che li soddisfano<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> *Inter alios*, D. Carusi, *Il principio di eguaglianza nel diritto civile: vecchie e nuove prospettive*, cit. 7 ss.

<sup>83</sup> Elegia riferita ad Aristotele, *La Costituzione degli Ateniesi*, XII, trad. it. E. Lanzilotta, *Sulla formazione del concetto di democrazia*, in A. D’Atena, E. Lanzilotta, (a cura di) *Alle radici della democrazia*, Roma, Carocci, 1998, 25.

<sup>84</sup> Cfr. G. Ferrara, *L’uguaglianza oggi*, in G. Alpa, V. Roppo (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma, Editori Laterza, 2013, 284 ss.; AA. VV., *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo. Un manifesto. Gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2005, 99 ss.

Se da un lato esso impone allo Stato e agli enti pubblici di porre in essere interventi positivi, volti a prevenire il rischio di discriminazioni, dall'altro ci si chiede se lo stesso assuma un ruolo precettivo anche nei rapporti tra i privati, se possa cioè costituire una regola di condotta per questi ultimi ed eventualmente in quali forme.

Alla luce della giurisprudenza analizzata, l'interrogativo da cui parte la riflessione è se, a fronte dell'albergatore che rifiuta di offrire la camera ad una coppia perché omosessuale o al proprietario di un immobile che non accetta di locarlo ad una cittadina della Costa d'Avorio solo perché di colore, possa essere posta solo una valutazione di tipo morale, o possa essere mosso un rimprovero giuridico.

Affrontando le varie ipotesi di questo tipo, le Corti si sono espresse alternativamente in termini di ragionevolezza, proporzionalità, richiamando principi quali la dignità o la parità di trattamento, ma perché possa ritenersi che i privati siano obbligati a rispettare il principio di eguaglianza nel senso di divieto di discriminazioni arbitrarie è necessario individuarne il fondamento normativo.

In tale contesto il tema diviene particolarmente problematico, poiché immediatamente evidenti sono le possibili collisioni con quello che viene tradizionalmente considerato il principio cardine delle relazioni private, quello di autonomia.

Sintomatico di tale tensione è l'atteggiamento assunto dalla dottrina civilistica: se il diritto pubblico per sua natura si è da sempre confrontato con il tema dell'uguaglianza, un'analisi approfondita dello stesso nell'ambito del diritto privato ha tardato ad arrivare.

Una prima sistematica trattazione del tema la si deve alla fine degli anni '50 al tedesco Hueck, dalle cui riflessioni ha tratto spunto la fondamentale analisi in materia di Pietro Rescigno<sup>85</sup>.

Secondo tale ricostruzione, presupposto fondamentale per l'affermazione del principio di eguaglianza come precetto rilevante nelle relazioni private è l'idea di

---

<sup>85</sup> P. Rescigno, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, Il Mulino, 1966, 335 ss.

“comunità”, da intendere come insieme di soggetti accumulati dai medesimi interessi in conflitto<sup>86</sup>.

È la sussistenza, o meglio la preesistenza, di tale rapporto che giustifica la parità di trattamento. Nel caso di un'associazione, ad esempio, detta tesi porta ad affermare che non è necessario che venga rispettato il principio nei confronti di chi ancora non ne fa parte, con la possibilità pertanto di escludere un aspirante membro anche laddove presenti tutti i requisiti richiesti dallo statuto, purché all'interno dell'associazione non sussistano discriminazioni tra i suoi iscritti<sup>87</sup>.

La rilevanza della comunità sta nel fatto che la stessa rende possibile e necessaria una “valutazione comparativa” tra i soggetti che ne fanno parte e solo all'interno della stessa sarebbe possibile allora l'operatività della parità di trattamento<sup>88</sup>, che viene qui assunta come equità.

Esempi di questa logica sarebbero la donazione che, salvo diversa volontà del donante, si intende fatta in parti uguali, o la società di capitali, nell'ambito della quale è prevista la parità di trattamento *pro quota* dei soci.

Viene escluso invece che il principio in esame possa essere fondato sulla buona fede, perché ritenuto concetto vago, o sul buon costume, non potendosi comunque configurare come immorale la disuguaglianza tra privati.

Al di fuori dell'ambito comunitario, l'eguaglianza può trovare espressione nelle relazioni tra privati come conseguenza dell'intervento dello Stato nell'economia, come nel caso dell'obbligo a contrarre del monopolista legale o quello delle condizioni generali di contratto, o dei contratti collettivi di lavoro.

Tanto in un caso quanto nell'altro, il principio non ha portata generale, ma trova spazio in quanto trattasi di ipotesi specifiche, che hanno la propria *ratio* nella

---

<sup>86</sup> Secondo questa teoria, si pone un problema di parità di trattamento quando vi è un conflitto di interessi, oppure il privilegio riconosciuto ad uno costituisce un danno per l'altro.

<sup>87</sup> D. Carusi, *Il principio di eguaglianza nel diritto civile: vecchie e nuove prospettive*, cit., 11. Contestualizzandola nel contesto di *common law*, lo stesso A. riporta la sentenza statunitense che ha giudicato illegittima la clausola statutaria del club Rotary, la quale precludeva alle donne l'accesso all'associazione. D. Carusi, *Principio di eguaglianza, diritto singolare e privilegio. Rileggendo i saggi di Pietro Rescigno*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, 24.

<sup>88</sup> Nell'opera in esame si parla alternativamente di eguaglianza e parità di trattamento, sebbene, come è emerso e come si cercherà successivamente di chiarire, si ritiene opportuno introdurre dei distinguo tra i due concetti, così come tra questi e quello di divieto di discriminazione.



sussistenza di relazioni antecedenti al rapporto contrattuale<sup>89</sup> o nella corretta esplicazione della concorrenza. Secondo questa analisi, l'eguaglianza deve ritenersi comunque in posizione di subordinazione rispetto alla libertà contrattuale<sup>90</sup>.

La ricostruzione offerta deve essere opportunamente analizzata tenendo conto di almeno tre aspetti. In primo luogo, il contesto di riferimento è quello strettamente economico-distributivo, tanto è vero che, nel momento in cui viene fatto riferimento alle qualità personali di cui all'art. 3 della Costituzione, si sottolinea come quest'ultimo non possa essere ritenuto indifferente nelle relazioni private, dovendosi escludere che ipotesi di disparità di trattamento possano essere fondate sulle caratteristiche in esso contemplate<sup>91</sup>. Si può ipotizzare allora che l'analisi condotta potrebbe assumere caratteri diversi nel momento in cui il fulcro del discorso venisse spostato dalle dinamiche economiche, regno della concorrenza, ai rapporti concernenti la persona, ai casi in cui l'esclusione o il rifiuto di contrarre trovano fondamento nelle caratteristiche personali dei contraenti e, in particolare, laddove il contesto di riferimento è quello dei mercati diretti a soddisfare bisogni essenziali.

In secondo luogo, nell'analisi offerta da Rescigno, seppur con il margine di apprezzamento indicato poco sopra, si ritiene che l'art. 3 della Costituzione debba essere letto esclusivamente come norma di principio per il legislatore e non anche come precetto direttamente vincolante, ciò che comporterebbe a suo avviso un'insanabile contraddizione con il riconoscimento dell'autonomia privata.

Oggi tale affermazione non sembra potersi più asserire con la medesima sicurezza. Pur dovendosene escludere un'applicabilità generalizzata nel rispetto della libertà negoziale, si va delineando la convinzione che anche in alcuni settori

---

<sup>89</sup> Carusi fa riferimento a una pluralità di comunità connesse e antecedenti ad una risorsa scarsa: quelle che sono esse stesse costitutive di una risorsa scarsa, quelle nascenti dalla convergenza di più titoli giuridici sulla stessa risorsa, quelle determinate da un atto giuridico privato che autonomamente decide di fornire il titolo ad una specifica pretesa in ordine ad una risorsa e, infine, quelle che traggono origine da una pluralità di atti giuridici di un medesimo privato, fonti di contrastanti pretese su risorse scarse. Cfr. D. Carusi, *Principio di eguaglianza, diritto singolare e privilegio. Rileggendo i saggi di Pietro Rescigno*, cit., 20-21.

<sup>90</sup> P. Rescigno, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, cit., 359.

<sup>91</sup> P. Rescigno, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, cit., 352.

privatistici vada individuata l'immediata applicazione del principio come divieto di discriminazione e/o obbligo di parità di trattamento<sup>92</sup>.

Infine, la difficoltà di declinare l'eguaglianza nell'ambito del diritto dei contratti deve essere ricondotta alla tendenziale sovrapposizione, che in tale pensiero si riscontra, tra il divieto di arbitrarie discriminazioni e la parità di trattamento; come già emerso anche dall'analisi della giurisprudenza in tema di differente calcolo dei premi assicurativi, i due concetti meritano invece degli opportuni distinguo.

Occorre ora verificare se l'evoluzione del pensiero giuridico interno e le prospettive aperte dal diritto comunitario, sia a livello di principi generali che di specifiche disposizioni normative, possano offrire nuova linfa al principio di eguaglianza.

## **2.2. Principio di eguaglianza e divieto di discriminazione**

Il primo comma dell'art. 3 della Costituzione, come già rilevato, non si limita ad affermare l'eguaglianza di tutti davanti alle legge, ma sancisce altresì la pari dignità sociale dei cittadini ed elenca una serie di motivi che non possono essere posti a fondamento di distinzioni, a fronte dei quali cioè deve essere considerata intollerabile qualsiasi differenziazione legislativa che li ponga alle proprie basi<sup>93</sup>.

È questa l'eguaglianza cosiddetta "formale", in quanto monito astratto per il legislatore, chiamato a trattare in modo uguale situazioni uguali e in modo diverso situazioni diverse, nel rispetto del criterio di ragionevolezza.

Su questo piano, il principio in esame comporta l'eguaglianza nei confronti delle leggi e della giurisdizione, il pari accesso ai diritti, ma non necessariamente anche l'effettivo godimento degli stessi e la medesima soggezione ai doveri pubblici<sup>94</sup>.

Almeno apparentemente più penetrante è l'eguaglianza cosiddetta sostanziale, prevista al secondo comma dell'art. 3. Se quella formale, tipica dello Stato di diritto, prescrive misure negative, quest'ultima, tipica dello Stato sociale, richiede

---

<sup>92</sup> Cfr. A. Celotto, R. Bifulco, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet Giuridica, 2006.

<sup>93</sup> Cfr. M. Olivetti, *Uguaglianza* (voce), in M. Flores D'Arcais (a cura di), *Dizionario dei diritti umani*, Torino, Utet, 2007.

<sup>94</sup> Cfr. P. Biscaretti Di Ruffia, *Uguaglianza (principio di)*, in Nss. Dig. It., vol. XIX, Torino, 1973, 1089 ss.

invece un intervento positivo, imponendo allo Stato il perseguimento di una parità effettiva, attraverso la rimozione degli “ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana”.

Nell’ampio dibattito dottrinario e giurisprudenziale concernente i due commi di tale disposizione, può considerarsi ormai raggiunto un consenso diffuso sul carattere precettivo e quindi direttamente azionabile in giudizio almeno del primo, mentre risulta ancora prevalente la tesi di un rilievo meramente programmatico del secondo.

Ciò significa che in relazione a quest’ultimo il legislatore è chiamato ad adottare determinati provvedimenti ma, in caso di sua inerzia, pur sussistendo una violazione del secondo comma dell’art. 3, il giudice costituzionale non potrà intervenire in sua sostituzione, ma potrà al più indirizzare appositi moniti. Il comportamento del legislatore sarà sindacabile allora solo in presenza di un intervento positivo, del quale dovrà verificarsi la conformità al principio di uguaglianza formale, cui rimane quindi strettamente collegato.

L’applicazione del secondo comma può però giustificare anche una deroga del primo; l’attuazione dello stesso, infatti, “non può non richiedere interventi derogatori della parità di trattamento di alcune situazioni ... elencate (nel c. 1), specie per quanto riguarda le condizioni personali e sociali (...) un contrasto fra i due commi non dovrebbe prospettarsi perché il secondo, lungi dal contraddire il primo, ne precisa la portata indirizzando il legislatore ad indagare quali siano le situazioni di fatto che abbisognano di un regolamentazione speciale”<sup>95</sup>.

Si può affermare che la ragionevolezza che il giudice è chiamato a verificare nel suo sindacato costituzionale sia la risultante del bilanciamento tra l’uguaglianza formale, che impone di non distinguere situazioni omologhe, e l’uguaglianza sostanziale, che richiede al contrario di dare rilievo ad elementi di fatto o a

---

<sup>95</sup> C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, CEDAM, Padova, 1975, 1033, cit. in A. Celotto, R. Bifulco, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, cit.

condizioni personali, al fine di rispondere all'imperativo costituzionale di rimuovere le disuguaglianze<sup>96</sup>.

Attraverso il principio di ragionevolezza si realizzerebbe una continuità tra i due commi, tale per cui il primo si riempirebbe di contenuto attraverso il secondo, “sì che la ragionevolezza delle distinzioni va valutata anche in base all'esigenza di realizzare l'eguaglianza sostanziale”<sup>97</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, occorre analizzare il rapporto del divieto di discriminazione con i due commi.

Fino a tempi recenti, il divieto era venuto espressamente in rilievo solo in ambito penalistico<sup>98</sup>, rivelandosi tuttavia inidoneo in tale sede a superare il problema che si andava diffondendo soprattutto con riferimento alla razza. Nel 1998 si sono susseguiti le legge n. 40, “Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero”, e il d. lgs. n. 286, T.U. sull'immigrazione. Tale disciplina, seguita da quella di derivazione comunitaria, ha colmato la lacuna allora esistente e, in particolare, ha fornito una precisa definizione di discriminazione, declinata con riferimento a diversi fattori. L'art. 43 del T.U. riconduce al concetto in esame “ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica”.

Almeno nelle sue prime formulazioni, il divieto di discriminazione si è posto come specificazione e rafforzamento del principio di eguaglianza formale, al

---

<sup>96</sup> Cfr. G. Guiglia, *Non discriminazione ed uguaglianza: unite nella diversità*, Gruppo di Pisa, 2012.

<sup>97</sup> F. Sorrentino, *Eguaglianza*, Torino, Giappichelli, 2011, 211.

<sup>98</sup> Il riferimento è alla legge n. 654 del 1975, che configurava la discriminazione come aggravante rispetto ad ipotesi di reato, e alla legge n. 205 del 1993, di conversione del d.l. 26 aprile 1993, n. 122. L'una e l'altra hanno avuto scarsa applicazione pratica, confermando l'opinione per cui la disciplina penalistica dovrebbe assumere una funzione sussidiaria rispetto alle misure civilistiche. Cfr. B. Troisi, *Profili civilistici del divieto di discriminazione*, cit.

quale avrebbe assicurato quel carattere di praticità e concretezza di cui lo stesso sembrerebbe stato altrimenti mancante<sup>99</sup>.

Tuttavia, a seguito della normativa richiamata e dell'attuale strategia europea, il principio di non discriminazione si è progressivamente affrancato da quello di eguaglianza, manifestando autonomia concettuale e giuridica ed assumendo un ruolo più definito anche nelle relazioni private.

In relazione a questi ultimi profili, come si vedrà più avanti, è significativo rilevare che nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea il divieto è stato collocato in una norma distinta da quella che sancisce l'eguaglianza formale, scindendolo così da ogni riferimento alla legge e rendendone almeno astrattamente possibile l'operatività anche nei rapporti interindividuali e non solo nei confronti del legislatore<sup>100</sup>.

Già Paladin, del resto, aveva sostenuto che i divieti di discriminazione elencati al primo comma dell'art. 3 non dovessero essere considerati una mera specificazione del principio di eguaglianza, ma “norme a se stanti, che si sovrappongono al principio d'uguaglianza formale ed in tal senso vi apportano una deroga, sebbene allo scopo d'una più radicale parificazione giuridica”<sup>101</sup>.

Solo in tali termini emerge la tensione latente tra eguaglianza formale e divieto di discriminazione. La prima è qualificata come formale proprio perché si caratterizza per l'astrazione, manifesta indifferenza nei confronti delle caratteristiche dei soggetti concreti, cui non riconosce rilevanza giuridica<sup>102</sup>. Volendo esemplificare il senso di tale assunto, tutti devono avere accesso ai diritti in virtù di leggi generali ed astratte, senza che il legislatore possa introdurre differenziazioni. Il divieto di discriminazione, invece, è volto a valorizzare determinate caratteristiche personali affinché non siano causa di discriminazione. Tale divieto non impone quindi che nessuna differenziazione sia operata in presenza di determinati fattori, ma è anzi essenziale talvolta che delle previsioni

---

<sup>99</sup> Cfr. D. La Rocca, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, cit. 47 ss.

<sup>100</sup> *Ibidem*.

<sup>101</sup> L. Paladin, *Eguaglianza (dir. cost.)*, in Enc. Dir., vol. XIV, Milano, 1965.

<sup>102</sup> Cfr. D. La Rocca, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, cit. 14 ss.

specifiche siano introdotte affinché quelle stesse caratteristiche personali non divengano di ostacolo all'eguale accesso ai diritti.

La *ratio* della norma deve essere allora individuata nel divieto di porre tali qualità personali a fondamento di discriminazioni nel godimento dei diritti. Una previsione normativa può introdurre un trattamento disuguale senza per questo essere discriminatoria, purché non sia irragionevole, ciò che viene richiesto è il rispetto di un canone generale di ragionevolezza nell'adozione delle scelte legislative e di una coerenza interna all'ordinamento<sup>103</sup>.

Dietro l'apparente gioco di parole si cela il nodo della distinzione tra parità di trattamento e divieto di discriminazione.

Sul punto in realtà non pare registrarsi una posizione uniforme, essendo ancora diffusa l'idea per cui si avrebbe una tendenziale sovrapposizione dei due concetti e si potrebbe anzi affermare che la disparità di trattamento, in quanto negazione dell'eguaglianza, sia proprio la sostanza della discriminazione<sup>104</sup>.

A tale orientamento sembra potersi contestare una generale confusione tra essenza e manifestazione del fenomeno. Se è vero infatti che a fronte di un trattamento meno favorevole per un soggetto rispetto a quello riservato ad altri deve in genere rintracciarsi una discriminazione, non può ugualmente affermarsi che ogni qualvolta vi sia una discriminazione ci sia anche una disparità di trattamento. Diverso è il fulcro dei due fenomeni: il primo è incentrato su un giudizio di tipo relazionale, che diviene sintomatico ma non essenziale quando si parla di discriminazione, rispetto alla quale risulta invece focale il ruolo assunto dal cd. "fattore di rischio". Del resto, anche la normativa comunitaria, quando individua la discriminazione nel comportamento meno favorevole di una persona rispetto a quello che sarebbe stato riservato ad un'altra nella medesima situazione, non

---

<sup>103</sup> Cfr. C. Troisi, *Divieto di discriminazione e forme di tutela. Profili comparatistici*, Torino, Giappichelli Editore, 2012, 33 ss.

<sup>104</sup> *Inter alios*: P. Rescigno, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, cit.; D. Carusi, *Principio di eguaglianza, diritto singolare e privilegio. Rileggendo i saggi di Pietro Rescigno*, cit.; *Id.*, *Il principio di eguaglianza nel diritto civile: vecchie e nuove prospettive*, cit.

sovrappone i due concetti, poiché il confronto è volto solo a far emergere il ruolo giocato dalla specifica qualità personale<sup>105</sup>.

Al fine di esemplificare il ragionamento, emblematico è il noto caso *Plessy v. Ferguson*, in cui una compagnia ferroviaria privata, pur garantendo a tutti i passeggeri i medesimi servizi alle stesse condizioni, aveva predisposto dei vagoni solo per i bianchi ed altri solo per le persone di colore<sup>106</sup>. Non vi è in ciò un trattamento deteriore dei neri, eppure è evidente il carattere discriminatorio del comportamento che, estremizzando, si ritiene non avrebbe cessato di essere tale neppure se fossero state garantite agli stessi condizioni maggiormente favorevoli. La discriminazione va rintracciata nella distinzione del diverso in quanto percepito come tale, nell'incidenza rispetto all'adozione di quella specifica condotta contrattuale di una determinata qualità personale del soggetto che, secondo una valutazione sociale tipica, ha una possibile rilevanza discriminatoria e che può conseguente comportare una lesione della dignità o della libertà personale<sup>107</sup>.

Tale conclusione ha un fondamentale risvolto nel momento in cui si considerano le relazioni private. Il divieto di discriminazione non impone l'obbligo a contrarre con chiunque alle medesime condizioni, ma di non operare delle differenziazioni sulla base di determinati fattori di rischio. Altrimenti, si avrebbe la completa negazione dell'autonomia privata, nonché l'effetto indiretto di far ricadere sul privato i compiti e i costi che l'art. 3 della Costituzione assegna alla "Repubblica in tutte le sue articolazioni"<sup>108</sup>.

Sebbene anche nei rapporti intersoggettivi quando si parla di divieto di discriminazione è inevitabile il richiamo all'art. 3 della Costituzione, è opportuno tenere distinta la parità contrattuale dall'eguaglianza sostanziale, prevista dal secondo comma di detta disposizione, cui non sempra essere preordinato il

---

<sup>105</sup> Cfr. D. Maffei, *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2008, 411 ss. *Contra*, B. Troisi, *Profili civilistici del divieto di discriminazione*, cit.

<sup>106</sup> *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1986), *amplius* A. Gentili, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2009, 226 ss.

<sup>107</sup> A. Gentili, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, cit., 228.

<sup>108</sup> A. Gentili, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, cit., 231; D. La Rocca, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo* cit., 132.

contratto<sup>109</sup>. In assenza di uno specifico intervento legislativo sul punto, il contratto, in quanto strumento dell'economia di mercato, non può né deve divenire il mezzo per rimuovere le cause di disuguaglianza sostanziale<sup>110</sup>. Il senso del divieto di discriminazione in ambito privato non è quello di superare condizioni di debolezza, ma di evitare che, sulla base di meri preconcetti, per alcuni soggetti sia precluso o reso più gravoso l'accesso al mercato, generando "sub-mercati segmentati per gruppi sociali"<sup>111</sup>.

### **2.3. Principio di uguaglianza e divieto di discriminazione nella dimensione europea**

#### **a) Dall'“Europa dei mercati” all'“Europa dei diritti”<sup>112</sup>**

Con un significativo scarto temporale rispetto ai Paesi fondatori, l'Unione europea ha gradualmente esteso la propria azione al campo dei diritti sociali, superando la dimensione prettamente funzionale ed economica che aveva caratterizzato l'integrazione degli anni '50 e '60.

Le ragioni della timidezza dell'iniziale approccio ai diritti fondamentali vanno ricercate nell'impostazione settoriale e funzionalista dei primi trattati, ciascuno incentrato su specifici ambiti economici. Tale logica non li rendeva idonei ad accogliere un preambolo dedicato alla dichiarazione dei diritti fondamentali, ed è per questo che inizialmente le due sfere, quella economica e quella sociale, sono restate nettamente separate; alla seconda era dedicata la Convenzione per la

---

<sup>109</sup> Una tesi differente è sostenuta da Pasetti, secondo il quale l'art. 3 c. 2 della Costituzione ha la portata di un principio generale anche in ambito contrattuale, avendo il ruolo di garantire la funzione stessa del contratto e dell'autonomia privata. G. Pasetti, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970, cit. in D. Maffei, *Il contraente e la disparità di trattamento delle controparti*, in *Rivista di diritto privato*, 2006, 286.

<sup>110</sup> Basti pensare sul punto al tema dell'alloggio.

<sup>111</sup> Cfr. D. La Rocca, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, cit. 132; D. Maffei, *Il contraente e la disparità di trattamento delle controparti*, cit., 285 ss.

<sup>112</sup> La formula è stata richiamata da vari autori, in modo più o meno critico, *inter alios*, S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, Editori Laterza, 2012, 29; G. Azzariti, *Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei diritti di Nizza*, in M. Siclari (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2003, 70.



salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma nel 1950<sup>113</sup>.

Un ruolo centrale per il mutamento di questa situazione è stato assunto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, attenta ad assicurare il rispetto dei diritti fondamentali della persona, derivanti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri e dai Trattati internazionali cui gli stessi avevano aderito.

Gli ambiti d'intervento dell'Unione europea si sono così gradualmente ampliati, manifestando la volontà degli Stati membri di condurre un'azione comune anche in alcuni dei settori originariamente lasciati all'esclusiva competenza nazionale.

Un primo passo è stato compiuto con l'Atto Unico del 1986<sup>114</sup>, con il quale la Comunità, affermando di voler “promuovere insieme la democrazia basandosi sui diritti fondamentali sanciti dalle costituzioni e dalle leggi degli Stati membri, dalla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, e delle libertà fondamentali e dalla Carta sociale europea, in particolare la libertà, l'uguaglianza e la giustizia sociale”, ha iniziato a porre le prime basi normative per una politica sociale sopranazionale<sup>115</sup>.

La chiave di volta di tale processo, già portato avanti dal Trattato di Amsterdam, va individuata nel Trattato di Lisbona, con il quale si è ridefinito il contenuto dei valori e degli obiettivi dell'Unione, corroborandone la dimensione sociale e aprendo la strada ad una rinnovata considerazione del rapporto tra libertà economiche e diritti della persona<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> *Diritti fondamentali e non discriminazione*, disponibile sul sito [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/treaties/amsterdam\\_treaty/a10000\\_it.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/amsterdam_treaty/a10000_it.htm), consultato il giorno 18.05.2013.

<sup>114</sup> L'Atto Unico europeo è entrato in vigore il 01.07.1987 e costituisce la prima modifica sostanziale del Trattato che istituisce la CEE. In particolare, per quanto riguarda la politica sociale, è prevista la possibilità per il Consiglio di adottare nel quadro della procedura di cooperazione prescrizioni minime per promuovere “il miglioramento (...) dell'ambiente di lavoro, per tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori” e viene attribuito alla Commissione il compito di sviluppare il dialogo sociale a livello europeo.

<sup>115</sup> S. Giubboni, *I diritti sociali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: paradossi, rischi e opportunità*, in C. Salvi (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, Giappichelli Editore, 2012, 95 ss.

<sup>116</sup> Così, almeno a voler seguire quella tesi che A. Cantaro ha definito come “eurottimismo costituzionale”. Secondo la diversa opinione dell'A., invece, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea avrebbe determinato piuttosto una “decostituzionalizzazione dei diritti sociali” a causa dell’“ambigua struttura redazionale” della Carta di Nizza e dell'assenza di ogni gerarchia tra i diritti. Ad avviso dell'A., “se tutti i diritti sono egualmente fondamentali, nessun diritto, dal punto di vista logico, è realmente fondamentale”. L'ambiguità e l'indeterminatezza

Con la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nella quale per la prima volta viene espressamente indicata l'eguaglianza tra i principi base dell'ordinamento, e in particolare con il riconoscimento alla stessa del medesimo valore giuridico dei Trattati, si è poi realizzato quello che è stato definito "il passaggio da un'Europa fondata soprattutto sul mercato ad una in primo luogo ancorata ai diritti"<sup>117</sup>.

La portata innovativa del Trattato di Lisbona, riguardo al rafforzamento dei valori e degli obiettivi sociali dell'Unione, emerge con chiarezza fin dal Preambolo, in cui si dichiara l'ispirazione "alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, e dello Stato di diritto".

Ma altrettanto degni di nota sono gli artt. 2 e 3 delle "Disposizioni comuni" con cui si apre il Titolo I del TUE, come modificato. L'art. 2 sancisce che l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e della tutela dei diritti umani, compresi quelli appartenenti alle minoranze. Riconosce inoltre che tali valori sono "comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini"<sup>118</sup>. L'art. 3 afferma poi che "l'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore".

---

della Carta di Nizza, poi, avrebbe comportato un'ampia libertà valutativa dell'interprete e una "desocializzazione" dei diritti sociali, che si sarebbero trovati nuovamente dominati dalla logica di mercato. A. Cantaro, *Diritti sociali e neocostituzionalismo europeo*, in D. La Rocca (a cura di) *Diritti e società di mercato nella scienza giuridica europea*, Torino, Giappichelli Editore, 2006, 91 ss.

<sup>117</sup> S. Rodotà, *I nuovi diritti che hanno cambiato il mondo*, in La Repubblica, 26.10.2004.

<sup>118</sup> Come sottolineato da Pinelli, non è privo di rilievo il fatto che l'art. 2 TUE riproduca esattamente il contenuto dell'art. I-2 TCost. C. Pinelli, *Il preambolo, i valori, gli obiettivi*, in F. Bassanini, G. Tiberi (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, il Mulino, 2010, 67-74.

Da tali disposizioni emerge sia un'adesione a valori comuni, che non erano richiamati nei trattati precedenti, sia la scelta di anteporre i valori agli obiettivi<sup>119</sup>, da cui potrebbe conseguire una propensione della Corte di giustizia ad orientare la propria giurisprudenza sulla base di una gerarchia di valori fondamentali<sup>120</sup>.

I diritti sociali hanno così assunto una rilevanza trasversale<sup>121</sup>. Ciò emerge con tutta evidenza nelle previsioni secondo le quali, nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione terrà conto “delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana” (art. 9 TFUE) e si impegnerà nel “combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale” (art. 10 TFUE).

A tali obiettivi viene assegnato un ruolo centrale rispetto a tutti i campi d'operatività dell'Unione, ponendo l'esigenza di un collegamento diretto e necessario tra tutte le politiche e le azioni sopranazionali<sup>122</sup>.

Può essere collocato in questo solco il percorso normativo e giurisprudenziale che ha portato anche a livello europeo all'affermazione del principio di eguaglianza e del divieto di discriminazione.

## **b) Principio di eguaglianza e divieto di discriminazione nell'ordinamento europeo**

Come anticipato, il principio di uguaglianza non ha trovato esplicita enunciazione nei trattati europei fino al 2000, quando è stata proclamata a Nizza la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il Trattato di Maastricht, infatti, si limitava ad individuare quali principi fondanti: “libertà, democrazia, rispetto dei

---

<sup>119</sup> A. Pilette e E. De Poncins, *Valeurs, objectifs et nature de l'Union, in Genèse et destinée de la Constitution européenne*, a cura di G. Amato, H. Bribosia e B. De Witte, Bruxelles, Bruylant, 2007, 302, cit. in C. Pinelli, *Il preambolo, i valori, gli obiettivi*, cit.

<sup>120</sup> N. Gros-Verheyde, *The Fight for Values: a Reversal of Principles*, in *Europolitics*, 7 November 2007, n. 3407, 7. Cit. in C. Pinelli, *Il preambolo, i valori, gli obiettivi*, cit.

<sup>121</sup> S. Giubboni, *I diritti sociali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: paradossi, rischi e opportunità*, cit., 101.

<sup>122</sup> S. Giubboni, *L'ambigua novità dei diritti sociali europei*, in D. La Rocca (a cura di) *Diritti e società di mercato nella scienza giuridica europea*, Torino, Giappichelli Editore, 2006, 137-148.

diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri". Un rilievo implicito dello stesso poteva semmai desumersi dal riferimento ai diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, rinvio inidoneo tuttavia a riconoscergli il medesimo significato degli altri principi fondamentali.

Fino a quel momento, pertanto, l'uguaglianza era stata affermata principalmente a livello giurisprudenziale, grazie all'attività interpretativa della Corte di giustizia che, desumendola dai singoli divieti di discriminazione presenti nel diritto primario, gli aveva assegnato una funzione del tutto analoga a quella sancita dalle Costituzioni degli Stati membri. È stata proprio un'incessante attività delle corti a consentire all'uguaglianza di assumere la dimensione di principio generale dell'ordinamento europeo, come emerge chiaramente da una pronuncia del 1980, vent'anni prima della sua proclamazione espressa, nella quale si afferma che "il principio generale di eguaglianza, di cui il divieto di discriminazione a motivo della cittadinanza è solo un'espressione specifica, è uno dei principi fondamentali del diritto comunitario"<sup>123</sup>.

Tracce del divieto di discriminazione, invece, si trovano fin dai primi Trattati, sebbene anche rispetto a questo tema debba riscontrarsi il medesimo timido approccio che ha caratterizzato l'affermarsi dei diritti sociali; deve evidenziarsi come la prima enunciazione del divieto di discriminazione sia stata ben lontana da quella che la caratterizza oggi, improntata com'era ad una *ratio* prettamente economica, preordinata alla realizzazione di un mercato comune e volta ad assicurare la libera circolazione di merci, persone e capitali<sup>124</sup>.

Il Trattato di Roma sanciva il divieto di discriminazione solamente in due ipotesi. La prima era quella della discriminazione sulla base della nazionalità (art. 6), cui si ricollegava la libertà di circolazione dei lavoratori subordinati (art. 39), di stabilimento (art. 43), di prestazione dei servizi (art. 49), di circolazione delle

---

<sup>123</sup> Corte di giustizia, sentenza 8 ottobre 1980, causa 810/79, reperibile all'indirizzo: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=90705&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=48067>.

<sup>124</sup> Cfr. D. La Rocca, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, cit. 55 ss.

merci (artt. 30 e 90), nonché le disposizioni sulle organizzazioni comuni dei mercati agricoli e quelle in materia di concorrenza (artt. 81 e 82). La seconda previsione era l'art. 119, che imponeva obblighi di parità salariale tra uomo e donna, anch'esso strettamente connesso all'esigenza di porre un freno ad uno dei fattori distorsivi della concorrenza tra mercati territoriali e settori produttivi.

Né una maggiore apertura veniva dalla CEDU, la quale, pur affermando il divieto di discriminazione, non gli riconosceva carattere sostanziale, dovendosi applicare lo stesso esclusivamente in combinato disposto con gli altri diritti previsti dalla Convenzione o che, pur non essendo affermati in modo esplicito nella sessa, vi trovavano il proprio fondamento giuridico<sup>125</sup>.

In questa prima fase, dunque, vi era un richiamo al divieto di discriminazione, ma non gli veniva riconosciuta una valenza fondativa, rimanendo lo stesso confinato ai soli ambiti aventi un rilievo diretto nella sfera di competenza comunitaria<sup>126</sup>.

Con la Carta di Nizza<sup>127</sup> l'approccio muta radicalmente e si registra anche il superamento di quella tendenziale sovrapposizione dei due concetti che aveva portato ad interpretare il divieto di discriminazione esclusivamente secondo lo schema dell'eguaglianza formale, tale per cui non possono essere trattate in modo diverso situazioni simili e in modo uguale situazioni differenti, salvo non si registri un'obiettiva giustificazione.

---

<sup>125</sup> Art. 14 CEDU.: "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione". Un tentativo di ampliare la portata antidiscriminatoria della CEDU si è avuto nel 2000 con l'elaborazione del protocollo n. 12, in cui si afferma che lo stesso viene elaborato, "tenuto conto del principio fondamentale, secondo il quale tutte le persone sono uguali innanzi alla legge e hanno diritto alla stessa protezione da parte della legge (...) Risolti ad adottare ulteriori misure per promuovere l'uguaglianza di tutte le persone mediante l'applicazione collettiva di un divieto generale di discriminazione mediante la Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali". Tuttavia, sebbene lo stesso sia entrato in vigore dal 2005, ancora pochi Stati lo hanno ratificato.

<sup>126</sup> Cfr. D. La Rocca, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, cit., 58.

<sup>127</sup> Al suo esordio, mancando una ratifica da parte degli Stati membri, si riteneva che la Carta non potesse considerarsi giuridicamente vincolante. Già in sede di proclamazione, in realtà, il Parlamento aveva proposto di inserire nell'art. 6 TUE un esplicito riferimento ad essa, ma alcuni Stati membri manifestarono una ferma opposizione. Gran parte della dottrina, tuttavia, già da tempo le ha riconosciuto rilievo interpretativo sia per la Corte di giustizia che per le Corti costituzionali nazionali; infine, nel 2009 con il Trattato di Lisbona ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, assolvendo il mandato conferitogli dal vertice di Colonia del 1999, ha provveduto ad esplicitare il catalogo di diritti fondamentali che nel corso degli anni si era formato a livello giurisprudenziale sulla base della CEDU. e delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri<sup>128</sup>.

L'intero capo III viene dedicato all'eguaglianza, che assume pertanto posizione centrale nel sistema dei diritti cui la Carta si ispira e all'interno del quale ai due principi vengono significativamente dedicate due distinte disposizioni.

L'art. 20 consacra il principio di eguaglianza formale, laddove recita: "Tutte le persone sono uguali davanti alla legge", epurando la norma anche da ogni valenza simbolica che poteva assumere il termine "cittadini"<sup>129</sup>.

All'art. 21 viene sancito invece il divieto di "qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali"<sup>130</sup>.

Tale disposizione, articolata secondo un così ricco catalogo di fattori, si pone in stretta relazione con l'altra norma fondamentale in materia, l'art. 13 TCE, ora art. 19 novellato del TFUE, attraverso il quale si può dire che si sia aperto un nuovo

---

<sup>128</sup> Cfr. G. Braga, *Il principio di eguaglianza nell'ordinamento europeo*, in S. Mangiameli (a cura di) *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, Milano, Giuffrè, 2006, 316.

<sup>129</sup> All'esplicita affermazione del principio di eguaglianza formale non si accompagna quello di eguaglianza sostanziale che invece, a voler tener conto del mandato di Colonia e della valenza costituzionale della Carta, non sarebbe dovuto mancare. Il principio di eguaglianza sostanziale si presta ad assumere un ruolo programmatico, preordinato anche al riequilibrio futuro di situazioni di disuguaglianza. Cfr. G. Braga, *Il principio di eguaglianza nell'ordinamento europeo*, cit., 320-321.

<sup>130</sup> È stato tuttavia rilevato come la possibilità di una lettura espansiva delle discriminazioni si sia affermata a partire dalla sentenza Mangold. In tale occasione, pur in assenza di una tradizione comune in materia di discriminazione sulla base dell'età, la Corte di giustizia ha ritenuto che la stessa potesse essere ricavata dal contesto giuridico europeo, attraverso una lettura evolutiva del principio generale di uguaglianza, da considerare come una componente essenziale delle tradizioni costituzionali comuni. Corte di giustizia, 22 novembre 2005, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, C-144/04, in Raccolta, 2005, 9981. Cfr. S. Ninatti, *Ieri e oggi delle tradizioni costituzionali comuni: le novità nella giurisprudenza comunitaria*, in G. D'Elia, G. Tiberi, M. P. Viviani Schlein, *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Giuffrè, Milano, 2012, 548.

corso per il diritto antidiscriminatorio<sup>131</sup>, una nuova “età dell’oro”<sup>132</sup>. Tale previsione normativa, inserendosi nel quadro delle ampliate competenze dell’Unione europea, ha assegnato al Consiglio la facoltà di adottare, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, “i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l’origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l’età o le tendenze sessuali”<sup>133</sup>, superando così i confini di un divieto di discriminazione connesso ai soli fattori della nazionalità e del sesso.

Tale approccio, pur criticabile per il fatto di non imporre obblighi diretti agli Stati, che continuano a vantare una forte autonomia attraverso il ricorso al “margine di apprezzamento”, ha il merito di aver conferito al principio di eguaglianza un carattere trasversale, che lo ha reso “principio guida” delle politiche comunitarie<sup>134</sup>.

È su queste basi che a partire dagli anni 2000 l’Unione Europea ha iniziato a confrontarsi in modo sistematico con il problema dell’integrazione razziale o etnica e, più in generale, con l’esigenza di tutelare da ipotesi di esclusione i soggetti esposti al rischio di discriminazione.

Nel 1999, in occasione del Consiglio europeo di Tampere, la Commissione fu sollecitata a presentare proposte di attuazione dell’art. 13 TCE e gli Stati membri furono invitati ad elaborare programmi nazionali per contrastare la discriminazione. L’anno successivo è stato istituito il *Programma d’azione*

---

<sup>131</sup> Il passaggio da un diritto antidiscriminatorio a carattere economico ad uno focalizzato sulla persona emerge da quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza del 10 febbraio 2000, *Deutschhe Telekom AG c Lilli Schroder*: “la finalità economica perseguita dall’art. 119 del Trattato, consistente nell’eliminazione delle distorsioni della concorrenza tra le imprese stabilite in diversi Stati membri, riveste carattere secondario rispetto all’obiettivo sociale, insito nella disposizione stessa, il quale costituisce l’espressione del diritto fondamentale della persona umana a non essere discriminata in base al proprio sesso”. Corte di giustizia, 10 febbraio 2000, *Deutschhe Telekom AG c. Lilli Schroder*, C-50/96, in Raccolta I-743.

<sup>132</sup> L’espressione, largamente accolta in dottrina, è di M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, Giuffrè Editore, 2007.

<sup>133</sup> Ora l’art. 19.1 TFUE prevede che: “Fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell’ambito delle competenze da essi conferite all’Unione, il Consiglio, deliberando all’unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l’origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l’età o l’orientamento sessuale”.

<sup>134</sup> Cfr. D. La Rocca, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, cit.

*comunitario per combattere le discriminazioni* (2000/750/CE) e tra il 2000 e il 2006 si sono susseguite ben cinque direttive, le cd. Direttive di “nuova generazione”<sup>135</sup>, che hanno visto la decisa presa di posizione dell’Unione Europea contro la discriminazione.

Ad inaugurare *l’iter* è stata la Direttiva 2000/43/CE del Consiglio del 29 giugno 2000, attuata in Italia con il d. lgs. n. 215 del 9 luglio 2003. Questa, nel vietare le discriminazioni basate sulla razza o l’origine etnica, ha segnato un primo traguardo per la lunga attività delle Istituzioni comunitarie contro le forme di intolleranza, razzismo e xenofobia. Essa ha assunto anche un particolare ruolo simbolico. Infatti, a fronte di due fenomeni concomitanti, l’ingresso nella coalizione di Governo austriaco di un partito estremista<sup>136</sup>, dalle chiare tesi razziste e xenofobe, e l’imminente adesione all’Unione europea di nuovi Stati, la stessa è apparsa come l’occasione per manifestare la volontà di assicurare l’uguaglianza di tutte le razze e di respingere quelle teorie che tentano di dimostrare l’esistenza di razze umane superiori.

La direttiva, nello stabilire all’art. 2 che il “principio della parità di trattamento comporta che non sia praticata alcuna discriminazione”, definisce ed amplia la portata del concetto, distinguendo tra discriminazione diretta<sup>137</sup> e indiretta<sup>138</sup>, e ricomprendendovi anche la molestia<sup>139</sup> e l’ordine di discriminare.

---

<sup>135</sup> S. Fredman, *Equality: a New Generation?*, in *Industrial Law Journal*, 2001, 145-168.

<sup>136</sup> Nelle elezioni federali austriache del 1999 aveva raggiunto il 27% dei voti il partito FPÖ, guidato da Jörg Haider, noto per una campagna contro gli stranieri.

<sup>137</sup> Art. 2, comma 2, lettera a): “sussiste discriminazione diretta quando, a causa della sua razza od origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga”. È richiesto un giudizio relazionale, tale per cui il carattere discriminatorio del comportamento non potrebbe essere apprezzato se non in rapporto al trattamento riservato a coloro che non presentano quella determinata caratteristica personale.

<sup>138</sup> Art. 2, comma 2, lettera b): “sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone, a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari”. Tale valutazione implica un giudizio di ragionevolezza, da cui si ricava la non sovrapponibilità del divieto di discriminazione e del principio di parità di trattamento. Cfr. B. Troisi, *Profili civilistici del divieto di discriminazione*, cit.

<sup>139</sup> Art. 2, comma 3: “Le molestie sono da considerarsi, ai sensi del paragrafo 1, una discriminazione in caso di comportamento indesiderato adottato per motivi di razza o di origine etnica e avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo. In questo contesto, il concetto di molestia può essere definito conformemente alle leggi e prassi nazionali degli Stati membri”.



Tale disciplina si è proposta come presupposto per una società democratica e tollerante, predisponendo azioni che vanno al di là dell'accesso alle attività di lavoro dipendente e autonomo per coprire ambiti quali l'istruzione, la protezione sociale, compresa la sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria, le prestazioni sociali, l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, incluso l'alloggio.

Nello stesso anno la Direttiva n. 78 del 27 novembre 2000<sup>140</sup> ha sancito la parità di trattamento con riferimento alla religione, alle convinzioni personali, all'handicap, all'età, alle tendenze sessuali, ma con un campo di applicazione limitato all'occupazione e alle condizioni di lavoro.

Due anni dopo la Direttiva n. 2002/73/CE<sup>141</sup> del Parlamento europeo e del Consiglio ha modificato la Direttiva n. 76/207/CEE, in materia di accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro tra gli uomini e le donne. In tale occasione l'intervento dell'Unione si è limitato ad un'opera di omogeneizzazione della discriminazione di genere rispetto alle due direttive che l'avevano preceduta, tenendo conto delle nuove disposizioni del Trattato e facendo propri i progressi raggiunti dalla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia.

Nel 2004 la direttiva n. 2004/113/CE<sup>142</sup> del Consiglio ha posto l'obiettivo di perseguire la parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi, e alla loro fornitura. La normativa trova applicazione nei confronti di tutte quelle persone che “forniscono beni e servizi che sono a disposizione del pubblico, indipendentemente dalla persona interessata per quanto riguarda sia il settore pubblico che quello privato, compresi gli organismi pubblici e che sono offerti al di fuori dell'area della vita privata e familiare e delle transazioni effettuate in questo ambito”.

Una disciplina specifica viene poi dettata per il contratto di assicurazione, affinché il sesso non rilevi ai fini della determinazione del premio<sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup> Attuata in Italia con il d.lgs. n. 216 del 9 luglio 2003.

<sup>141</sup> Attuata in Italia con il d.lgs. n. 145 del 30 maggio 2005.

<sup>142</sup> Attuata in Italia con il d. lgs. n. 196 del 6 novembre 2007.

<sup>143</sup> Come visto, tale previsione ha dato luogo ad un importante caso giurisprudenziale, *supra* Caso *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*, Corte di giustizia C-236/09.

Infine, la direttiva n. 2006/54/CE<sup>144</sup> del Parlamento europeo e del Consiglio è tornata ad occuparsi di pari opportunità e di parità di trattamento tra fra uomini e donne in materia di occupazione e di impiego.

Con riferimento allo specifico campo d'indagine, le due direttive che vengono maggiormente in rilievo sono la n. 2000/43/CE e la n. 2004/113/CE. La prima non sembra apporre limiti significativi all'ambito di operatività del divieto e assume un approccio inclusivo e di equiparazione dei diritti e delle libertà fondamentali, laddove al considerando n. 4 afferma che: “È importante rispettare tali diritti e libertà fondamentali, tra cui il diritto alla libertà di associazione. È altresì importante riguardo all'accesso ai beni e ai servizi e alla fornitura degli stessi, rispettare la protezione della vita privata e familiare e delle transazioni operate in tale contesto”. Inoltre, al considerando n. 9 attribuisce al divieto un ruolo centrale per il perseguimento “degli obiettivi del trattato CE, in particolare il raggiungimento di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà (...) sviluppare l'Unione europea in direzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia”.

A causa di un supposto errore di traduzione, la versione italiana della direttiva e il decreto legislativo di attuazione hanno contribuito a renderne ancora più ampia l'operatività<sup>145</sup>. Negli altri testi normativi, infatti, si parla di accesso e fornitura di beni e servizi “che sono disponibili al pubblico”, mentre il traduttore e il legislatore italiano hanno ommesso ogni riferimento alla tipologia contrattuale, senza peraltro offrire alcuna giustificazione a riguardo.

Nella direttiva del 2004 il divieto di discriminazione risulta ben più circoscritto. In primo luogo, il riferimento alla tutela della vita privata e familiare e alle transazioni effettuate in tale ambito viene presentato al considerando n. 4 come diritto che deve essere oggetto di bilanciamento con il diritto all'uguaglianza dinanzi alla legge e alla tutela contro la discriminazione: lo stesso viene incluso tra gli “altri” diritti e libertà fondamentali che devono essere “al tempo stesso”

---

<sup>144</sup> Attuata in Italia con il d. lgs. n. 5 del 25 gennaio 2010.

<sup>145</sup> Cfr. B. Checchini, *Eguaglianza, non discriminazione e limiti dell'autonomia privata: spunti per una riflessione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012.

rispettati. Tale impostazione trova conferma all'articolo 3 che, come si è visto, nel definire il campo di applicazione della direttiva non solo circoscrive lo stesso ai beni e servizi "a disposizione del pubblico", ma sottolinea anche che gli stessi devono trovarsi "al di fuori dell'area della vita privata e familiare e delle transazioni effettuate in questo ambito".

Inoltre, forse con l'intento di far tacere quanti all'indomani della direttiva del 2000 avevano etichettato il divieto come negazione della libertà contrattuale, il legislatore comunitario si è preoccupato in quest'occasione di ribadire il riconoscimento della stessa, sottolineando al considerando n. 14 che "Ogni persona gode della libertà contrattuale, inclusa la libertà di scegliere un contraente per una transazione. La persona che fornisce beni o servizi può avere vari motivi soggettivi per la scelta del contraente. 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".

Il percorso avviato nei primi anni Duemila, tuttavia, non sembra ancora concluso. La Commissione, pur riconoscendo che la legislazione antidiscriminatoria ha prodotto dei cambiamenti nel diritto nazionale degli Stati membri, ritiene che alcune importanti disposizioni non siano state ancora trasposte ed ha proposto pertanto una "Strategia quadro per la non discriminazione e per la parità di opportunità per tutti", (COM(2005) 224), con l'obiettivo di raggiungere "il pieno recepimento in tutti gli Stati membri della legislazione comunitaria in materia di lotta contro la discriminazione, nonché l'adozione di una serie di misure complementari intese in particolare a rendere gli interessati consapevoli dei loro diritti e ad assicurare loro la possibilità di adire la giurisdizione". Su tali basi poggia la proposta di Direttiva del Consiglio, (COM (2008) 426), volta a completare il quadro giuridico tracciato dalle precedenti direttive, estendendo al mercato dei consumi l'ambito applicativo della normativa in materia di discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

Anche in questo caso l'approccio adottato appare piuttosto cauto, vi è l'espresso riferimento ai beni e servizi disponibili al pubblico e sono escluse tutte quelle

attività che non possono essere definite come professionali o commerciali, ma che riguardano individui che agiscono a livello privato.

All'intervento sul piano legislativo, che al momento non sembra avere la possibilità di agire in modo incisivo alla radice del fenomeno, si sono affiancate ulteriori strategie, quali il principio di *mainstreaming* e il partenariato sociale.

Il primo, definito altrimenti come “integrazione orizzontale delle pari opportunità in tutti i settori di azione” sollecita i “governi e gli altri soggetti attivi” ad analizzare preventivamente quali ripercussioni di tipo discriminatorio potrebbero derivare da una certa politica, con la conseguente opportunità di intervenire sulla stessa al fine di apportare i necessari miglioramenti e adattamenti. Le politiche antidiscriminatorie assumono così un significato trasversale nei vari ambiti di intervento pubblico, superando il loro carattere settoriale.

Il “partenariato sociale”, invece, prevede il coinvolgimento e la partecipazione della società civile nella fase di elaborazione delle scelte politiche, con l'obiettivo di favorire strategie operative caratterizzate da una dimensione collettiva, essenziale in un fenomeno contraddistinto da una natura profondamente sociale come quello discriminatorio.

Un primo segno di grande innovazione che il nuovo processo antidiscriminatorio avviato a livello europeo presenta rispetto al passato, ma anche rispetto agli ordinamenti nazionali, è la previsione di nuovi “fattori di rischio” e soprattutto l'estensione della disciplina antidiscriminatoria oltre il mercato del lavoro e, in particolare, alla materia dell'accesso a beni e servizi e alla loro fornitura, compreso l'alloggio. Tale aspetto, che più degli altri ha sollevato dubbi interpretativi e acceso forti dibattiti, non può tuttavia essere particolarmente enfatizzato; lo stesso infatti trova un limite già nei considerando delle relative direttive che nello stesso momento in cui lo affermano si preoccupano di sottolineare da un lato il rispetto della vita privata e familiare e delle transazioni che si esplicano in tale contesto e, dall'altro, il riconoscimento della libertà contrattuale<sup>146</sup>.

---

<sup>146</sup> Al Considerando n. 4 della Direttiva 2000/43/CE; considerando n. 3, n. 14 e articolo 3 della direttiva n. 2004/113/CE.

Altro indice del nuovo corso intrapreso dall'ordinamento comunitario è l'affermazione al suo interno dell'eguaglianza sostanziale, trascurata dalla Carta di Nizza. Nelle diverse direttive, infatti, attraverso il riferimento all'obiettivo di "effettiva e completa parità" o di "piena parità nella pratica", viene legittimato il ricorso allo strumento delle azioni positive. Si afferma cioè l'idea per cui il raggiungimento della vera eguaglianza può richiedere di riequilibrare le situazioni di ingiustificata disparità, anche attraverso delle deroghe alla regola della parità di trattamento<sup>147</sup>.

Le principali critiche che possono essere mosse alla disciplina antidiscriminatoria offerta dal pacchetto di direttive emanate tra il 2000 e il 2006 sono da un lato la scarsa chiarezza delle disposizioni in esse contenute, manifestazione di una non decisa presa di posizione su vari punti, e dall'altro il carattere fortemente frammentato e disomogeneo in relazione ai diversi "fattori di rischio". La discriminazione razziale è vietata nei settori del lavoro, della formazione, dell'insegnamento, della protezione sociale, dei vantaggi sociali e dell'accesso ai beni e ai servizi. Al contrario, l'ambito della protezione contro le discriminazioni basate sulla religione o sulle convinzioni, sull'età, sull'handicap o sull'orientamento sessuale è limitato al lavoro, all'occupazione e alla formazione professionale. Infine, la protezione contro le discriminazioni basate sul sesso è estesa al settore dei beni e servizi, ma non agli altri che costituiscono oggetto della direttiva 2000/43/CE.

Larga parte della dottrina ha sottolineato poi il carattere a volte "emergenziale" o "approssimativo" delle nuove direttive e l'intento talvolta più simbolico-ideologico che concreto<sup>148</sup>. Nell'affermare il divieto di discriminazione nell'accesso al mercato in generale, viene utilizzato un linguaggio più colloquiale che giuridico, si parla di "accesso", "fornitura" "beni", "servizi", o "alloggio" in

---

<sup>147</sup> Il perseguimento dell'eguaglianza sostanziale, che si esplica anche nell'assegnazione agli Stati di impegni volti ad eliminare particolari forme di discriminazione, ha trovato già applicazione per quanto riguarda la discriminazione di genere, non senza sollecitare dibattiti e perplessità, data l'esigenza di evitare una deriva nel senso delle cd. discriminazioni rovesciate. Anche nell'applicazione del principio di uguaglianza sostanziale il criterio di riferimento deve essere quello di proporzionalità. Cfr. Braga, *Il principio di eguaglianza nell'ordinamento europeo*, cit., 308 ss.

<sup>148</sup> Cfr. D. La Rocca, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, cit., 136, 143.

senso atecnico, non vengono definite le tipologie negoziali di riferimento, né i settori merceologici considerati. Nella prima delle sei direttive, ad esempio, viene utilizzata l'espressione "origine razziale ed etnica" senza chiarire quale significato si intenda attribuirgli, con la conseguenza di costringere i giudici a ricostruirlo attingendo alla realtà sociale e ad altre fonti normative.

Tali imprecisioni hanno dato origine a numerosi dubbi ed equivoci interpretativi, anche in relazione all'esigenza di coordinamento tra le singole direttive e la normativa previgente.

Tuttavia, è stato sollevato da più parti il dubbio che tali tecniche redazionali non siano affatto causali, ma la precisa opzione per una costruzione casistica del diritto antidiscriminatorio. Si è parlato in proposito di "delega in bianco all'iniziativa dei privati e alla creatività del sistema giurisdizionale" volta ad ottenere una casistica delle ipotesi più frequenti, dei settori più colpiti, dei rapporti maggiormente interessati e dei rimedi più idonei, sulla base dei quali poter poi tornare a disciplinare la materia<sup>149</sup>.

Le lacune lasciate dalla normativa in esame e il vago riferimento all'accesso a "beni e servizi" rendono però allora particolarmente urgente la questione concernente il rapporto tra il divieto in oggetto e la sfera di autonomia dei privati. A tal proposito, è interessante osservare che, sebbene le direttive antidiscriminatorie non abbiano avuto di mira il diritto contrattuale e abbiano disciplinato anzi "quasi per caso (...) l'azione (...) dei privati"<sup>150</sup>, è sulla loro scia che può essere collocato il rilievo accordato al divieto di discriminazione nell'ambito delle proposte di revisione del diritto europeo dei contratti<sup>151</sup>. Il riferimento è alle iniziative intraprese dalla Commissione europea per la revisione del diritto contrattuale europeo: i c.d. *Principi Acquis (Principles of the Existing EC Contract Law)* e il *Draft Common Frame of Reference*<sup>152</sup>.

---

<sup>149</sup> Cfr. D. La Rocca, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, cit., 183.

<sup>150</sup> D. Maffei, *Il divieto di discriminazione*, cit., 267.

<sup>151</sup> G. Carapezza Figlia, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2013, 26 ss.

<sup>152</sup> Cfr. G. Carapezza Figlia, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., 26 ss.; A. Somma, *Principio di non discriminazione e cittadinanza nel diritto privato europeo*, in G. Alpa, U. Perfetti, P. Zatti, G. Iudica (a cura di), *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, CEDAM, 2009, 259 ss.

I Principi *Acquis*, elaborati nel 2002 dal *Research Group on the Existing EC Private Law*, sono “formulati sulla base del diritto della Comunità Europea in vigore nel settore dei contratti” (art. 1:101, c. 1). In essi, l’intero capitolo 3 è dedicato al principio di non discriminazione nel diritto dei contratti (con esclusione del diritto del lavoro, societario, di famiglia e delle successioni) e si apre con un’enunciazione in termini generali del divieto.

La portata della disposizione, tuttavia, non è particolarmente ampia. A differenza del lungo elenco offerto dall’art. 19 TFUE, qui i fattori rilevanti sono limitati al sesso, alla razza o all’origine etnica; inoltre, seguendo la stessa impostazione adottata dalle direttive esaminate, l’ambito di applicazione è circoscritto alla sola contrattazione standard, ai “contratti che danno accesso o forniscono beni o servizi al pubblico, inclusa l’abitazione” (art. 3:201).

Elaborato con l’intento di coniugare l’*acquis* comunitario con i principi ricavabili dalle tradizioni nazionali, il *Draft Common Frame of Reference* assume specifico rilievo per il riferimento al “*right not to be discriminated against*”. Inoltre, particolarmente interessante per il presente studio è l’affermazione per cui, sebbene si possa affermare in generale la libertà di scegliere se contrarre o meno con chiunque, nel caso in cui il rifiuto si fondi sul sesso, la razza o l’origine etnica, la discriminazione deve essere considerata come “*a particularly anti-social form of denying the contractual freedom, and indeed the human dignity, of the other party*”.

Come nei Principi *Acquis*, tuttavia, la portata è limitata sia in relazione ai fattori rilevanti che all’ambito di applicazione, tanto da essersi rilevata una tendenza a “*discriminate between different grounds of discrimination*”<sup>153</sup>.

Pur a fronte della sicura importanza derivante dall’affermazione del divieto di discriminazione con riferimento al diritto contrattuale europeo, non può non considerarsi il contesto dell’economia sociale di mercato in cui tali affermazioni si inseriscono<sup>154</sup>. Si pone pertanto la questione se il “nuovo diritto

---

<sup>153</sup> M. W. Hesselink, *The Values Underlying the Draft Common Frame of Reference: What Role for Fairness and “Social Justice”?*, reperibile all’indirizzo: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2008/408312/IPOL-JOIN\\_ET%282008%29408312\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2008/408312/IPOL-JOIN_ET%282008%29408312_EN.pdf).

<sup>154</sup> A. Somma, *Principio di non discriminazione e cittadinanza nel diritto privato europeo*, cit.

antidiscriminatorio” rimanga cristallizzato alla funzione originariamente attribuita al principio di eguaglianza e cioè l’integrazione economica, o possa assumere una funzione sociale, redistributiva.

Alla luce di queste considerazioni, sicuramente interessante può essere l’analisi del fenomeno con riferimento al più ampio contesto offerto dal rapporto tra libertà contrattuale da un lato e principio di eguaglianza dall’altro. Occorre chiarire se sussista la paventata antinomia tra i due principi, tenendo conto in proposito anche delle loro “origini” comuni, posto che tanto l’art. 1 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino, quanto poi l’art. 3 della nostra Costituzione, li richiamano entrambi, in una giustapposizione volta a delineare in un caso la naturale essenza degli uomini “nei diritti”<sup>155</sup> e nell’altro il presupposto per il “pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

Per rispondere a tali interrogativi occorre analizzare gli eventuali effetti che la nuova stagione del diritto antidiscriminatorio ha prodotto sulla teoria del contratto, tenendo conto delle fonti di integrazione dello stesso e dei limiti che derivano al principio di autonomia negoziale dalla coesistenza con altri diritti e libertà fondamentali.

Considerate le dinamiche in corso, tale rapporto potrebbe essere letto secondo l’interrogativo che Rodotà poneva a fronte dei “nuovi diritti”, e cioè “*Globalizzazione attraverso il mercato o attraverso i diritti?*”. Ci si può chiedere se il diritto alla non discriminazione possa essere inquadrato fra quelli idonei a prospettare “alternative radicali”; fra quei diritti “proiettati verso il futuro e nei quali si coglie una deliberata, e persino smisurata, ambizione di ridisegnare le coordinate del mondo”<sup>156</sup>.

---

<sup>155</sup> Cfr. G. Ferrara, *L’uguaglianza oggi*, cit., 276.

<sup>156</sup> S. Rodotà, *I nuovi diritti che hanno cambiato il mondo*, in *La Repubblica*, 26.10.2004.



## CAPITOLO II: LA LIBERTÀ CONTRATTUALE E I SUOI LIMITI

### 1. Libertà e autonomia contrattuale

Per affrontare la questione relativa ai limiti alla libertà contrattuale non si può prescindere da una preliminare analisi e sistematizzazione di tale concetto, il quale si presta ad una pluralità di declinazioni, non senza esporsi contemporaneamente al rischio di vaghezza ed ambiguità. Proprio per questo carattere poliedrico, il significato e il ruolo allo stesso attribuiti sono notevolmente mutati in relazione all'evolversi dell'ordinamento nazionale e comunitario.

Per quanto riguarda il profilo terminologico e gnoseologico, sebbene in molti testi si parli indifferentemente di libertà contrattuale o di autonomia privata, una più attenta analisi dovrebbe indurre a considerare la prima una *species* della seconda, di cui anzi costituisce la principale espressione. La libertà contrattuale può infatti essere definita come la possibilità per i privati di regolamentare, nei limiti fissati dall'ordinamento, i propri *interessi personali e patrimoniali* mediante negozi giuridici, imputandone gli effetti alla propria volontà<sup>157</sup>.

La stessa può assumere diverse declinazioni: la libertà di concludere o meno il contratto; la libertà di forma e contenuto dello stesso, che a sua volta si declina nella possibilità di stabilirne concordemente i termini, senza che l'una o l'altra parte possa imporli unilateralmente, di concludere contratti atipici, di derogare a norme suppletive o dispositive, di introdurre elementi accidentali; infine, ed è questo il punto di principale interesse, la possibilità di scegliere con chi contrarre. A tal proposito, nella letteratura tedesca si distingue tra *Parteiautonomie*, che indica la libertà delle parti di scegliere la legge a cui sottoporre il contratto, e

---

<sup>157</sup> F. Messineo, *Il contratto* (voce), in Enc. dir., vol. IX, Milano, 1961, 803. Appare interessante in proposito l'osservazione di Castronovo circa la sostanziale coincidenza tra il concetto di autonomia privata e la definizione che Kant dava di diritto: "insieme delle condizioni, per mezzo delle quali l'arbitrio dell'uno può accordarsi con l'arbitrio dell'altro secondo una legge universale di libertà". I. Kant, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, tr. It. G. Vidari, I. Kant, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, a cura di N. Bobbio, L. Firpo, V. Mathieu (Torino 1965), 407.

*Vetrags-* o *Privatautonomie* con cui ci si riferisce invece alla libertà di stipulare o meno il contratto, di fissarne il contenuto e di scegliere l'altra parte<sup>158</sup>.

Seguendo tale impostazione, parte della dottrina individua un ulteriore livello di specificazione, quello tra libertà contrattuale e libertà di contrarre.

Sebbene le due formule siano solitamente utilizzate come sinonimi, la prima andrebbe ricondotta alla determinazione del contenuto del contratto, mentre la seconda alla libertà di decidere se stringere o meno il negozio, nonché di scegliere la propria controparte.

Ad avviso di Messineo, questo secondo significato si ricava anche dall'articolo 1341 c.c., laddove si afferma che “non hanno effetto se non sono specificatamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, (...) restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi”. Se nel caso della libertà contrattuale, i limiti incidono sul contenuto del contratto e si esplicano nei confronti dell'ordinamento giuridico, nell'altro caso la questione attiene alla possibilità di decidere di non contrarre, o almeno di non contrarre con determinate persone, inserendosi quindi all'interno di un'impostazione di stampo prettamente privatistico-relazionale<sup>159</sup>. La libertà contrattuale ampiamente intesa deve essere ponderata in considerazione di interessi sociali o generali, mentre rispetto all'altra vengono principalmente in rilievo interessi a carattere particolare.

L'aspetto di maggiore interesse attiene al ruolo assegnato alla libertà contrattuale all'interno dell'ordinamento. Sotto questo profilo il concetto mostra appieno il proprio carattere poliedrico, attestato dalle numerose e spesso contrastanti teorie di volta in volta formulate.

Kelsen considerava l'autonomia privata un elemento essenziale dell'ordinamento: “Nelle norme di diritto civile... si intromette tra la legge e la sentenza, il negozio giuridico”; Betti riteneva invece che la stessa fosse riconosciuta dall'ordinamento soltanto “come presupposto e causa generatrice di rapporti giuridici già disciplinati... dalle norme di esso ordine giuridico”<sup>160</sup>.

---

<sup>158</sup> S. Patti, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, in *Contratto e impresa*, 2013, 633 ss.

<sup>159</sup> F. Messineo, *Il contratto*, cit., 804.

<sup>160</sup> H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, tr. It., Torino, 1963; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1960.

Proprio tra quest'ultimo autore e Stolfi si è svolto intorno alla metà del secolo scorso un noto scontro dottrinario, relativo al fondamento dell'autonomia negoziale e riassumibile nel rapporto tra eterodeterminazione giuridica ed autodeterminazione giuridico-economica<sup>161</sup>.

Betti ammette che l'ordinamento possa operare un controllo sull'esercizio dell'autonomia privata, una funzionalizzazione della stessa. Ad avviso dell'altro Autore, invece, il negozio giuridico non può essere considerato "(...) una semplice nozione tecnica (...), ma (...) la conseguenza del principio politico dell'autonomia della volontà"<sup>162</sup>. In questa logica, compito del legislatore dovrebbe essere solo quello di impedire che l'esercizio della volontà dell'uno violi quella dell'altro; si afferma che "(...) l'uomo è arbitro di stabilire come intenda obbligarsi e cioè di limitare o ampliare a suo parere il vincolo cui vuole dare origine, purché rispetti l'ordine pubblico e il buon costume"<sup>163</sup>. Secondo tale ricostruzione, la principale minaccia per la libertà contrattuale sarebbe allora rappresentata dalla progressiva affermazione dell'economia controllata, che porterebbe ad un significativo ampliamento dell'intervento pubblico.

Le due tesi rappresentano due "opposti programmi di politica del diritto"<sup>164</sup>: l'uno influenzato dall'ordinamento corporativo che aveva caratterizzato i venti anni precedenti, ma al tempo stesso consapevole delle esigenze di solidarietà sociale che si venivano affermando<sup>165</sup>, l'altro portatore di una visione strettamente individualistica.

---

<sup>161</sup> Si tratta di un problema strettamente connesso a quello di causa del contratto. Secondo Betti deve intendersi come tale la funzione economico-sociale del negozio, mentre ad avviso dell'altro la causa rappresenterebbe il motivo determinante del contratto, il quale deve essere considerato espressione della libertà di scelta del singolo, mosso dal proprio intento. M. Grondona, *Il contratto, l'ordinamento giuridico e la polemica tra Emilio Betti e Giuseppe Stolfi*, in *Comparazione e diritto civile*, 2010, 1-30; A. Galasso, *Una riflessione introduttiva*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2012, 9-14.

<sup>162</sup> G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947.

<sup>163</sup> G. Solfi, *Teoria del negozio giuridico*, cit.

<sup>164</sup> S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 2004, V.

<sup>165</sup> Osserva Betti: "Invero, se vi è un dato sicuro nella più recente evoluzione di questa società non solo in Italia ma in tutta l'Europa continentale, esso è il crescente affermarsi delle esigenze della solidarietà sociale attraverso molteplici vincoli, che portano a circoscrivere la libertà individuale. E anche fuori d'Europa società nazionali che, per le loro tendenze individualistiche e la loro ricchezza di risorse economiche, sembravano le più refrattarie a siffatti vincoli, hanno mostrato in tempi più recenti di avvertire l'impero di quelle esigenze", sottolineando altresì che: "quella della solidarietà sociale è un'esigenza che non s'identifica con l'ingerenza dello stato

Il concetto di autonomia privata, infatti, non è un concetto neutro e non può essere astratto dal contesto economico, politico e sociale cui afferisce; per esso più che per altri vale l'idea che le "istituzioni privatistiche non sono isolabili ad un certo momento storico o politico, ma costituiscono l'espressione di un bagaglio secolare di cultura ed esperienza"<sup>166</sup>.

Il concetto moderno di autonomia privata trova la sua prima effettiva affermazione nel XVII e XVIII secolo, quando si manifesta come contrapposizione al potere assoluto, per poi diventare uno dei capisaldi delle rivoluzioni liberali e borghesi.

Può essere utile un'analisi del rapporto che intercorre tra la libertà contrattuale e i suoi limiti attraverso la distinzione di tre diverse fasi politico-giuridiche: quella riconducibile al pensiero giuridico classico, collocabile nel periodo che va dalla metà del XIX all'inizio del XX secolo, quella sociale, che ha caratterizzato i primi settanta anni del XX secolo, e quella del pensiero giuridico contemporaneo (*Contemporary Legal Thought*), che va dalla metà del XX secolo ai nostri giorni<sup>167</sup>.

La prima fase si caratterizza per un modo di concepire il diritto come sistema di sfere di autonomia e per un ruolo dogmatico assegnato alla volontà: il diritto è posto a tutela delle prerogative dei singoli e a presidio del loro volere, con il solo limite della sfera di autonomia altrui.

Si tratta di un'ideologia marcatamente individualista, di cui è espressione il pensiero liberale classico, all'interno del quale gli interessi di ciascuna parte sarebbero assicurati dal corretto esplicarsi della libera contrattazione.

---

nell'economia e non si soddisfa solo con essa". E. Betti, *Il negozio giuridico in una pubblicazione recente*, in *Giurisprudenza italiana*, 1947.

<sup>166</sup> F. Lucarelli, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, Jovene, 1970.

<sup>167</sup> Attraverso le "Tre globalizzazioni del diritto e del pensiero giuridico" D. Kennedy offre una chiave di lettura del complesso rapporto tra diritto e politica nell'era del capitalismo e le sue ripercussioni sugli istituti di diritto privato, primo fra tutti la proprietà. Con il termine globalizzazione l'A. intende riferirsi al processo di formazione di una coscienza giuridica globale, attraverso la quale i giuristi ricavano le argomentazioni tipiche. D. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in D. M. Trubek and A. Santos (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Massachusetts, Cambridge University Press, 2006, 19-73. Tale impostazione si ritrova in M. R. Marella, *The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe*, cit.; C. Salvi, *La proprietà privata e l'Europa*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2009.

Celebre è la teoria della “mano invisibile” di Adam Smith, secondo la quale l’individuo che ha di mira solo il proprio interesse personale sarebbe portato da una mano invisibile a promuovere l’interesse pubblico, pur non essendo questo il suo fine<sup>168</sup>.

In tale scenario lo Stato è chiamato ad intervenire il meno possibile, se non quando espressamente previsto dalla legge o qualora il contratto risulti in contrasto con preminenti interessi statali, delle sue istituzioni, o con i diritti e le libertà fondamentali delle parti. Solo a fronte dei valori più elevati della persona i singoli non sono ritenuti capaci di provvedere al meglio per loro stessi e lo Stato si arroga il compito di tutelarli, anche limitandone la libertà, ma pur sempre nelle forme e nei modi previsti dalla legge.

In tale prospettiva, pertanto, vi è una netta scissione tra ciò che rientra nella libera disponibilità dei singoli, sottoposto alle sole regole del mercato e della volontà, e ciò che invece è sottratto alla discrezionalità delle parti e richiede l’intervento paternalistico dello Stato. I limiti alla libertà contrattuale finiscono così per porre anche dei confini al mercato, individuando ciò che può essere considerato economicamente rilevante e ciò che invece deve esservi sottratto<sup>169</sup>.

Il potere d’intervento dello Stato è percepito come eccezione rispetto al principio generale della libertà contrattuale.

La prospettiva muta a partire dal XX secolo, la fiducia nel contratto quale naturale veicolo di benessere individuale non trova più lo stesso consenso, ma viene anzi considerato causa di ingiustizie e disegualianza sociale<sup>170</sup>. Ciò determina ovviamente un mutato approccio dello Stato nei confronti delle relazioni contrattuali dei privati. Nel modello *social* non vi è infatti come nell’altro una scissione tra ciò che è nel mercato e ciò che è fuori, ma lo Stato interviene al fine di perseguire interessi generali anche attraverso il mercato.

L’affermazione dei diritti sociali ad opera delle carte costituzionali elaborate dopo la II Guerra Mondiale ha messo fortemente in discussione l’idea di un mercato

---

<sup>168</sup> A. Smith, *The Wealth of Nations*, 1776.

<sup>169</sup> M. R. Marella, *The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe*, cit.

<sup>170</sup> R. Sacco, *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato di diritto privato*, Diretto da P. Rescigno, UTET, Torino, 2002, 363 ss.; M. R. Marella, *The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe*, cit.

esente da vincoli statali. In esse non è più solo il potere politico ad essere limitato, ma anche quello dei privati. I rapporti contrattuali entrano a pieno titolo tra le materie oggetto della disciplina costituzionale<sup>171</sup> e l'affermazione dei diritti della persona pone un forte contrappeso a quelli economici.

Pertanto, con la nascita dello Stato sociale mutano i compiti dello Stato e i rapporti dello stesso nei confronti dei privati e delle loro sfere di autonomia. Divengono fondamentali le lotte contro le disuguaglianze sostanziali e le istanze di solidarietà, che aprono le porte all'intervento del pubblico nel mercato: "Il sogno di una società tutta privata, solo "vegliata" dallo Stato, era presto svanito"<sup>172</sup>.

In questa fase assume un ruolo centrale il legislatore, chiamato a correggere il diritto astratto dei codici con leggi speciali, volte a tutelare e proteggere i soggetti deboli. Lo Stato è legittimato ad intervenire anche con politiche di riequilibrio, operando una selezione tra interessi contrapposti.

La critica che è stata successivamente mossa a tale impostazione concerne la relatività del concetto di debolezza, e l'incapacità dello strumento legislativo di far fronte a tutte le situazioni concrete; si sottolinea infatti come ci possa essere sempre un soggetto più debole di quello preso in considerazione, così come un soggetto debole che non è stato riconosciuto come tale<sup>173</sup>.

L'ultimo degli approcci considerati è quello del pensiero giuridico contemporaneo, al quale è difficile riconoscere dei caratteri propri, registrandosi piuttosto un ripensamento di quelli delle tradizioni che lo hanno preceduto.

In tale fase vi è una forte critica al sociale, soprattutto per il suo appesantimento burocratico, e si attribuisce un ruolo fondamentale ai giudici nella tutela dei diritti, non tanto quelli sociali o individuali, ma quelli umani sanciti nelle carte internazionali.

I limiti alla libertà contrattuale in quest'ultima prospettiva non devono intervenire solo a tutela di determinati soggetti considerati aprioristicamente come deboli o di

---

<sup>171</sup> F. Gazzoni, *Equità e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1970, 375, cit. in G. Grisi, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, cit.

<sup>172</sup> F. Galgano, *Il diritto privato fra codice e Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1978, 39, cit. in G. Grisi, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, cit.

<sup>173</sup> M. R. Marella, *The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe*, cit., 268.

specifiche situazioni, ma devono prendere in considerazione qualunque circostanza concreta che incida sulla possibilità di ciascun individuo di perseguire i propri interessi. L'obiettivo di giustizia sociale si propone l'intento di superare i profili di disuguaglianza, supplendo alla carenza di solidarietà e proporzionalità propria della libertà contrattuale. In tale prospettiva, chiaramente espressa dalla giurisprudenza costituzionale tedesca, ciascuna parte deve poter esercitare la propria libertà contrattuale, da intendere come diritto di autodeterminarsi consapevolmente, senza che sulla stessa incida la differenza di potere contrattuale o le specifiche caratteristiche del contesto di riferimento. Il mancato rispetto dei diritti fondamentali della parte contrattualmente debole comporta di per sé un abuso della libertà contrattuale<sup>174</sup>.

La giustizia contrattuale incarnata in questo modello è quella che, come si vedrà, può essere definita "distributiva", poiché attraverso l'apposizione di limiti alla libertà contrattuale, quando non attraverso la conformazione della stessa, si persegue la solidarietà tra le parti, secondo una valorizzazione dei diritti umani e della dignità. La libertà contrattuale si colloca all'interno dell'impianto costituzionale e mira a raggiungere l'uguaglianza sociale attraverso il rispetto dei diritti fondamentali<sup>175</sup>.

Si colloca in questo periodo l'approccio sviluppatosi a livello europeo e definito "perfezionismo". Si tratta di una nuova versione di paternalismo che, a differenza di quella tipica del pensiero giuridico classico, non identifica la *ratio* dell'intervento statale nell'incapacità dei singoli soggetti di individuare e perseguire i propri interessi, ma nell'esigenza di porre rimedio ad un assetto di interessi "sbagliato".

---

<sup>174</sup> M. R. Marella, *The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe*, cit., 266. Questa impostazione è rinvenibile anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale federale della Germania, la quale ha previsto il controllo statale sulla formazione del contratto ogni qualvolta ci sia una sproporzione di potere contrattuale tra le parti, con la possibilità anche di restringere la libertà contrattuale a fronte di clausole vessatorie, poiché ciò andrebbe ad incidere sui diritti fondamentali della parte debole.

<sup>175</sup> M. R. Marella, *The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe*, cit.

Vi è alla base un'impostazione "morale" la quale, invocando la dignità umana come principio assoluto, trascendente e pre-giuridico, pone dei limiti e individua dei fini per la libertà contrattuale<sup>176</sup>.

I modelli ora analizzati non possono essere pensati l'uno come l'erede dell'altro; sebbene sia possibile offrirne una collocazione temporale, soprattutto in alcune fasi essi tendono a coesistere o ad alternarsi.

Se si considera l'impianto normativo nazionale alla luce di quanto detto, un'ispirazione chiaramente liberale è rinvenibile nell'impostazione del codice civile. Alla base della disciplina del contratto, infatti, vi è il presupposto secondo il quale il contraente sarebbe in grado di verificare autonomamente la convenienza del negozio. In relazione a ciò, la principale condizione di validità del contratto è rappresentata da una formazione della volontà non viziata, mentre per il resto si tende a considerare sufficiente l'individuazione di limiti generali, quali l'ordine pubblico e il buon costume e la previsione di un circoscritto numero di norme imperative. Fatta eccezione per discipline settoriali, come quella delle locazioni<sup>177</sup>, le principali garanzie sono state individuate nel dovere di comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative e della formazione del contratto (art. 1337 c.c.) e nell'obbligo di comunicare alla controparte eventuali cause di invalidità note o conoscibili (art. 1338 c.c.). Tuttavia, la disposizione che può essere individuata come la più chiara espressione dell'autonomia privata, l'articolo 1322 c.c., rubricato appunto "autonomia contrattuale", circoscrive la stessa nell'ambito dei "limiti imposti dalla legge".

A tal proposito un ruolo centrale è stato svolto dall'articolo 41 della Costituzione, che al terzo comma prevede una riserva di legge, in base alla quale è possibile determinare programmi e controlli volti ad indirizzare e coordinare l'attività economica e privata in relazione a fini sociali. Alla luce di detta disposizione è stato inizialmente giustificato un ruolo centrale dell'intervento pubblico nella gestione del mercato. In particolare, allo Stato si assegnava una posizione attiva nell'indirizzare le forze economiche verso fini politici.

---

<sup>176</sup> M. R. Marella, *The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe*, cit., 269.

<sup>177</sup> L'art. 1339 c.c. riconosce al legislatore la possibilità di prevedere clausole, prezzi di beni o di servizi che sono inseriti automaticamente nel contratto, eventualmente sostituendo quelle difformi.



Dalla metà degli anni '80, invece, sull'onda di una rinnovata fiducia nelle logiche del mercato, l'intervento pubblico ha abbandonato la sua funzione programmatica, per assumere un ruolo di garanzia del corretto ed efficiente svolgimento del mercato stesso<sup>178</sup>.

Tale impostazione ha trovato conferma nella legislazione speciale e in particolare nella disciplina a tutela della concorrenza e in quella a tutela dei consumatori. Al rapporto originariamente antitetico si è sostituita pertanto una relazione tra Stato e mercato, cui si è riconosciuto il compito di “determinare, sia pure con margini di flessibilità, i limiti di compatibilità economica entro i quali l'azione politica deve contenere, selezionandoli, il soddisfacimento dei bisogni e delle domande espresse dalla società civile”<sup>179</sup>.

## **2. La libertà contrattuale nel contesto delle politiche europee**

Anche per quanto riguarda il contesto europeo si può preliminarmente constatare l'assenza di ogni riferimento alla libertà contrattuale all'interno del catalogo dei diritti fondamentali. La stessa non compare nella Dichiarazione Universale dell'ONU del 1948, né nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>180</sup>. L'articolo 16 della Carta di Nizza, sul modello italiano, si limita ad affermare che “è riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e delle legislazioni e prassi nazionali”.

Considerato lo stampo neoliberista dell'ordinamento europeo, è difficile dedurre da tale constatazione che al principio in esame non si sia voluta riconoscere rilevanza fondamentale<sup>181</sup>; più convincente appare la tesi che giustifica la scelta adottata sulla base dell'esigenza di garantire una forte regolamentazione mercato.

Come già ricordato, l'Europa unita è stata in primo luogo l'Europa dei mercati, interessata a garantire principalmente la libera circolazione di merci, persone e

---

<sup>178</sup> L. Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, in Banca, borsa, e titoli di credito, 1997.

<sup>179</sup> L. Mengoni, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in G. Vettori (a cura di), *Persona e mercato. Lezioni*, Padova, 1996.

<sup>180</sup> G. Alpa, *I principi generali*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di) *Trattato di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2006, 63 ss.; C. Castronovo, *Autonomia privata e costituzione europea*, in Europa e diritto privato, 2005, 29 ss.

<sup>181</sup> Osserva Patti che, sebbene l'autonomia privata sia disciplinata da norme specifiche, ben può essere considerata nell'ambito dei principi. S. Patti, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, cit., 633 ss.

capitali, obiettivi rispetto ai quali è risultato essenziale il ravvicinamento delle legislazioni nazionali.

Tale impostazione, mentre induce ad affermare come valore fondamentale dell'ordinamento comunitario la libertà, ha portato altresì all'emanazione di un numero elevatissimo di direttive che hanno imposto l'adozione di normative volte a controllare ed eventualmente correggere l'esplicarsi dell'autonomia privata.

La prima di queste discipline, per elaborazione ed incisività degli effetti, è quella *anti-trust*, diretta a controllare le fusioni e concentrazioni di imprese, sanzionandone i comportamenti capaci di alterare il corretto esplicarsi del mercato.

L'art. 81 (oggi art. 101 TFUE) del Trattato di Roma ha previsto che “Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune”. L'articolo 82 (oggi art. 102 TFUE) ha sancito invece il divieto di “sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo”<sup>182</sup>.

Attraverso la disciplina degli accordi anticoncorrenziali e dell'abuso del potere economico di un'impresa sull'altra il legislatore comunitario non ha

---

<sup>182</sup> L'articolo 102 del Trattato FUE (ex art. 82 TCE) stabilisce che “è incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo”. Ciò che si proibisce all'impresa dominante, dunque, è di approfittare della sua posizione per porre in essere comportamenti anticompetitivi nei confronti di concorrenti, clienti o utilizzatori finali. Queste condotte possono concretizzarsi, tra l'altro, nel rifiuto di contrarre, consistente nel rifiuto da parte di un'impresa in posizione dominante di fornire, o continuare a fornire, una risorsa indispensabile per la produzione di un bene secondario alle imprese produttrici dello stesso, con la conseguenza di “limitare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori” ( art 102 c. 2 lett. b). Nell'ordinamento italiano è stato disciplinato anche l'abuso di dipendenza economica con la legge n. 192 del 1998, il cui art. 9 afferma che: “è vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti”. Anche in questo caso il legislatore non vieta la posizione assunta dall'impresa, ma il suo sfruttamento abusivo e, in particolare, l'ingiustificato rifiuto di contrarre. (*infra*).

evidentemente avuto di mira l'interesse individuale della parte contrattuale che non riesce ad entrare nel mercato o si trova ad instaurare un rapporto negoziale con un'impresa dotata di uno strapotere, ma l'efficienza del commercio tra gli Stati membri. Non viene contestata la diseguaglianza economica conseguente alla posizione assunta da alcuni soggetti imprenditoriali, ma l'eventuale esercizio della stessa in modo tale da alterare la concorrenza<sup>183</sup>.

Nell'impostazione che ha caratterizzato almeno le prime fasi di sviluppo dell'integrazione europea, non solo vi era scarsa attenzione per le istanze sociali, ma vi era altresì la convinzione che il semplice operare della concorrenza fosse da solo sufficiente ad assicurare la corretta composizione degli interessi, che "le ragioni di scambio si determinino, autonomamente ed automaticamente, secondo criteri di distribuzione ottimale delle risorse, e dunque di giustizia sostanziale"<sup>184</sup>. Si affermava pertanto la sovranità e autoreferenzialità del mercato, considerato "la sola legge di sé".

Progressivamente tuttavia, la diffusione di una maggiore attenzione per la persona e l'esigenza di far fronte alle disparità tra le parti contrattuali sul piano del potere negoziale e delle informazioni ha successivamente indotto a ritenere non più sufficiente la mera parità formale dei contraenti. La tradizionale concezione dell'autonomia contrattuale, salvaguardata mediante la garanzia dell'assenza di vizi della volontà non poteva più considerarsi idonea.

Si è affermata pertanto una maggior attenzione per la posizione delle parti all'interno del singolo negozio, seppur pensato nel più ampio contesto economico e concorrenziale.

La scelta del legislatore comunitario è stata quella di adottare un numero crescente di norme imperative, attraverso le quali sono state ampliate le garanzie già affermate a livello nazionale e se ne sono aggiunte altre, gravanti anche sul contenuto stesso del contratto<sup>185</sup>.

---

<sup>183</sup> S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli Editore, Torino, 2012, 95 ss.

<sup>184</sup> M. Barcellona, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in C. Salvi (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Giappichelli Editore, Torino, 2012.

<sup>185</sup> Cfr. S. Patti, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, cit.

Il riferimento è in particolare alla disciplina del c.d. contraente debole, la quale ha portato ad una profonda riconsiderazione della vecchia idea di libertà contrattuale. Un ruolo centrale in tale contesto è ricoperto sicuramente dal diritto di recesso<sup>186</sup> e dagli obblighi informativi<sup>187</sup>. Quest'ultimo strumento, in particolare, eliminando le asimmetrie conoscitive tra professionisti e consumatori, è volto a favorire il corretto esplicarsi della libertà contrattuale tra parti consapevoli e quindi in grado di esprimere un consenso basato su una effettiva valutazione della convenienza del contratto<sup>188</sup>.

Tali disposizioni sono contraddistinte dal fatto di non poter essere derogate dalle parti, posto che altrimenti il contraente debole potrebbe essere indotto a rinunciare per paura di non poter concludere il contratto<sup>189</sup>. Parte della dottrina, tuttavia, ha manifestato un atteggiamento critico rispetto a dette previsioni normative, sostenendo che le stesse darebbero luogo ad un interventismo eccessivo del legislatore europeo<sup>190</sup>.

---

<sup>186</sup> Nel caso di contratti conclusi fuori dai locali commerciali o a distanza, l'art. 9 della Direttiva 2011/83/UE riconosce inderogabilmente all'acquirente un periodo di 14 giorni per recedere dal contratto, senza dover fornire alcuna motivazione e senza dover sostenere costi diversi da quelli previsti all'articolo 13, paragrafo 2, e all'articolo 14 della medesima Direttiva. Si tratta del c.d. "recesso di pentimento", volto ad assicurare al consumatore un periodo di riflessione successivo alla conclusione del contratto, per valutare la convenienza ed opportunità dell'affare, con la possibilità di esaminare e testare il bene o servizio. Si discosta dal recesso convenzionale previsto dall'ordinamento italiano (art 1373 c.c.) perché di fonte legale, può essere attivato anche in presenza di un inizio di esecuzione, è tendenzialmente esperibile senza costi per il consumatore e non richiede una giustificazione (recesso *ad nutum*).

<sup>187</sup> Nei contratti a distanza, contratto *inter absentes*, e nei contratti conclusi fuori dai locali commerciali la debolezza del consumatore rispetto al professionista emerge anche sotto il profilo informativo. Le tecniche di comunicazione a distanza, in particolare, possono indurre in errore, essendo preclusa la possibilità di prendere visione in concreto del bene o della natura del servizio prima della conclusione del contratto. L'art. 6 della Direttiva 2011/83/UE prevede pertanto a carico del professionista una serie di obblighi, a carattere inderogabile, che si vanno ad aggiungere a quelli previsti all'articolo precedente per le altre tipologie contrattuali. Tale dovere, volto a colmare il *gap* conoscitivo e valutativo delle parti, deve esplicarsi in un'informazione completa, trasparente e comprensibile, funzionale sia alla corretta formazione del consenso, che alla corretta gestione del rapporto contrattuale. Il consumatore deve in particolare essere informato sull'esistenza del diritto di recesso, sulle modalità del relativo esercizio e sul costo di restituzione dei beni. L'eventuale omissione determina l'allungamento dei termini per l'esercizio del diritto di recesso.

<sup>188</sup> S. Patti, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, cit.

<sup>189</sup> *Ibidem*.

<sup>190</sup> Wagner ritiene ingiustificato l'intervento limitativo del legislatore comunitario sull'autonomia contrattuale. Con riferimento, ad esempio, alla direttiva sui contratti a distanza, sostiene che, non essendovi nei "considerando" (*Erwägungsgründe*) alcuna motivazione circa il carattere imperativo delle norme in essa contenute, risulterebbe infondata la nullità della rinuncia da parte dell'acquirente alle misure di tutela in essa previste. Lo stesso pertanto suggerisce di

Secondo alcuni, poi, tale tecnica legislativa risulterebbe fuorviante, perché idonea a fornire una visione distorta dell'autonomia privata, declinata in termini antagonistici. Si è sostenuto, pertanto, che invece di depotenziare la libertà contrattuale del contraente forte, sarebbe stato preferibile rendere effettiva la contrattazione *tout court*, incentivando l'autonomia della parte debole. Tale effetto sarebbe stato reso possibile grazie alla previsione dell'autonomia privata tra i diritti fondamentali. Secondo questa tesi, attraverso il semplice riconoscimento del valore di principio costituzionale alla libertà contrattuale sarebbe stato precluso a ciascuna parte di prevaricare sull'altra. Tale impostazione avrebbe determinato l'affermazione di una libertà tutelata, ma non illimitata, perché costretta a rispettare la libertà altrui, in conformità al principio di eguaglianza sostanziale<sup>191</sup>.

Ciò, tuttavia, avrebbe limitato al tempo stesso non solo l'operare dei privati, ma anche l'intervento pubblico e, come si è anticipato, deve ritenersi che sia stata proprio questa conseguenza che il legislatore comunitario ha voluto evitare.

Occorre altresì osservare che anche la disciplina a tutela del consumatore, pur con l'intento di rendere maggiormente effettiva la contrattazione, è ben lontana dall'affermazione dell'idea di giustizia contrattuale a livello comunitario.

Ad avviso di Mazzamuto, infatti, anche in tale settore si assisterebbe ad una funzionalizzazione dell'agire del privato, posto che dietro l'apparente tutela del contraente debole vi sarebbe in realtà l'intento di disciplinare il mercato, che continua ad essere il principale parametro di riferimento della normativa sovranazionale<sup>192</sup>.

Anche la politica economica dell'Unione Europea, tuttavia, sembra avviarsi ad un progressivo ripensamento, se non altro per essere stata messa duramente alla prova dalla grave crisi economica degli ultimi anni.

---

valorizzare l'autonomia contrattuale, dando la possibilità alle parti di scegliere se inserire o meno nel regolamento negoziale il diritto di recesso, prevedendo semmai un prezzo inferiore. Wagner, *Zwingendes Vertragsrecht*, in Eidenmüller et al., *Die Revision des Verbraucher-Acquis*, Tübingen, 2011, 3 ss., cit. in S. Patti, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, cit..

<sup>191</sup> C. Castronovo, *Autonomia privata e costituzione europea*, cit., 39 ss.

<sup>192</sup> S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, cit. 95.

L'impostazione ordoliberalista<sup>193</sup> che ha caratterizzato l'Europa dei mercati ha trovato la sua espressione e il principale strumento d'azione nel meccanismo concorrenziale, con riferimento a soggetti mossi eminentemente da uno spirito razionale ed egoistico. Tale logica, per sua stessa natura, non poteva che farsi carico di interessi singolari funzionalizzandoli ad un interesse superiore: il corretto svolgimento del mercato; la stessa, invece, risultava incapace di gestire la "complessità", soprattutto quella proveniente dai diritti fondamentali<sup>194</sup>. Del resto, nel sistema di stampo prettamente economico-individuale, il singolo viene tutelato nei suoi diritti mediante l'affermazione di un dovere di astensione verso i consociati. All'eventuale violazione di tale obbligo viene posto rimedio attraverso il risarcimento del danno, che presuppone però la possibilità di una misurazione dello stesso. È evidente come il tentativo di calare i diritti fondamentali in tale logica non possa che apparire insoddisfacente, non essendo il valore degli stessi misurabile secondo le logiche del mercato<sup>195</sup>.

Di fronte all'esigenza di tutelare i diritti sociali e i diritti della persona, emergono inevitabili incongruenze: un corretto funzionamento della società richiede del resto di "distribuire con sufficiente equità il benessere realizzato con l'attività economica complessiva"<sup>196</sup>.

Si chiede pertanto nuovamente un intervento del diritto, questa volta al fine di garantire l'"autonomia delle sfere di azione", non più solo rispetto all'ingerenza della politica ma anche del mercato<sup>197</sup>.

La firma del Trattato di Lisbona, in particolare, ha imposto l'esigenza di un'attenta riconsiderazione dell'impostazione fino a quel momento seguita. Il riconoscimento alla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'uomo e delle Libertà fondamentali dello stesso valore dei Trattati non può

---

<sup>193</sup> L'ordoliberalismo è un approccio neoliberista all'economia, che professa un intervento del pubblico nel mercato al solo fine di prevenirne i fallimenti. Cfr. A. Somma, *Temi e problemi di diritto comparato. Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, Giappichelli Editore, Torino, 2003, 21ss.

<sup>194</sup> *Ibidem*.

<sup>195</sup> M. Barcellona, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, cit.

<sup>196</sup> E. Berselli, *L'economia giusta*, Torino, Einaudi, 2010, 37 ss.,

<sup>197</sup> M. Barcellona, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, cit.

non far sorgere, infatti, il dubbio della coerenza tra i valori e i diritti fondamentali in essa sanciti e l'impianto giuridico-economico fino a quel momento sussistente<sup>198</sup>.

Del resto, come è stato opportunamente osservato, “se la persona trova nel mercato il luogo principale ove soddisfare i propri bisogni, primari e voluttuari, come si fa ad escludere dal diritto del mercato la considerazione dei valori della persona?”<sup>199</sup>.

Questa nuova coniugazione tra diritti e mercato viene chiaramente individuata come priorità nella famosa lettera che Barroso ha inviato a Monti<sup>200</sup> nel 2009 per affidargli l'incarico di un rapporto sulle strategie di rilancio del Mercato Unico. Tale documento si apre con il riconoscimento del valore centrale che il mercato unico assume per l'integrazione e la crescita sostenibile in Europa, ma che necessita di “una determinazione politica rinnovata”. Si pone pertanto l'obiettivo di individuare “le modalità di un mutuo rafforzamento tra il mercato e la dimensione sociale dell'economia europea integrata”.

La stessa impostazione si ritrova nella comunicazione della Commissione dell'ottobre 2010<sup>201</sup>, in cui vengono individuate 50 proposte per “lavorare, intraprendere e commerciare insieme in modo più adeguato”. Un ruolo centrale è riconosciuto alla Carta dei diritti e alla “clausola sociale orizzontale” contenuta nell'art. 9 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, che consente “di valutare la pertinenza di tutte le misure politiche in funzione delle loro conseguenze sociali”. L'obiettivo è quello di “rafforzare l'economia sociale di mercato riposizionando le imprese e i cittadini europei al centro del mercato unico per ritrovare la fiducia; elaborare politiche di mercato al servizio di una crescita sostenibile ed equa; predisporre gli strumenti per un'adeguata *governance*, il dialogo, il partenariato e la valutazione”.

---

<sup>198</sup> S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 103

<sup>199</sup> *Ibidem*.

<sup>200</sup> Lettera di incarico (a Mario Monti) del Presidente della Commissione europea del 20 ottobre 2009, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu).

<sup>201</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni “Verso un atto per il mercato unico. Per un'economia sociale di mercato altamente competitiva. 50 proposte per lavorare, intraprendere e commerciare insieme in modo più adeguato”, Bruxelles, 27 ottobre 2010, COM(2010) 608, definitivo, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu).

Sempre nel 2010, con un'altra Comunicazione<sup>202</sup> si afferma che “per il Parlamento europeo e il Consiglio europeo la promozione dei diritti fondamentali nell'Unione è diventata una priorità dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia” e sulla base di questo presupposto viene posto l'obiettivo di “rendere il più possibile effettivi nell'Unione i diritti fondamentali contenuti nella Carta” e si sottolinea che “La Carta non è un testo di valori astratti bensì uno strumento che consente a ciascuno di godere dei diritti ivi codificati nelle situazioni che rientrano nella sfera del diritto dell'Unione”. Per tale motivo viene posta l'esigenza di: 1. Rafforzare la cultura dei diritti fondamentali all'interno della Commissione; 2. Integrare la Carta nel processo legislativo; 3. Garantire che gli Stati membri rispettino la Carta nell'attuazione del diritto dell'Unione.

Il superamento della logica eminentemente liberale la si ritrova poi consacrata nell'art. 3 del Trattato di Lisbona, in cui si afferma che l'Unione si adopera per uno sviluppo sostenibile basato su una crescita economica equilibrata e un'economia sociale di mercato fortemente competitiva<sup>203</sup>.

Tale disposizione, pur scritta sul modello del Trattato costituzionale, ribadisce come il precedente testo la centralità dell'economia di mercato, ma non fa più alcun riferimento alla “concorrenza libera e non falsata”. Tale rimozione era stata voluta dall'allora Presidente della Repubblica francese Nicolas Sarkozy, perché il Trattato costituzionale aveva riscontrato esito negativo nel referendum del 2009 proprio a causa di un preteso “neoliberismo” dell'Unione. Sebbene nel Protocollo 27 si torni a parlare di “concorrenza non falsata” e all'art 119 TFUE si faccia riferimento ad una politica economica “condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza”, si è registrato ad avviso di parte della dottrina un depotenziamento della formula dell’“economia di mercato aperta e in libera concorrenza”, che non andrebbe più assunta come principio a valenza generale, ma come principio di settore, della sola politica economica e monetaria<sup>204</sup>. Secondo questa interpretazione, allora, la concorrenza non

---

<sup>202</sup> *Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bruxelles, 19 ottobre 2010, COM(2010) 573 in [www.europa.eu](http://www.europa.eu).

<sup>203</sup> Cfr. G. Vettori, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, cit.

<sup>204</sup> M. Monti, *Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea. Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso*,



assurgerebbe più a valore protetto finalisticamente e a parametro cardine d'interpretazione dell'intera costituzione economica europea, ma diverrebbe un mero strumento d'azione<sup>205</sup>.

È possibile constatare pertanto che all'impostazione fortemente economicistica del mercato si è progressivamente sostituita una ponderazione tra istanze sociali ed economiche in cui il perno della bilancia è rappresentato dai diritti fondamentali. La nuova veste dell'Unione Europea impone quindi il riconoscimento congiunto di Libertà ed Eguaglianza<sup>206</sup> e si apre conseguentemente alla possibilità di un più ampio riconoscimento dei valori della persona, primo fra tutti il rispetto della dignità umana, anche nell'ambito dei processi economici<sup>207</sup>.

### **3. Limiti alla libertà contrattuale**

Il continuo mutare politico, economico e normativo ha indotto all'elaborazione di una pluralità di tesi in tema di limiti alla libertà contrattuale<sup>208</sup>.

Barcellona individua tre teorie ampiamente diffuse. La prima di queste si caratterizza per il profilo spiccatamente ideologico, e per la valorizzazione del principio di autodeterminazione, cui si collega una supposta razionalità di base; in tale prospettiva gli interventi legislativi limitativi avrebbero una funzione meramente correttiva, essendo volti a ripristinare la piena operatività del principio.

Secondo un'altra teoria bisognerebbe invece prescindere da una definizione aprioristica dell'autonomia privata, poiché la stessa andrebbe declinata in modo differente a seconda del particolare dato normativo cui occorre fare riferimento; sarà diverso ad esempio parlare di limiti alla libertà di contrarre o di limiti alla libera determinazione del contenuto del contratto.

---

Bruxelles, 9 maggio 2010, 73, cit. in S. Giubboni, *I diritti sociali nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona: paradossi, rischi e opportunità*, cit.

<sup>205</sup> G. Vettori, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, cit.

<sup>206</sup> G. Vettori, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, cit.; P. Laghi, *L'incidenza dei diritti fondamentali sull'autonomia negoziale*, CEDAM, Padova, 2012, 45.

<sup>207</sup> P. Laghi, *L'incidenza dei diritti fondamentali sull'autonomia negoziale* cit., 53.

<sup>208</sup> P. Barcellona, *Libertà contrattuale (voce)*, in Enc. dir., vol. XXIV, Milano, 1974, 489-490.

La terza tesi porterebbe invece ad operare delle distinzioni tra autonomia privata, iniziativa economica e contratto, con la conseguenza per cui l'intervento legislativo sul piano contrattuale non determinerebbe automaticamente un'incidenza sull'autonomia individuale.

Secondo l'impostazione tradizionale, i limiti alla libertà contrattuale sono l'espressione di una dialettica costante tra "libertà" e "autorità"<sup>209</sup>, tesa quest'ultima a rivendicare un ruolo di controllo e sindacato sugli atti di autonomia privata. "Il *prius* è costituito dalla determinazione da parte dell'ordinamento dei confini entro i quali si preferisce lasciare ai privati una effettiva discrezionalità ed il *posterius* è rappresentato dal concreto esercizio, entro l'ambito così tracciato, dei poteri di scelta lasciati ai singoli"<sup>210</sup>.

Da questa considerazione è possibile dedurre un primo elemento di riflessione: posto che il diritto dei contratti non è mai un diritto completamente neutrale, la previsione di limiti alla libertà contrattuale, così come la ponderazione con il principio di eguaglianza, è frutto di una precisa scelta che, laddove garantisce "ad una parte la libertà *dalla* conclusione del contratto, (...) condizion(a) o compromett(e) la libertà *alla* conclusione dell'altra"<sup>211</sup>. Allo stato attuale, ad esempio, sulla base di una presunzione per cui l'ordinamento giuridico dello stato liberale di diritto dovrebbe essere preordinato alla promozione dell'autonomia privata, vi è una netta preferenza a favore del soggetto che pone in essere la discriminazione, piuttosto che per il soggetto che la subisce. Tuttavia, occorre capire se effettivamente vi sia questo rapporto di prevalenza ed eventualmente

---

<sup>209</sup> In tempi recenti ed anche per il tramite del diritto comunitario si è osservato che il binomio autonomia contrattuale/autorità ha subito una progressiva trasformazione, tanto da potersi ritenere che il secondo termine sia stato sostituito dal mercato. Ciò significa che la singola operazione negoziale non deve essere valutata solo con riferimento ai limiti posti dall'ordinamento giuridico, ma anche in relazione agli effetti che la stessa è destinata a produrre nel mercato di riferimento. Si sottolinea come tale impostazione abbia delle immediate ripercussioni in termini di teoria generale del contratto e, in particolare, con riguardo al principio di relatività degli effetti. La valutazione dell'operazione negoziale deve necessariamente essere operata tenendo conto del contesto socio-economico di riferimento. A. Nervi, *I contratti di distribuzione tra causa di scambio e causa associativa*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, 128 ss.

<sup>210</sup> P. Schlesinger, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1999.

<sup>211</sup> S. Haberl, *Antidiscriminazione e stato liberale di diritto. Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto tedesco dei contratti*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, 249-250.

quale ne sia il fondamento o se invece l'autonomia privata debba essere soggetta a limiti o ad un processo di funzionalizzazione.

In termini generali, le ipotesi più significative di limiti alla libertà contrattuale si configurano in relazione<sup>212</sup>: al contrasto con norme cogenti; alla predisposizione di alcune clausole contrattuali ad opera di una sola delle parti contraenti; all'esigenza di soddisfare un interesse meritevole di tutela nelle ipotesi di atipicità; alle peculiarità dell'oggetto, per quanto riguarda ad esempio i beni indisponibili o fuori commercio; alla scelta relativa al se contrarre e con chi, tenendo conto eventualmente della necessità di far fronte a specifici interessi della controparte.

In base a quanto già detto, torna essenziale la distinzione tra libertà contrattuale e libertà di contrarre, le prime ipotesi possono essere ricondotte genericamente alla libertà contrattuale, l'ultima alla libertà di contrarre.

Espressione di limiti alla libertà contrattuale sono l'inserzione automatica di clausole e l'imposizione di prezzi (art. 1339 c.c.; d.lgs. 15 settembre 1947, n. 896).

Limiti alla libertà di contrarre si hanno invece nel caso di obbligo a contrarre, o dall'obbligo di non contrarre, si tratta in genere di restrizioni relative a singoli contratti o derivanti da clausole contrattuali (artt. 1679 e 2597 c.c.).

In alcuni settori, tuttavia, la questione dei limiti assume dei caratteri peculiari. Il riferimento è alle ipotesi in cui la ponderazione degli interessi sociali con quelli individuali non è collegata al mero esercizio della libertà contrattuale, intesa come autodeterminazione dei singoli nel mercato concorrenziale, ma espressione di una ponderazione che si pone ad un livello più alto: *“il rapporto sociale precede e condiziona il rapporto individuale”*<sup>213</sup>.

In questo caso non si tratta tanto di eccezioni o di limiti alla libertà contrattuale, quanto di una diversa configurazione della stessa, così come della disciplina dei contratti *tout court*. In tale ipotesi l'una e gli altri devono essere considerati e trovare applicazione tenendo conto di una pluralità di fattori, tra i quali, in primo

---

<sup>212</sup> F. Messineo, *Il contratto*, cit., 804.

<sup>213</sup> P. Barcellona, *Libertà contrattuale*, cit., 492 ss.

luogo, la qualità dei soggetti, il tipo di bene, il modo di formazione della domanda e dell'offerta, i criteri di determinazione dei valori di scambio<sup>214</sup>.

È alla luce di queste considerazioni che può essere assegnato un ruolo importante a principi, come quello della buona fede o della dignità, all'abuso del diritto o al divieto di discriminazione nel contratto. Quest'ultimo non si pone come mera eccezione al principio di libertà contrattuale, ma può essere considerato come un fattore volto a conformare la stessa all'esito della ponderazione degli interessi coinvolti; a tal fine, dovrà essere tenuta in considerazione da un lato l'autonomia del singolo contraente e dall'altro l'esigenza di garantire pari opportunità di accesso al mercato a quei soggetti che rischierebbero altrimenti di esserne estromessi in ragione di determinate qualità personali<sup>215</sup>.

In tali contesti, ci si chiede se possa essere invocata la tutela della libertà contrattuale e parlare di limiti alla stessa quando il suo esercizio diviene oggettiva negazione della libertà altrui<sup>216</sup>.

Seppur rispondendo a *ratio* di volta in volta differenti, i limiti alla libertà contrattuale tendono a dilatarsi progressivamente in conformità all'evoluzione del contesto economico e sociale. La questione merita particolare attenzione se si considera che già nel 1961 Messineo si chiedeva se in un prossimo futuro la libertà contrattuale, "principio un tempo considerato pietra angolare della disciplina del contratto", avrebbe costituito "il principio, ovvero l'eccezione"<sup>217</sup>. Su tale punto dovremmo interrogarci anche noi oggi, soprattutto laddove essa viene richiamata come baluardo contro l'ingresso nell'ordinamento di determinati valori, quale il divieto di discriminazione<sup>218</sup>.

Alla luce di queste considerazioni, sarà di fondamentale importanza affrontare la questione dei limiti secondo una duplice prospettiva: da un lato quella concernente i rapporti di mercato, dall'altro quella dei rapporti personali.

In un caso la libertà contrattuale dovrà essere analizzata in relazione alle regole del corretto esplicarsi della concorrenza, nell'ambito dei quali il singolo contratto

---

<sup>214</sup> *Ibidem*.

<sup>215</sup> E. Navarretta, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, 560.

<sup>216</sup> *Ibidem*, 562.

<sup>217</sup> F. Messineo, *Il contratto*, cit., 802.

<sup>218</sup> *Ibidem*.

non può essere letto semplicemente come atto di autonomia privata, ma richiede di essere valutato all'interno del più ampio contesto economico; nell'altra ipotesi gli interessi contrattuali saranno sottoposti ad un necessario processo di bilanciamento con valori e diritti fondamentali, fino anche a divenire essi stessi portatori di interessi sovraindividuali.

### **3.1. Profili costituzionali**

Sull'autonomia privata e, più specificamente, sulla libertà contrattuale, riconosciute, come si è visto, quali capisaldi del sistema privatistico di stampo liberale, non poteva non esercitare un influsso significativo la promulgazione della Carta costituzionale, e ancora oggi con grande frequenza la Corte costituzionale è chiamata a pronunciarsi in questa materia.

La questione del rapporto tra libertà contrattuale e Costituzione può essere analizzata in una duplice prospettiva: da un lato la tutela che la Carta accorda ai negozi privati, imponendo al tempo stesso dei vincoli al legislatore ordinario, e dall'altro i limiti cui la libertà contrattuale è subordinata in ragione di interessi generali o diritti soggettivi indisponibili.

Quanto al primo profilo, va innanzitutto rilevato che la nostra Costituzione, a differenza di quella di Weimar, cui ha ampiamente attinto, non prevede una disposizione espressa ed immediata a tutela della libertà contrattuale.

Molti civilisti si sono interrogati circa la *ratio* di tale scelta. Secondo alcuni non ha senso parlare di "riconoscimento" della libertà contrattuale, la quale "si sviluppa certamente in modo originario per proprio conto"<sup>219</sup>. Altri autori hanno liquidato più semplicisticamente la questione sostenendo che tale libertà sia stata considerata *una* "libertà di secondo rango", non idonea ad attingere alla "dignità costituzionale"<sup>220</sup>. Infine, vi è chi ha individuando la giustificazione di tale omissione nella volontà da parte dei costituenti di non limitare l'intervento statale nell'economia<sup>221</sup>.

---

<sup>219</sup> P. Schlesinger, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, cit.

<sup>220</sup> C. Castronovo, *Autonomia privata e costituzione europea*, cit.

<sup>221</sup> I costituenti, pur ripudiando il precedente regime autoritario, non erano inclini alle tesi liberistiche dell'economia e ritenevano comunque necessario l'intervento pubblico nel mercato.

Sia tra i sostenitori di una tesi che dell'altra, diffusa è tuttavia la tendenza a voler scorgere una tutela indiretta della libertà negoziale attraverso il riferimento ad altri diritti o istituti cui la stessa è strettamente collegata; si è fatto riferimento in particolare all'articolo 2 o agli articoli 41 e 42 della Costituzione.

La prima disposizione, che "riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo nell'ambito delle formazioni sociali in cui egli esplica la sua personalità", è stata frequentemente invocata sulla base di una valorizzazione della libertà contrattuale come espressione della personalità del singolo. Evidente appare tuttavia la difficoltà di configurare *tout court* come diritto inviolabile una libertà a carattere eminentemente economico; senza considerare, come è stato altrimenti osservato, che non è necessario assicurare una libertà contrattuale priva di limiti al fine di tutelare la personalità del singolo<sup>222</sup>; né si può cercare di individuarne un fondamento attraverso il ricorso al concetto di comunità, poiché quest'ultimo caratterizza solo alcune e non la generalità delle manifestazioni dell'autonomia contrattuale rilevanti a livello costituzionale, come la libertà di associazione (art. 8) o la libertà di matrimonio (art. 29)<sup>223</sup>.

Dottrina e giurisprudenza si sono pertanto costantemente rivolte al Titolo III della parte I della Costituzione, dedicato ai rapporti economici e, in particolare, agli articoli 41 e 42 della Carta.

L'articolo 41 assume sicuramente un ruolo di fondamentale importanza, sebbene in realtà non si occupi propriamente di libertà contrattuale ma di "iniziativa economica privata", di cui la prima può semmai costituire un elemento. Tuttavia, è stato osservato che, proprio in forza di questo carattere strumentale, se viene imposto un limite alla libertà contrattuale, lo stesso produrrà i propri effetti anche sulla libertà d'iniziativa economica e dovrà pertanto essere letto nel rispetto dell'art. 41 della Costituzione. Quest'ultimo, come già visto, ammette che siano

---

Posizione che trova infatti conferma nella riserva di legge prevista al terzo comma dell'art. 41 Cost. L. Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 2.

<sup>222</sup> R. Sacco, *Il contratto*, cit., 31 ss.

<sup>223</sup> G. Alpa, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1995, 45.

posti dei limiti alla libertà di iniziativa economica, purché gli stessi derivino dalla legge e siano giustificati da fini sociali<sup>224</sup>.

Per quanto riguarda l'articolo 42 della Costituzione, il quale riconosce tutela costituzionale alla proprietà privata, la connessione con la libertà contrattuale ha una giustificazione storica. Con il capitalismo, infatti, il contratto diviene lo strumento attraverso cui prendono forma i “modi di acquisto e di godimento” della proprietà privata; la libertà contrattuale viene a configurarsi come sistema di circolazione dei beni e quindi come via d'accesso ai beni privati, con la conseguenza per cui i limiti che gravano sulla stessa avranno un'incidenza anche sulla proprietà<sup>225</sup>.

Generalmente quando la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sui limiti apposti alla libertà contrattuale lo ha fatto precisando che la stessa non è tutelata direttamente dalla Costituzione e tenendo pertanto in considerazione la sussistenza o meno di giustificazioni in relazione alla costrizione dell'iniziativa economica privata o della proprietà, rispetto alle quali la libertà contrattuale assume carattere strumentale<sup>226</sup>; tuttavia, proprio perché vi è solo una parziale sovrapposizione tra i concetti, non può ritenersi che la libertà contrattuale trovi piena tutela in tali disposizioni.

Dal punto di vista dei limiti che la Costituzione pone all'autonomia negoziale va considerato che, proprio perché collocata nell'ambito dei rapporti economico sociali, “nel conflitto tra interesse privato e interesse pubblico, tale libertà è

---

<sup>224</sup> F. Gazzoni, *Obbligazioni e contratti*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, 742 ss.;

<sup>225</sup> F. Messineo, *Il contratto*, cit., 802 ss.; G. Alpa, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, cit., 45.

<sup>226</sup> F. Gazzoni, *Obbligazioni e contratti*, cit., 744; G. Alpa, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, cit., 48-49. Un esempio del rinvio operato dalla Corte costituzionale alla libertà di iniziativa economica o alla proprietà privata è dato dalla sentenza 27 febbraio 1962, n. 7, relativa a disposizioni di legge che imponevano la riduzione autoritativa del canone di affitto. Sebbene tale normativa incidesse su uno degli elementi costitutivi del contratto, il prezzo, la relativa legittimità costituzionale è stata valutata in relazione agli articoli 41 e 42 Cost. nella stessa si afferma infatti che: “Gli artt. 41 e 42 della Costituzione, mentre affermano in linea di massima la libertà dell'iniziativa economica privata ed il libero godimento della proprietà privata, consentono tuttavia che all'una ed all'altro siano imposti dei limiti, al fine di farli armonizzare con l'utilità sociale e rendere possibile quella funzione sociale che non può disgiungersi dal godimento dei beni di produzione o, più generalmente, dall'esercizio di ogni attività produttiva (...)Pertanto, la riduzione obbligatoria dei canoni in grano (...)non contrasta con l'art. 41 Cost. che conferisce al legislatore il potere di ricondurre ad equità i rapporti contrattuali sperequati a danno di una delle parti, tanto più che si tratta di quella da ritenere più debole ai sensi dell'art. 3, comma secondo, Cost.”. CED, 1962.

assoggettata al limite della utilità sociale, nonché della libertà, della dignità e della salute della persona<sup>227</sup>, come previsto dal secondo comma dell'articolo 41 Cost.

Il problema va semmai ricondotto allora alla possibilità di riconoscere un'efficacia diretta ai diritti fondamentali nei rapporti privati (*Drittwirkung*).

Quello della *Drittwirkung* è un tema tanto antico quanto ostico del diritto privato. Ad avviso di Alpa gli stessi risultati che nell'ordinamento tedesco hanno trovato espressione attraverso questa formula, possono essere raggiunti nel nostro sistema civilistico con gli ordinari strumenti di giudizio.

Anche Mengoni esclude che i valori affermati a livello costituzionale possano avere efficacia diretta nei rapporti tra privati, richiedendo comunque l'intermediazione della legge. Gli stessi possono avere semmai un'incidenza indiretta come criteri interpretativi. Il riferimento è in particolare alla possibilità di assumerli come parametri nel caso di norme plurivoche o per la declinazione delle clausole generali nell'ambito dell'autonomia negoziale, quali l'obbligo di correttezza, il principio di buona fede, le clausole di ordine pubblico e di buon costume<sup>228</sup>.

Merita comunque analizzare il rapporto della libertà contrattuale con l'articolo 3 della Costituzione e quindi l'operatività per il privato dello stesso divieto di discriminazione che grava sul legislatore e, in secondo luogo, il tema mai sopito della giustizia contrattuale.

### **a) Libertà ed eguaglianza nel contratto**

Come emerge dall'analisi della giurisprudenza richiamata e dalla normativa anti discriminatoria, il principio di eguaglianza sembra porsi in termini antitetici rispetto alla libertà contrattuale. In realtà, il rapporto tra i due termini richiede una più attenta riflessione, alla luce della quale sembra preferibile considerare gli

---

<sup>227</sup> G. Alpa, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, cit., 49.

<sup>228</sup> L. Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 6 ss. L'A. tuttavia mostra delle riserve anche in relazione al ruolo dei principi costituzionali come canoni interpretativi delle clausole generali. Con riferimento alle clausole della correttezza e della buona fede, in particolare, osserva la scarsa utilità di ricercare il fondamento del dovere sociale di solidarietà negli articoli 2 e 41, comma 2, della Costituzione, trattandosi di un principio già implicito all'art. 1175 c.c..



stessi come posti lungo un *continuum*, che è possibile percorrere in entrambe le direzioni senza tuttavia incontrarne gli estremi nella loro massima espansione<sup>229</sup>. Le questioni sostanziali di diritto privato vengono affrontate e presentate dalla dottrina facendo ricorso a determinate rappresentazioni retoriche, tra le quali capeggiano l'individualismo e l'altruismo<sup>230</sup>: la prevalenza dell'uno o dell'altro parametro è giustificata dall'intento di valorizzare alcune circostanze sociali, come il diverso potere contrattuale delle parti, o di perseguire determinate istanze. Ciò che rende difficile parlare di *continuum* e induce invece a ragionare in termini di contrapposizione è la convinzione ancora diffusa per cui vi sarebbe da un lato il diritto, dall'altro il "bene", come espressione di considerazioni morali astratte. In questa prospettiva il giuridico diviene espressione di individualismo, la morale di altruismo. Nel processo in cui si contrappone un ordine dei diritti e un ordine dell'etico, si finisce per ricondurre acriticamente la libertà contrattuale all'individualismo e l'eguaglianza all'altruismo. In proposito occorre osservare come "[The] substantive and formal conflict in private law cannot be reduced to disagreement about how to apply some neutral calculus that will "maximize the total satisfactions of valid human wants". The opposed rhetorical modes lawyers use reflect a deeper level of contradiction. At this deeper level, we are divided, among ourselves and also within ourselves, between irreconcilable visions of humanity and society, and between radically different aspirations for our common future"<sup>231</sup>.

Il diritto contrattuale costituisce un campo d'elezione per il discorso in esame ed offre altresì l'occasione per analizzare come la tecnica o meglio il "tecnicismo" tenti di neutralizzare la profonda complessità sottesa alla regola di diritto.

Attraverso il ricorso a strumenti apparentemente neutrali si tenta di lasciare in sottofondo le implicazioni economiche, sociali, politiche e culturali che inevitabilmente il problema giuridico pone.

---

<sup>229</sup> D. Kennedy, *The Political Stakes in "Merely Technical" Issues of Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 2001, 13 ss.

<sup>230</sup> D. Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, *Harvard Law Review*, 1976, vol. 89, 1685.

<sup>231</sup> *Ibidem*.

Un fondamentale punto di partenza è dato dall'approccio con cui nell'impianto del codice civile si guarda ai rapporti di diritto privato e che permette di sostenere come tale ambito sia permeato da un "regime egualitario"<sup>232</sup>. Secondo l'impostazione offerta dal legislatore del 1942, la regola generale è quella della parità giuridica tra i contraenti. Su tali basi dovrebbe ritenersi che ciascuno persegua finalità di ordine particolare e non dovrebbe trovare giustificazione, almeno in astratto, una prevalenza dell'uno rispetto all'altro. Detta impostazione troverebbe espressione nel fatto che: tutte le parti sono soggette alla medesima disciplina; nessuno può imporre unilateralmente il contenuto del contratto, avendo l'altro la facoltà di sottrarsi non stipulandolo; ciascuno è tenuto ad adempiere gli obblighi assunti, risultando altrimenti esposto all'esecuzione forzata da parte del contraente adempiente. Attraverso il riconoscimento a tutti della libertà di contrarre si realizza l'eguaglianza davanti alla legge, a sua volta considerata presupposto per il riconoscimento della libertà contrattuale<sup>233</sup>.

La parità viene in rilievo anche sotto il profilo economico quale presupposto per l'equilibrio contrattuale, con conseguente necessità di intervento legislativo nel caso in cui la stessa risulti alterata. In proposito si può considerare il contratto stipulato in stato di bisogno o l'ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta. Al di fuori di queste ipotesi eccezionali, la parità economica, a differenza di quella giuridica, non dipende dall'ordinamento ed è generalmente sottratta all'intervento dei pubblici poteri, salvo non si tratti di servizi di interesse generale o di contratti aventi ad oggetto beni di largo consumo, corrispondenti a bisogni diffusi<sup>234</sup>.

Secondo l'approccio liberale classico, salvo ipotesi eccezionali, la libertà contrattuale risulta contraddetta laddove si configuri una situazione di disparità di potere contrattuale<sup>235</sup>. Tale ragionamento non risulta tuttavia particolarmente utile laddove si intendano perseguire istanze redistributive. A fondamento dello stesso vi è la logica per cui la condizione "normale" è quella di eguale potere

---

<sup>232</sup> F. Messineo, *Il contratto*, cit., 805-806.

<sup>233</sup> P. Barcellona, *Libertà contrattuale*, cit., 487.

<sup>234</sup> *Ibidem*.

<sup>235</sup> Se si considera l'intervento legislativo dal punto di vista del principio normativo della libertà contrattuale, lo stesso si configurerà come eccezione, mentre risulta pienamente coerente e giustificato se lo si considera tenendo in considerazione la disparità reale di potere. P. Barcellona, *Libertà contrattuale*, cit., 487.

contrattuale e il parametro di riferimento è dato dal corretto esplicarsi delle regole contrattuali; in tale contesto l'eguaglianza che si prende in considerazione è solo quella di "potere" negoziale e trascura invece le diseguaglianze di fatto da cui poi quest'ultima deriva<sup>236</sup>.

Detta impostazione non è in grado di cogliere appieno la portata della questione, poiché trascura un dato essenziale: le differenze di razza, genere, orientamento sessuale, nazionalità dei contraenti. Quest'ultime non sono mere "differenze", ma definiscono delle identità in relazione alle quali cambiano le esperienze, le capacità, le opportunità dei singoli, contribuendo alla definizione di costruzioni gerarchiche dei gruppi, percepite tra l'altro come "naturali"<sup>237</sup>.

Un tentativo di valorizzare tali identità si è avuto durante la c.d. seconda globalizzazione, al fine di rispondere alle istanze sociali che si andavano affermando, ponendo così i presupposti per una politicizzazione del diritto contrattuale<sup>238</sup>.

La prospettiva transnazionale ha preferito tuttavia adottare un atteggiamento asettico e porsi sulla scia del pensiero giuridico classico, adottando un approccio formale, o meglio neo-formalista, in cui alla divisione per gruppi sociali si è sostituita la distinzione dei soggetti in base al loro ruolo nel mercato, concentrando l'attenzione sulla differenza di potere contrattuale e sulle istanze di efficienza<sup>239</sup> ed eguaglianza formale<sup>240</sup>.

L'impostazione atomistica che ha caratterizzato l'integrazione europea, del resto, si basa sul "teorema dei diritti individuali", idoneo a sostenere la costituzione economica dell'Unione, ma che non lascia spazio per la giustizia sociale. In tale

---

<sup>236</sup> D. Kennedy, *Distributive and Peternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special reference to Complusory terms and Unequal Bargaining Power*, in *Maryland law Review*, 1982, vol. 41, 620 ss.

<sup>237</sup> D. Kennedy, *The Political Stakes in "Merely Technical" Issues of Contract Law*, cit.; Id, *Distributive and Peternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special reference to Complusory terms and Unequal Bargaining Power*, cit., 563 ss.

<sup>238</sup> D. Kennedy, *The Political Stakes in "Merely Technical" Issues of Contract Law*, cit., 14.

<sup>239</sup> Il riferimento all'efficienza non è di per se meno soggettivi, incerti e potenzialmente controversi di altri, ma hanno il vantaggio di spostare la discussione dal piano della giustizia a quello dei fatti, rendendola come tale "less intense and less explosive". D. Kennedy, *Distributive and Peternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special reference to Complusory terms and Unequal Bargaining Power*, cit., 603.

<sup>240</sup> D. Kennedy, *Distributive and Peternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special reference to Complusory terms and Unequal Bargaining Power*, cit., 588; G. Marini, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, cit.

scenario non è possibile valorizzare le istanze redistributive e il diritto si limita a proteggere l'eguaglianza nelle opportunità, ma non anche nei risultati<sup>241</sup>. Ben si spiega allora il presupposto, profondamente radicato in Europa almeno fino a tempi a recenti, secondo il quale la disciplina del contratto non può che ruotare intorno al concetto di volontà individuale<sup>242</sup>.

Ciò risulta perfettamente rispondente all'approccio neo-formalista e neo-liberista di stampo comunitario, in cui il diritto privato viene invocato come strumentario tecnico, sganciato dai valori sociali che lo permeano a livello statale<sup>243</sup>.

La tendenza è stata e torna ad essere quella di rispondere alle questioni inerenti il rapporto tra libertà contrattuale e istanze di eguaglianza sostanziale, attraverso un diritto che si presenti politicamente neutrale, tecnico, razionale e capace in quanto tale di rispondere in primo luogo alle esigenze poste del mercato unico<sup>244</sup>.

Tale conclusione trova perfetta corrispondenza nell'approccio adottato in sede comunitaria in tema di discriminazione.

Molto spesso, infatti, il problema è stato affrontato depurandolo da ogni valenza politica, culturale, come se non dovesse avere alcuna influenza sul piano economico o sociale, rimarcando così anche la distinzione tra pubblico e privato.

### **3.2. Libertà contrattuale e giustizia del contratto**

Il tema dei limiti alla libertà contrattuale, soprattutto se riferito al principio di eguaglianza, richiama inevitabilmente la questione della giustizia, spesso accantonata ma mai completamente abbandonata dalla dottrina civilistica.

Si tratta di una formula estremamente vaga, che richiede di essere definita in relazione allo specifico contesto e periodo di riferimento.

---

<sup>241</sup> D. Caruso, *Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union After the New Equality Directives*, in Harvard International Law Journal, 2003, Vol. 44, 353.

<sup>242</sup> D. Kennedy, *The Political Stakes in "Merely Technical" Issues of Contract Law*, cit.

<sup>243</sup> Cfr. G. Capuzzo, *"In mani esperte": il ruolo della legal expertise nei sistemi transnazionali*, in Rivista critica del diritto privato, 2014, 523 ss.

<sup>244</sup> D. Kennedy, *The Political Stakes in "Merely Technical" Issues of Contract Law*, cit.; D. Caruso, *Private Law and State-Making in the Age of Globalization*, in New York University Journal of International Law and Politics, 2006, Vol. 39. Tale impostazione trova piena espressione nel Draft Common Frame of References, in cui la libertà contrattuale si pone come parametro di riferimento e il giurista opera in qualità di esperto, di tecnico appunto. G. Capuzzo, *"In mani esperte": il ruolo della legal expertise nei sistemi transnazionali*, cit.

Non si riesce a circoscrivere il campo d'indagine neppure facendo riferimento al concetto più specifico di giustizia *contrattuale*, il discorso risulta infatti declinato diversamente a seconda che si prenda in considerazione il contenuto, il prezzo, o la posizione reciproca delle parti, prima della conclusione dell'accordo o durante l'elaborazione ed esecuzione dello stesso.

A tal proposito, appare interessante richiamare le parole di Raiser il quale, con riferimento al problema del pari trattamento delle situazioni di fatto eguali, individua la sostanza dello stesso nella questione della giustizia. Tuttavia, sottolinea l'Autore, il concetto di giusto è solo un modello di lettura della realtà storica non più definito di quelli di buono e male. "Di fronte all'individualità degli uomini e alla singolarità storica di tutte le situazioni e relazioni sociali, dobbiamo rinunciare a trovare un metro assoluto di eguaglianza o di diseguaglianza. Si riesce a chiarire meglio il significato del principio chiedendosi contro che cosa esso si è rivolto nelle sue realizzazioni storiche. Nel 1789 e nel primo liberalismo si trattò dell'abolizione di privilegi corporativi a favore della borghesia, nel 1919 invocò chiaramente la società senza classi, mentre l'attuale governo militare vuole innanzitutto mettere al sicuro dalle discriminazioni giuridiche le differenze di razza, di religione e di cittadinanza"<sup>245</sup>.

A fronte del tema della giustizia contrattuale l'interrogativo che inevitabilmente si pone è se tale idea, di volta in volta diversamente declinata, rappresenti "semplicemente" un limite per l'esercizio della libertà contrattuale o richieda al contratto di divenire esso stesso lo strumento attraverso il quale perseguire tali obiettivi. Questione che diviene centrale a fronte della tendenza ad attribuire un ruolo sempre più ampio agli strumenti di diritto privato, finanche quello di contribuire alla costruzione di una cittadinanza europea<sup>246</sup>.

Il tema della giustizia contrattuale risulta fortemente condizionato dal rapporto tra l'individuo e la comunità e tra la libertà contrattuale e i suoi limiti. Quest'ultimi, del resto, seppur con diverse modulazioni, trovano tendenzialmente

---

<sup>245</sup> L. Raiser, *Il compito del diritto privato*, trad. it. di M. Graziadei, Milano, Giuffrè Editore, 1990, 12, pubblicato nel volume *HUNDERT JAHRE deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960*, Karlsruhe, 1960, 101.

<sup>246</sup> M. R. Marella, *The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe*, in *European Review of Contract Law*, 2006, 257.

giustificazione nell'interesse pubblico alla tutela dell'efficienza, della moralità o dell'equità, valori che rischierebbero di essere minacciati dal libero perseguimento di contrastanti interessi delle parti o di terzi. La questione, in particolare, ha assunto grande forza espansiva negli ultimi anni, come risultato del progressivo assoggettamento alle logiche del mercato e, conseguentemente, alle correlate dinamiche contrattuali di settori che vi erano tradizionalmente esclusi<sup>247</sup>.

Il tema dei limiti alla libertà contrattuale e con esso quello della giustizia contrattuale restano pertanto un problema costantemente aperto a plurime interpretazioni.

Vi è chi ritiene si tratti di un discorso superfluo e chi invece lo pone come profilo imprescindibile della disciplina dei contratti.

Ad avviso di Canaris la libertà contrattuale è strumento di svolgimento della personalità individuale e il principio cardine del diritto privato è l'autodeterminazione, alla quale corrisponde l'autoresponsabilità. Secondo questa impostazione il contesto in cui si esplica l'autonomia privata è quello dell'economia di mercato, rispetto alla quale lo Stato ha il solo compito di assicurare la libera concorrenza. La libertà si collega alla democrazia degli ordinamenti e alla libera competizione sul mercato, essa costituisce di per sé un valore e non è necessario persegua la giustizia contrattuale, purché non sia essa stessa causa di ingiustizie<sup>248</sup>.

Secondo una diversa prospettiva, invece, vi è chi ritiene che la giustizia sia il necessario strumento per assicurare flessibilità alla rigida disciplina contrattuale e debba essere perseguita attraverso norme eteronome, con riferimento in particolare ai valori espressi dalla Carta costituzionale. Questi sono riassunti da Sacco in: diritti primari; libertà d'iniziativa economica; possibilità per tutti di accedere alla proprietà, in particolare con riferimento ai beni economici; razionalità nello sfruttamento dei beni; solidarietà e socialità dei risultati; l'equità dei rapporti<sup>249</sup>.

---

<sup>247</sup> M. R. Marella, *The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe*, cit.

<sup>248</sup> Tale conclusione, avverte Alpa, non implica una considerazione di tale libertà come di una "libertà effettiva", ma pur sempre di una "libertà giuridica", la quale presuppone contemperamenti e correttivi. G. Alpa, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, cit..

<sup>249</sup> R. Sacco, *Obbligazioni e contratti*. cit., 366.

Come è evidente, le tesi in materia di giustizia contrattuale sono plurime e spesso conflittuali. Al fine di comprendere la questione e verificarne l'effettiva utilità nel campo d'indagine in esame, è necessario allora soffermarsi su una più attenta analisi del tema.

È possibile innanzitutto distinguere tra diverse accezioni del termine, individuando quattro interpretazioni della giustizia contrattuale: la giustizia viene riferita ora all'eguaglianza nello scambio, altre volte all'equivalenza soggettiva delle prestazioni a fronte di cambiamenti del contesto contrattuale, vi è poi la giustizia cosiddetta distributiva, e vi è infine un'accezione della giustizia come portatrice di valori<sup>250</sup>.

Può considerarsi ormai generalmente superata l'idea di giustizia come eguaglianza nello scambio, tesi che ha trovato concretizzazione soprattutto nella dottrina del "giusto prezzo". Tale impostazione è stata ben presto oggetto di una riconsiderazione volta a sganciare l'idea di giustizia da ogni carattere oggettivo per collocarla nell'ambito della percezione soggettiva del valore della prestazione. Nell'ambito di una qualificazione "commutativa" della giustizia si collocano gli interventi di riequilibrio delle prestazioni a fronte di modificazioni ingiustificate dell'assetto di interessi originariamente voluto dalle parti. In questo contesto il concetto è richiamato a tutela della "razionalità interna del contratto"<sup>251</sup>.

La terza accezione, quella distributiva, è quella che risulta maggiormente rilevante nel dibattito giuridico attuale e quella che si presta ad un dialogo più articolato con la libertà contrattuale. In questa prospettiva la valorizzazione di istanze sociali non implica necessariamente una diminuzione della libertà contrattuale, ma semmai una diversa distribuzione, appunto, della stessa.

Tale configurazione si presta ad una riconsiderazione dello stesso soggetto, attore del mercato, il quale richiede di assumere una caratterizzazione più specifica rispetto a quella offerta dalla definizione astratta di individuo egoista, razionale, dotato di intelletto e volontà. La persona deve essere presa in considerazione con le sue specificità materiali, sociali, psicofisiche. Solo tenendo conto di tali elementi

---

<sup>250</sup> G. Smorto, *La giustizia contrattuale. Contributo alla definizione di un concetto*, in G. Tarello (fond.), *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Il Mulino, 2008, 221.

<sup>251</sup> G. Smorto, *La giustizia contrattuale. Contributo alla definizione di un concetto*, cit., 224.

può essere valutato quanto sia effettivamente libera e consapevole la scelta del contraente<sup>252</sup>. Grazie anche alle suggestioni provenienti dalle dottrine di *behavioral law and economics* inizia ad avvertirsi con sempre maggior forza la necessità di condurre un'analisi delle dinamiche contrattuali che sia il più possibile aderente alla realtà, soprattutto per quanto riguarda l'effettiva formazione della volontà e le reali informazioni in possesso dei soggetti economici. Ovviamente ciò implica una precisa scelta in termini di politica del diritto, poiché significa dare maggior rilievo alle istanze di flessibilità e puntuale corrispondenza alla realtà, piuttosto che a quelle di certezza.

A fronte di una tesi classica che riteneva le esigenze redistributive estranee al diritto privato, si è poi sviluppato un orientamento teso ad ammettere forme di ridistribuzione inquadrabili in una logica di efficienza. Assunto di base è che il diritto contrattuale e il diritto rispondente alle istanze sociali non devono considerarsi come due sfere distinte che solo occasionalmente si incontrano. Le dottrine di *Critical legal studies* sottolineano in proposito l'artificialità di una presunta contrapposizione tra un diritto "tecnico" e un diritto "politico", espressione l'uno di coerenza, di intrinseca logicità, di individualismo e del potere della volontà, e l'altro, invece, un diritto incoerente, irrazionale e strumentale, che incarna l'interesse pubblico e trova espressione per lo più dalla legislazione speciale.

L'attuale fase storica vede, secondo la prospettiva da ultimo delineata, un progressivo superamento della contrapposizione tra pubblico e privato<sup>253</sup>, e si presta a soluzioni dei problemi giuridici che sono il frutto di bilanciamento tra principi e giudizi di valore<sup>254</sup>.

Pur non potendosi negare la rilevanza, assume carattere ancora marginale l'ultima accezione di giustizia, quella volta a configurarla come veicolo di valori e di principi morali all'interno della materia contrattuale; la scarsa attenzione a questa declinazione, pur degna di nota, può essere principalmente imputata a due

---

<sup>252</sup> Cfr. G. Smorto, *La giustizia contrattuale. Contributo alla definizione di un concetto*, cit.

<sup>253</sup> D. Kennedy, *The Stage of the Decline of the Public/Private Distinction*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1982, 1349.

<sup>254</sup> Cfr. G. Smorto, *La giustizia contrattuale. Contributo alla definizione di un concetto*, cit.



fattori: l'insufficiente uniformità sul piano etico dei vari ordinamenti giuridici e la fiducia incondizionata nel mercato.

Come si è già cercato di mettere in luce, si può tuttavia osservare che l'ordinamento europeo sembra oggi contraddistinguersi per un impianto valoriale teso ad assicurare un ruolo sempre più rilevante alla persona, individuando il punto di partenza di tale processo nelle tradizioni costituzionali comuni, con l'intento di raggiungere un elevato grado di omogeneità.

Quanto al secondo profilo, pur a fronte della crisi del mito liberista, vi è ancora la tendenza latente a far coincidere utilità sociale e libertà contrattuale. Salvo non si producano esternalità negative e non si ponga dunque un problema di tutela dei terzi, si ritiene che le parti, attraverso la libera negoziazione, siano in grado di giungere al risultato più vantaggioso per ciascuna, concludendo un contratto che risulterà al tempo stesso corrispondente alle esigenze di equità e di socialità<sup>255</sup>. Un intervento pubblico volto a “sovrapporre un diverso piano di valori a quello che i titolari degli interessi in gioco hanno scelto in vista dei loro progetti personali e dei calcoli di utilità di volta in volta ipotizzati” viene percepito come inconciliabile con il concetto stesso di autonomia privata<sup>256</sup>. Eppure, la crisi dell'impianto liberista ha gettato un pesante dubbio sulla presunta corrispondenza tra un concorde volere delle parti ed un equilibrato assetto di interessi<sup>257</sup>.

Perché il contratto possa essere esso stesso artefice di giustizia è necessario che le parti che lo stipulano si trovino su un piano di eguaglianza, non solo formale, ma anche materiale, in termini di bagaglio conoscitivo/informativo e di potere contrattuale.

Nell'attuale sistema economico la libera scelta delle parti, nel senso di soggetti posti nelle stesse condizioni di partenza è spesso un'utopia e il contratto non può più pertanto porsi su un piano di autoreferenzialità laddove pretenda di farsi portatore di giustizia.

---

<sup>255</sup> R. Sacco, *Obbligazioni e contratti*, cit., 366.

<sup>256</sup> G. Marini, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1986, 288.

<sup>257</sup> I. L. Nocera, *Buona fede e art. 41 Cost.: alla ricerca di un diritto contrattuale “giusto”*, in *Ianus*, 2011, 169 ss.

Lo stesso è sempre più influenzato da una serie di fenomeni che rischiano di causarne distorsioni tali per cui il contraente, pur avendo accesso al contratto, non ha accesso al mercato<sup>258</sup>. Il legislatore comunitario e nazionale sono chiamati pertanto ad intervenire rispetto alla presenza di *gaps* conoscitivi, clausole predisposte o vessatorie, monopoli, oligopoli, intese, cartelli, abusi.

Tali profili normativi pongono il problema della giustizia contrattuale non tanto o non solo a livello di contenuto del contratto, quanto di accesso alla negoziazione e, in particolare, ad una negoziazione libera, idonea cioè a garantire a ciascuna parte la possibilità di perseguire il proprio interesse nel mercato.

Tale problematica può essere affrontata sia sotto il profilo concorrenziale che in relazione ai diritti e alle posizioni sociali. Il primo aspetto ha già trovato riconoscimento da parte del legislatore, richiedono invece un'attenta analisi quelle situazioni che non appaiono riconducibili ad una razionalità economica, ma al "capriccio" del singolo e sono tuttavia idonee a far sì che determinate categorie di soggetti, pur avendone la capacità, si vedano preclusa la possibilità di instaurare delle negoziazioni effettive, risultando così estromesse da un particolare settore del mercato.

Le pratiche di esclusione per ragioni discriminatorie rendono tangibile l'importanza della questione, soprattutto laddove ad essere intaccati non sono i contratti volti a perseguire un profitto, ma quelli diretti a soddisfare un bisogno umano fondamentale attraverso un determinato bene, dai quali cioè deriva un coinvolgimento immediato del diritto al libero svolgimento della personalità umana. La casistica introduttiva offre sufficienti esempi in proposito, ma al fine di ampliare il ragionamento può essere utile l'ipotesi prospettata da Navarretta in relazione al bene casa. Il caso è quello in cui tutti i proprietari di case di una zona circoscritta, caratterizzata dal fatto di consentire una facile raggiungibilità del posto di lavoro, si rifiutino di stipulare contratti individuali di locazione con determinati soggetti per la medesima ragione discriminatoria<sup>259</sup>.

---

<sup>258</sup> R. Sacco, *Obbligazioni e contratti*, cit., 370.

<sup>259</sup> E. Navarretta, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 562.

In ipotesi di questo tipo non vi è in assoluto l'impossibilità di stipulare un contratto, ma di accedere ad un determinato mercato. La questione di giustizia e contratto torna allora a riemergere sul piano valoriale e può trovare risposta attraverso i principi sanciti a livello costituzionale e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Un ruolo centrale in tale prospettiva potrà sicuramente essere assegnato alla buona fede e alla dignità, entrambe ampiamente richiamate dalla giurisprudenza, non solo nazionale ma anche europea, proprio con riferimento alla regolazione delle dinamiche contrattuali. L'approccio alla giustizia contrattuale come veicolo di valori, pur essendo quello meno tecnico e più moralmente connotato, appare il più neutro sul piano delle scelte di politica del diritto. Questo approccio, infatti, rispetto a quello precedentemente considerato sfugge alle critiche di quella parte della dottrina che attribuisce alla giustizia distributiva una carattere fittizio. Il riferimento è alle dottrine marxiste, le quali sottolineano come una giustizia che avviene attraverso meccanismi di redistribuzione non fa che confermare i rapporti di dominanza, proprio quelli su cui la giustizia dovrebbe eventualmente intervenire<sup>260</sup>.

### **a) Giustizia contrattuale e buona fede**

La promulgazione della Carta costituzionale si colloca in quella che è stata definita come la fase sociale del processo politico-giuridico. In questo contesto il contratto viene progressivamente affrancato da un'idea di assoluto individualismo per collegarsi a quella di utilità e solidarietà sociale.

Al tempo stesso assume un ruolo centrale la buona fede, riconosciuta sia come principio generale che come canone di correttezza, nonché come criterio di riferimento per il giudice nell'individuazione della regola applicabile alla fattispecie concreta<sup>261</sup>. Essa si pone allora non solo come strumento di valutazione

---

<sup>260</sup> Nella prospettiva del marxismo più radicale l'unico strumento per affrontare il problema della giustizia è rappresentato dall'intervento nei rapporti di dominanza e conseguentemente di quelli di produzione: solo la socializzazione di quest'ultimi consentirebbe l'eguaglianza e quindi una giustizia effettiva. G. Smorto, *La giustizia contrattuale. Contributo alla definizione di un concetto*, cit., 237-238.

<sup>261</sup> I. L. Nocera, *Buona fede e art. 41 Cost.: alla ricerca di un diritto contrattuale "giusto"*, cit.

del comportamento, ma anche come parametro per verificare se l'esercizio del diritto sia stato coerente con le esigenze che l'ordinamento intende perseguire<sup>262</sup>. Assume in tal modo un fondamentale ruolo di connessione tra il mercato e le istanze sociali, solidaristiche; consentendo altresì di attenuare le conseguenze pregiudizievoli che possono derivare dai fallimenti del mercato.

Tale principio è stato accolto in pressoché tutti gli ordinamenti come veicolo di eguaglianza sostanziale, da cui ricavare un diritto contrattuale conflittuale e solidale, pur senza necessariamente attribuirgli una valenza morale<sup>263</sup>.

I valori costituzionali vanno progressivamente ad influenzare, senza necessariamente conformare, i rapporti tra i privati e la buona fede rappresenta proprio lo strumento attraverso il quale rendere possibile questa connessione<sup>264</sup>. Tale influenza determina un continuo bilanciamento tra la libertà contrattuale da un lato e la tutela dei diritti e il perseguimento della giustizia sociale dall'altro.

Ciò non implica necessariamente un pregiudizio per la libera determinazione dei contraenti, ma rende possibile la verifica di una corrispondenza ai canoni di correttezza e proporzionalità<sup>265</sup>.

Alla luce di una lettura costituzionalmente orientata, la buona fede si pone come limite della dinamica negoziale con la funzione di perseguire istanze di giustizia contrattuale. Da mera disciplina degli interessi individuali, il contratto diviene attraverso la buona fede lo strumento per la realizzazione di fini ulteriori rispetto a quelli che lo hanno classicamente contraddistinto, diviene esso stesso portatore di istanze solidaristiche; proprio in relazione a come tali obiettivi sono stati perseguiti viene misurata la meritevolezza cui si fa riferimento all'art. 1322, comma 2, c.c.<sup>266</sup>.

Vari autori hanno iniziato a parlare di "nuovo diritto dei contratti", proprio per sottolinearne una nuova veste rispetto a quella tipica dell'individualismo, permeabile alle istanze di solidarietà sociale e ai valori costituzionali. Il che non

---

<sup>262</sup> G. Villanacci, *Autonomia privata e buona fede nella complessa relazione evolutiva con la normativa consumeristica*, in *Contratto e impresa*, 2013, 919 ss.

<sup>263</sup> I. L. Nocera, *Buona fede e art. 41 Cost.: alla ricerca di un diritto contrattuale "giusto"*, cit.

<sup>264</sup> G. Villanacci, *Autonomia privata e buona fede nella complessa relazione evolutiva con la normativa consumeristica*, Cit.

<sup>265</sup> *Ibidem*.

<sup>266</sup> *Ibidem*.

significa negare il mercato come luogo in cui il singolo persegue il proprio interesse economico; i due piani si fondono, anche perché, come è stato osservato, la giustizia contrattuale, incrementando la fiducia nel contratto, diviene a sua volta un “potente fattore di sviluppo economico”<sup>267</sup>.

Pur assicurando all’individuo la possibilità di autoregolamentare i propri interessi, l’ordinamento si riserva un potere di controllo volto a verificare che l’autonomia privata non sia esercitata in contrasto con il presupposto della meritevolezza<sup>268</sup>.

Ciò non deve indurre a sovrapporre i concetti di giustizia ed equità, essendo “la possibile iniquità dei singoli contratti il costo consapevole della libertà negoziale”<sup>269</sup>. Tuttavia, l’iniquità del contratto dovrà essere oggetto di analisi, al fine di verificare se la sproporzione delle prestazioni sia giustificata da un interesse meritevole di tutela<sup>270</sup>.

Con riferimento alla giustizia, la buona fede non è necessariamente quella contrattuale, espressamente prescritta dalle disposizioni del codice civile, la quale dà per presupposta la parità delle parti; il riferimento è invece ad un concetto ampio, relativo alle modalità di esercizio del diritto e che si collega ad istanze solidaristiche e di meritevolezza<sup>271</sup>.

L’intento di perseguire la giustizia contrattuale e di rimuovere gli squilibri contrattuali attraverso il ricorso al principio della buona fede risulta tuttavia problematico sul piano rimediale. La violazione della stessa, infatti, non viene ritenuta sufficiente ad invalidare il contratto, ma solo a determinare un risarcimento del danno, poiché strettamente connessa alle specificità del caso concreto<sup>272</sup>.

---

<sup>267</sup> F. Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e impresa*, 2011, 311 ss.

<sup>268</sup> G. Villanacci, *Autonomia privata e buona fede nella complessa relazione evolutiva con la normativa consumeristica*, Cit.

<sup>269</sup> M. C. Bianca, *Diritto civile*, III. *Il contratto*, Milano, 2000, rist. 2004, 371.

<sup>270</sup> Il principio di buona fede trova ormai generale riconoscimento come fondamentale criterio di riferimento per la valutazione dell’esercizio del potere contrattuale. Esso viene richiamato tanto nei Principi Lando, quanto nel Progetto di codice civile dei contratti. Nell’ambito dei Principi Unidroit viene invocato come guida sia per le parti, al fine di regolare i propri rapporti reciproci (art. 1.7), sia per il giudice, al fine di valutare l’eventuale sproporzione dell’assetto contrattuale.

<sup>271</sup> G. Villanacci *Autonomia privata e buona fede nella complessa relazione evolutiva con la normativa consumeristica*, Cit.

<sup>272</sup> *Ibidem*.

Proprio per queste ragioni, come si vedrà più avanti, la tendenza è quella di considerare la buona fede in stretta connessione con l'abuso del diritto, di cui tuttavia secondo alcuni teorici rappresenterebbe un mero doppione.

## **b) Contratto e dignità**

Il principio di dignità ha acquisito rilievo sempre maggiore in tema di limiti alla libertà contrattuale, come conseguenza del progressivo assoggettamento alle logiche economico commerciali di settori strettamente connessi alla persona.

Si tratta di un principio largamente diffuso nelle tradizioni costituzionali dei Paesi membri e con il quale si apre anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Quest'ultima, dopo averlo annoverato nel Preambolo tra i valori indivisibili e universali su cui si fonda l'Unione, vi dedica l'articolo 1 del Capo primo, sancendone l'inviolabilità.

Si tratta, tuttavia, di un concetto da valutare con opportuna cautela, trattandosi di un criterio variabile, tutt'altro che neutro e dai contorni indefiniti. Infatti, anche a volerla includere tra le clausole generali, occorre rilevare che, a differenza di quanto avviene per le altre, le quali sono storicamente e socialmente delineate e possono dunque fungere da criterio pressoché oggettivo per l'interprete, la dignità viene percepita come valore trascendente, pre-giuridico.

Molto si è discusso se essa esprima l'assimilazione da parte del diritto di concetti etici o antropologici o se rappresenti piuttosto il risultato della circolazione di modelli giuridici<sup>273</sup>. Certo è che la sua capacità di legarsi ad altri simboli determina relazioni di significato e implicazioni tali da incidere sul bilanciamento dei valori e da ricoprire con un velo stigmatizzante tutto ciò che non ne viene considerato conforme<sup>274</sup>.

All'interno di tale concetto occorre poi procedere ad una fondamentale distinzione, potendo lo stesso essere interpretato come dignità sociale o come dignità umana.

---

<sup>273</sup> P. Morozzo della Rocca, *Il principio di dignità come clausola generale*, in G. Gilberti, G. Morisco, D. Morondo Taramundi (a cura di), *Il concetto di dignità nella cultura occidentale*, Ares Edizioni, 2006, 25.

<sup>274</sup> M. R. Marella, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2007.

La prima accezione fa riferimento al diritto ad un'esistenza dignitosa e quindi alle condizioni materiali ed economiche del singolo e si collega alle esigenze di politica distributiva, al perseguimento della giustizia sociale e dell'eguaglianza. La seconda, invece, si configura come espressione del principio naturale di irriducibilità dell'essenza umana, da cui deriva il collegamento e al tempo stesso l'apposizione di limiti nei confronti della libertà di autodeterminarsi. In tale prospettiva, un'eccessiva valorizzazione della dignità rispetto alla libertà del singolo rischia di ingenerare una contrapposizione costante tra le scelte individuali e l'identità del gruppo sociale che dalle stesse si sente minacciato, e quindi tra la percezione che il singolo ha della propria dignità e quella che ne ha una collettività più o meno ristretta. La conseguenza potrebbe pertanto essere quella di imporre dei modelli di convivenza validi per tutti nei diversi settori delle relazioni umane<sup>275</sup>.

Tale relazione-contrasto è interpretata nel dibattito inglese come contrapposizione tra una dignità *empowerment* e una dignità *constraint*, in relazione alla disponibilità di valori in capo al soggetto o di limitazione della sua libertà in nome del rispetto degli altri e di se stesso<sup>276</sup>.

È proprio la configurazione della dignità come valore irrinunciabile a rendere poi particolarmente problematico il rapporto con la libertà, posto che la stessa non si

---

<sup>275</sup> Emblematico della suscettibilità della dignità ad essere percepita in una duplice e contrapposta prospettiva è il noto caso giudiziario francese del "lancio del nano". Cons. Etat., Ass., 27 ottobre 1995, *Ville d'Aix-en-Provence*, in Dalloz, 1996, jur., 177; Cons. Etat., Ass., 27 ottobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, in Dalloz, 1995, i.r., 257. Protagonista della vicenda giudiziaria è il signor Wackenheim, affetto da nanismo, il quale contesta le ordinanze con le quali due comuni francesi vietano la pratica diffusa nelle discoteche francesi di lanciare su un grande materasso pneumatico persone affette da nanismo. Si trattava di una sorta di gara in cui vinceva chi riusciva ad effettuare il lancio più lungo. Il signor Wackenheim contesta i divieti in quanto discriminatorie nell'accesso alla professione, soprattutto in considerazione del fatto che tale "professione" rappresenta per lui un'ottima fonte di guadagno, e quindi il presupposto per una vita dignitosa. Sebbene tribunali amministrativi avessero accolto i suoi ricorsi, il Consiglio di Stato ha confermato le ordinanze, ritenendo che il "gioco" fosse contrario all'ordine pubblico perché lesivo della dignità umana delle persone disabili. Posizione questa confermata dal Comitato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani. Per un'analisi dettagliata si rinvia a M. R. Marella, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, cit.; G. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in Rivista di diritto civile, 2002; P. Morozzo della Rocca, *Il principio di dignità come clausola generale*, cit., 32 ss.

<sup>276</sup> Cfr. M. R. Marella, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, cit.; P. Zatti, *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè Editore, 2009, 42.

presterebbe in quanto tale ad essere sottoposta ad un giudizio di bilanciamento con altri interessi e diritti.

Con riferimento al tema dell'accesso a beni e servizi, l'accezione della dignità che viene in rilievo è principalmente quella sociale.

L'accesso a determinate risorse, infatti, è stato riconosciuto dalla giurisprudenza nazionale ed europea come presupposto essenziale di una vita dignitosa<sup>277</sup>. In tale ipotesi i limiti che derivano alla libertà contrattuale possono essere ricollegati ad istanze di giustizia distributiva.

Nel caso di rifiuto di contrarre per ragioni discriminatorie, poi, la dignità viene in rilievo anche come valore che verrebbe compromesso dalla stessa negazione della libertà contrattuale della controparte, cui sarebbe precluso l'accesso al mercato *tout court* o a parità di condizioni, come nel caso richiamato dell'agenzia immobiliare che rifiutava di stipulare contratti di locazione con persone di colore.

---

<sup>277</sup> Il riferimento è in primo luogo all'alloggio, riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale come diritto fondamentale preordinato ad una vita dignitosa. Corte Costituzionale, 7 aprile, 1988, n. 404, in Foro Italiano, 1988, 2515.



## CAPITOLO III: DALLA GIUSTIZIA CONTRATTUALE ALL'ABUSO DEL DIRITTO

### 1. Abuso del diritto

Quello dell'abuso del diritto è probabilmente uno dei concetti più discussi della tradizione giuridica italiana e non solo.

Pur a fronte della pluralità di fattispecie che vi si riconducono<sup>278</sup> e della difficoltà di riassumerle in un concetto univoco, in termini molto generali si può definire abusivo quel comportamento che, nonostante sia riconducibile alla cornice attributiva di un diritto soggettivo, non riceve tutela dall'ordinamento giuridico, in quanto il relativo esercizio è avvenuto secondo "modalità censurabili alla luce di un criterio di valutazione giuridico o extragiuridico"<sup>279</sup>.

Il forte dibattito che da sempre ha animato tale principio deriva dalle questioni che immediatamente allo stesso si collegano: in primo luogo chi e secondo quali criteri deve valutare come l'esercizio di un diritto, legittimamente attribuito, sia stato posto in essere. Il problema concerne in primo luogo l'individuazione dei parametri di riferimento, alternativamente rinvenuti nei principi generali del sistema normativo o in valori etico-morali, ma solleva altresì il tema dei rapporti tra legislatore e giudici, nonché quella dei rispettivi poteri d'intervento.

Ovviamente tali questioni hanno trovato risposte differenti in relazione alle varie fasi economico-sociali, determinando sorti alterne per l'istituto. Una breve analisi dell'evoluzione storica può fornire allora sicuri spunti di riflessione, al fine di inquadrarlo poi nel contesto attuale.

L'elaborazione della nozione di abuso del diritto viene attribuita ai glossatori e ai commentatori, i quali avrebbero rinvenuto nello stesso un elemento di connessione tra la sfera del diritto romano e il fondamento morale del diritto

---

<sup>278</sup> Con generico riferimento all'"abuso rilevante per il diritto", si parla di abuso del diritto soggettivo, di abuso di potere giuridico, di abuso del processo, di abuso di potere di fatto, di abuso delle libertà, di abuso interpretativo del diritto oggettivo, di abuso delle forme giuridiche o dei tipi legali. Cfr. A. Gentili, *Il diritto come discorso*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di) *Trattato di diritto privato*, Giuffrè Editore, 2013, 440.

<sup>279</sup> Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 2010, 5.

canonico, tra regole giuridiche e principi etici<sup>280</sup>. Rifacendosi all'istituto romano dell'*aemulatio*, l'elemento essenziale della fattispecie viene originariamente individuato nell'esercizio doloso del diritto, nell'intento malevolo del titolare dello stesso, mosso dalla volontà di nuocere l'altrui sfera giuridica<sup>281</sup>.

L'istituto viene sostanzialmente accantonato nella fase di elaborazione del moderno diritto privato, poiché se ne avverte l'incongruenza rispetto all'esigenza di razionalizzazione propria dell'era delle grandi codificazioni. Nella fase del positivismo legislativo, più in generale, si diffonde una certa avversione alle clausole generali e, contestualmente, si riconosce in capo al legislatore un fondamentale ruolo di garanzia, nei confronti sia del nascente ordinamento giuridico, che delle prerogative individuali, in quanto rappresentante degli interessi dei ceti proprietari borghesi. In questa fase storica, eventuali limiti all'esercizio dell'autonomia privata sono tollerati solo se previsti da un'espressa disposizione legislativa e non anche se contenuti in una clausola generale, proprio per il timore che ciò possa conferire un potere eccessivo ai giudici.

Eppure, nel corso del periodo che va dalla fine del XIX secolo all'inizio del XX, è proprio nella culla del *Code civil* che la dottrina e la giurisprudenza riscoprono l'abuso del diritto. In quegli anni lo sviluppo della società industriale e la nascita dell'economia capitalistica, accompagnate da crescenti istanze sociali, rendono tangibili i limiti dell'individualismo ottocentesco. Si avvertono i limiti del liberalismo proprio dei codici e, in particolare, l'insostenibilità dell'impostazione condensata nel brocardo latino *qui iure suo utitur neminem laedit*. La consapevolezza che ad ogni attribuzione di diritti corrisponde il sacrificio di altri interessi comporta la necessità di considerare ogni prerogativa individuale in un contesto relazionale, e di operare un'opportuna ponderazione degli stessi.

A fronte di queste esigenze, i classici strumenti giuridici risultano inadeguati ad affrontare la complessità degli interessi che si incontrano e si contrappongono nel rinnovato panorama socio-economico e si afferma l'opportunità di un più ampio

---

<sup>280</sup> C. Salvi, *Abuso del diritto. Diritto civile*, in Enciclopedia giuridica, 1988.

<sup>281</sup> A. Torrente, *Emulazione* (dir. civ.), in Novissimo digesto italiano, VI, Torino, Utet, 1975, 520. Di un tale approccio al tema dell'abuso del diritto è possibile riscontrare ancora oggi l'influenza nella formulazione dell'art. 833 c.c., in cui viene definito abusivo l'atto posto in essere dal privato quando "non abbia altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri".

controllo statale sull'agire dei privati. Ciò determina una reviviscenza dell'abuso del diritto e, più in generale, un ricorso diffuso alle clausole generali, capaci di adattare lo strumentario giuridico al nuovo contesto, pur senza mettere in discussione l'ordine stabilito.

In alcuni ordinamenti si opta per un'espressa disposizione normativa del divieto<sup>282</sup>, in altri l'elaborazione si sviluppa prevalentemente a livello dottrinario e giurisprudenziale.

Il Codice civile svizzero prevede all'articolo 2 il dovere di agire secondo buona fede tanto nell'esercizio dei propri diritti quanto nell'adempimento dei propri obblighi e stabilisce al secondo comma l'assenza di tutela nel caso di manifesto abuso del proprio diritto. Una scelta analoga viene compiuta dal codice civile tedesco, il quale stabilisce al §226 che l'esercizio del diritto non può avere "solo lo scopo di arrecare danno ad altri" e al § 242 introduce il principio di buona fede oggettiva.

In Italia, così come in Francia, sebbene l'elaborazione teorica dell'abuso del diritto sia stata tra le più ricche ed articolate, non si è mai pervenuti ad una positivizzazione dell'istituto, se non con riferimento a settori specifici. Infatti, a causa dei timori nutriti dalla dottrina degli anni '30 intorno alla figura in esame<sup>283</sup>, i vari tentativi di tradurre il principio in una norma sono stati oggetto di continui ripensamenti.

Viene in considerazione in primo luogo l'art. 74 del "Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti comune all'Italia e alla Francia" del 1927, volto all'unificazione del diritto dei due Paesi. Il comma 2 di tale disposizione, diretta ad intervenire sull'art. 1151 del vecchio codice civile, dedicato alla responsabilità extracontrattuale, stabiliva che: "È egualmente tenuto al risarcimento colui che ha cagionato un danno ad altri eccedendo, nell'esercizio del proprio diritto, i limiti posti dalla buona fede e dallo scopo per il quale il diritto gli fu riconosciuto".

---

<sup>282</sup> Così in Germania (§226), in Portogallo (art. 334 del codice civile del 1966), in Spagna (art. 7 comma 2), nei Paesi Bassi (art. 13, libro 3, del codice civile del 1992), in Grecia (art. 248), la Svizzera (art. 2)

<sup>283</sup> Almeno secondo la ricostruzione della Corte di Cassazione. Cass., 18 settembre 2009, n. 20106.

Il dibattito rimase molto animato, ora con riferimento alla formulazione della norma<sup>284</sup>, ora all'opportunità di mantenerne la collocazione nell'ambito della responsabilità civile o di configurarlo piuttosto come un principio generale sul modello del codice svizzero.

Come è noto, il progetto di codice comune non è mai entrato in vigore. Il contenuto di tale disposizione è stato tuttavia inizialmente fatto proprio dall'art. 7 del Progetto definitivo delle "Disposizioni sulla pubblicazione e l'applicazione della legge in generale" (poi divenute "disposizioni sulla legge in generale"), il quale stabiliva che "nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo è riconosciuto".

Anche tale soluzione, tuttavia, è stata ben presto accantonata: pur ammettendosi l'importanza dell'abuso come risposta ad una "problematica sociale attuale", i contrasti ancora forti intorno a tale figura hanno determinato alla fine, seppur non all'unanimità<sup>285</sup>, l'estromissione dell'art. 7. Come si legge nella Relazione del Guardasigilli al Progetto definitivo, tale disposizione, così come era stata collocata, appariva "insufficiente", "isolata" e "indistinta". Trattandosi di un principio riferibile ad ogni diritto soggettivo, si riteneva in particolare che la collocazione tra i principi generali avrebbe dato spazio a questioni complesse e delicate, tali da investire ogni ambito dell'attività giuridica privata. Inoltre, suscitava perplessità il riferimento allo "scopo del diritto", una formula che avrebbe determinato la necessità di verificare, in rapporto a ciascun diritto, non solo l'interesse concreto che vi era in capo al titolare, ma anche l'intento con cui l'ordinamento lo aveva riconosciuto. Da ciò, si riteneva, sarebbe potuta derivare una connessione diretta tra la tutela giuridica e la soddisfazione del fine pubblico previsto dalla legge: il divieto avrebbe operato anche nei confronti di quelle

---

<sup>284</sup> La Commissione reale, nominata nel 1924 per l'elaborazione dei progetti preliminari dei nuovi codici, nella propria Relazione aveva sottolineato i forti contrasti circa l'opportunità "di farsi posto nella nuova legge ad una norma che reprimesse, con l'obbligo di risarcire il danno, il cosiddetto abuso del diritto", sottolineando tuttavia come "discussioni e dubbi non cadevano sul principio in sé e per sé quanto sulla sua formulazione". M. Barcellona, *Dei fatti illeciti (art. 2043 c.c., art 96 c.p.c.)*, in U. Carnevali (cur.), *Commentario del Codice civile*, Torino, 2011, 215.

<sup>285</sup> S. Romano rilevò che l'esame e la formulazione dell'abuso del diritto fossero di importanza tale da non poter essere rinviati alla disciplina di singoli istituti, ma al contrario dovessero essere affrontati con un principio di portata generale, collocato nella parte introduttiva del codice, in modo da essere applicabile in ogni settore del diritto privato.

attività che, pur essendo riconducibili a forme di esercizio del diritto comprese nella previsione legislativa, nella pratica non garantivano l'interesse pubblico che vi era sotteso<sup>286</sup>. Si temeva, infine, che l'abuso del diritto potesse divenire lo strumento per una generale politica di “funzionalizzazione del diritto”, con la conseguenza di attribuire un potere eccessivo in capo ai giudici e di intaccare così la certezza del diritto<sup>287</sup>.

Con riferimento a tali alterne vicende, appare interessante rilevare la presenza di un'analogia tra le sorti della fattispecie in esame e quelle della funzione sociale della proprietà. Come avvenuto per quest'ultima, il concetto di abuso è stato variamente criticato, ora in quanto formula inutile, perché meramente riassuntiva di quanto previsto in altre norme, ora in quanto rischiosa, perché in grado di pregiudicare la certezza del diritto. Si è scelto allora di non rinunciare all'istituto, cui si attribuivano indubbi profili di utilità, ma di evitare formulazioni “pericolose”, troppo generali e indeterminate, e quindi di tenerne conto nella “trattazione dei singoli istituti”<sup>288</sup>.

Si collocano in questo preciso programma diverse fattispecie: il divieto di atti emulativi ex art. 833 c.c.; la responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c.; l'art. 1438 c.c. relativo alla minaccia di far valere un diritto; la generalizzazione ex art. 1447 ss. c.c. del rimedio della rescissione; il riconoscimento della buona fede come parametro di valutazione del comportamento delle parti nell'esecuzione del contratto ex art. 1375 c.c.; l'introduzione del dolo e dell'ingiustizia del danno nella responsabilità per fatto illecito ex art. 2043 c.c.

La scelta di circoscrivere l'istituto alle sole ipotesi previste dalla legge, tuttavia, torna ad essere messa in discussione negli anni '60 e '70 ad opera di una parte considerevole della dottrina, la quale propone di determinarne il contenuto alla luce dei principi costituzionali, pur non volendo con ciò sacrificare il ruolo della legge e senza necessariamente configurare l'abuso del diritto come principio

---

<sup>286</sup> Cfr. S. Pugliatti, *Della proprietà*. In M. D'Amelio, E. Finzi (diretto da), *Commentario Codice Civile*, Firenze, 1942, 139.

<sup>287</sup> M. Barcellona, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, 467.

<sup>288</sup> M. Barcellona, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*. Cit.; C. Salvi, *Abuso del diritto e abuso dei poteri del giudice*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2014, 27.

generale: è sempre attraverso l'intervento legislativo che si intende perseguire la funzione sociale nella proprietà e forme di "diritto diseguale" nei rapporti contrattuali<sup>289</sup>. Sebbene per tale via si siano sviluppate le prime tesi a sostegno di una funzionalizzazione degli atti di autonomia privata, la maggior parte dei teorici del "diritto privato sociale" non è arrivata all'affermazione di un'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti individuali. Si è parlato per lo più di limiti esterni al diritto, tali cioè da influire sull'interpretazione e l'applicazione delle norme, ma senza porsi come vincolo diretto per il singolo, essendo a tal fine richiesta comunque la mediazione dello strumento legislativo<sup>290</sup>. In questa prospettiva, quindi, la teoria dell'abuso non offre uno strumento integrativo delle regole poste dalle parti o dalla legge, ma suggerisce un parametro attraverso il quale vagliare il concreto esercizio del diritto o della libertà<sup>291</sup>.

Quando ormai questa soluzione di compromesso, che aveva sancito la sostanziale marginalità dell'istituto, sembrava aver attenuato le discussioni, la sentenza della Corte di Cassazione n. 20106 del 2009 ha riportato il tema al centro delle analisi dottrinarie e giurisprudenziali<sup>292</sup>. Anche negli anni che l'hanno preceduta, in realtà, dottrina e giurisprudenza hanno continuato ad occuparsi del tema, che ha visto il progressivo ampliamento del proprio campo di applicazione<sup>293</sup>, ma in un certo senso si riteneva che la sua "pericolosità" potesse ormai considerarsi neutralizzata.

---

<sup>289</sup> C. Salvi, *Abuso del diritto e abuso dei poteri del giudice*, cit., 2014.

<sup>290</sup> S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004 (ristampa), 182; C. Salvi, *Abuso del diritto e abuso dei poteri del giudice*, cit., 2014., 31. Quest'ultimo osserva come tale impostazione possa essere chiaramente compresa attraverso una lettura dell'art. 2 della Costituzione alla luce degli altri principi fondamentali, da cui si ricava il ruolo fondamentale delle assemblee elettive nel perseguimento del programma sociale. Programma che effettivamente è stato portato avanti in quegli anni, proprio perché sostenuto dalle forse politiche rappresentative di tale istanza. Ne sono esempio tanto la conformazione del diritto di proprietà ad esigenze di carattere generale, quanto il perseguimento della giustizia sociale nei rapporti contrattuali.

<sup>291</sup> C. Salvi, *Abuso del diritto e abuso dei poteri del giudice*, cit.

<sup>292</sup> Le alterne vicende dell'abuso del diritto hanno suggerito immagini suggestive, come nel caso di Alpa che paragona l'istituto all'araba fenice "che risorge dalle sue ceneri quante volte viene espunto dall'ordinamento" o Pardolesi che parla in proposito del "gioco degli eterni ritorni". Cfr. G. Alpa, *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 1993, 76; R. Pardolesi, *Nuovi abusi contrattuali: percorsi di una clausola generale*, in *Danno e responsabilità*, 2012.

<sup>293</sup> Tra le applicazioni più recenti dell'abuso del diritto: l'abuso del diritto di voto del socio nel caso di deliberazione assembleare di scioglimento di società; c.d. abuso della personalità giuridica; abuso della banca in relazione al diritto di recedere *ad nutum* dal rapporto di apertura del credito; l'abuso consistente nel frazionamento del credito; l'abuso del diritto di chiedere il fallimento del debitore; l'abuso del processo; abuso in materia tributaria.

Il caso Renault, invece, ha suscitato un interesse febbrile; si contano decine di commenti alla pronuncia<sup>294</sup>, nella maggior parte dei casi in termini fortemente critici.

La ragione di una tale attenzione può essere ricondotta a due aspetti principali: il settore di riferimento, quello contrattuale, e il ruolo attribuito alla clausola generale della buona fede e, tramite la stessa, al potere integrativo/modificativo del giudice. Del resto, sebbene fin dagli anni novanta la Cassazione abbia ammesso “il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale”<sup>295</sup>, ogni tentativo di esercitare un vaglio sull’autonomia contrattuale continua ad essere avvertito con disagio da gran parte della civilistica italiana.

In considerazione delle riflessioni che hanno preso il via con questa decisione, soprattutto in relazione ad un possibile carattere autonomo e generale dell’abuso del diritto, merita ripercorrere i passaggi principali del ragionamento dei giudici di legittimità.

La vicenda ha tratto origine dal recesso dai contratti di concessione di vendita esercitato dalla casa automobilistica francese nei confronti di un numero rilevante di propri concessionari.

Considerato da un lato che il recesso *ad nutum* era espressamente previsto dal contratto di concessione e che, dall’altro, lo scopo dichiarato dalla società era quello di ristrutturare la rete di distribuzione dei propri prodotti in Italia<sup>296</sup>, apparentemente non sussistevano ragioni per la dichiarazione di abusività sollecitata dagli attori. In tali termini la questione è stata infatti facilmente risolta nei primi due gradi di giudizio. In particolare, i giudici d’appello hanno sostenuto che, una volta riconosciuto un istituto, è rimessa all’autonomia delle parti la scelta se utilizzarlo o meno, e deve essere esclusa tanto l’ammissibilità di un giudizio di

---

<sup>294</sup> Tra gli altri, F. Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e impresa*, 2011, 311 ss.; A. Gentili, *Il diritto come discorso*, cit., 401-418; M. Orlandi, *Contro l’abuso del diritto*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, 172. G. D’Amico, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I contratti*, 2010, 5.

<sup>295</sup> Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Corriere giuridico*, 1994, 566. Lo ricorda F. Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e impresa*, cit. L’A. accompagna tale considerazione al rilievo retorico per cui il fatto che non si assisterebbe ad un “depotenziamento” del vincolo contrattuale sarebbe confermato dalla circostanza che si intende censurare una clausola, quella di recesso, che si pone in termini di eccezione rispetto alla regola del “*pacta sunt servanda*”.

<sup>296</sup> Ricostruzione dei fatti ad opera di Galgano, legale dei ricorrenti. Cfr., F. Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, cit.

opportunità e ragionevolezza del rapporto privatistico, quanto una valutazione delle posizioni contrattuali delle parti. Ad avviso dei giudici di secondo grado, un diverso approccio alla questione si sarebbe configurato come valutazione politica e non giurisdizionale ed avrebbe inciso su diritti di rilevanza costituzionale, in primo luogo la libera iniziativa economica privata e quindi l'autonomia privata, che costituisce la "regola fondamentale" in materia<sup>297</sup>.

I giudici di legittimità hanno accolto invece il ricorso presentato dagli ex concessionari, rivendicando un potere interpretativo e di controllo del giudice, chiamato a verificare se nel caso concreto il recesso *ad nutum*, pur previsto dalle condizioni contrattuali, "era stato esercitato con modalità e per perseguire fini diversi ed ulteriori rispetto a quelli consentiti"<sup>298</sup>.

La Corte, escludendo che l'abuso possa essere configurato solo nei termini dell'*animus nocendi* e che vi sia una sostanziale "neutralità" rispetto alle modalità d'esercizio di una determinata prerogativa, ha valorizzato il profilo relazionale, sottolineando l'esigenza di una valutazione in termini di "conflittualità": alla luce di quest'ultima dovrebbe essere operato un giudizio di proporzionalità tra l'esercizio del diritto e lo scopo perseguito.

I presupposti necessari perché si abbia abuso del diritto vengono individuati in: la titolarità di un diritto soggettivo; la suscettibilità del diritto ad essere esercitato in concreto secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; la possibilità di censurare, sulla base di criteri giuridici o extragiuridici, le concrete modalità di esercizio dei diritti, anche se formalmente rispettose della cornice attributiva di quel diritto; la sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio derivato alla controparte.

---

<sup>297</sup> Cfr. G. D'Amico, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, cit., 13.

<sup>298</sup> Analizzando i fatti di causa, Galgano evidenzia la contemporaneità tra l'esercizio del diritto di recesso e la consensuale risoluzione del contratto di lavoro di alcuni dirigenti. Secondo la ricostruzione offerta dagli ex concessionari, alla base di questa seconda operazione vi sarebbe stato il patto di trasformare il rapporto di lavoro in concessione di vendita, consentendo alla Renault di mantenere invariata la rete di vendita, che effettivamente non aveva subito contrazioni, e di ridurre il personale dipendente senza dovergli corrispondere il trattamento di fine rapporto e senza nulla dovere ai concessionari revocati. Quest'ultimi, d'altro canto, subivano un danno significativo, posto che, in virtù di un legittimo affidamento riposto nella continuazione del rapporto, erano stati indotti ad effettuare nuovi investimenti. Cfr., F. Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, cit.



Secondo Gentili i criteri individuati, pur pregevoli, non rilevano nel caso di specie, in cui le parti hanno esercitato il diritto proprio nelle modalità che erano state individuate. Non vi sarebbe stata, a suo avviso, quella discrasia tra mezzi e fini che giustificerebbe una ricostruzione in termini di abuso. Secondo la critica cui si fa riferimento, la Corte non sarebbe intervenuta sulle modalità del recesso *ad nutum*, ma avrebbe formulato essa stessa un diverso tipo di recesso; nel caso di specie, inoltre, trattandosi di un esercizio del diritto che non richiede di essere motivato, non vi sarebbe stata neppure una norma il cui spirito è stato violato<sup>299</sup>.

Con questa pronuncia la Corte ha riproposto la configurazione dell'abuso del diritto come principio generale, sostenendo che nel "mutato contesto storico, culturale e giuridico un problema di così pregnante rilevanza (deve essere fatto) oggetto di rimeditata attenzione" e sottolineando che è "ormai acclarato che anche il principio dell'abuso del diritto è uno dei criteri di selezione, con riferimento al quale esaminare anche i rapporti negoziali che nascono da autonomia privata".

Un ruolo centrale nell'argomentazione è attribuito alla buona fede, configurata come "autonomo dovere giuridico" e "specificazione" dei doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Costituzione.

A al proposito, una prima osservazione critica può essere fatta con riferimento all'assimilazione di solidarietà e buona fede, almeno se si considera, come sostenuto da Mengoni, che "il concetto civilistico di buona fede è un criterio regolatore di rapporti paritari tra soggetti portatori di interessi (individuali) simmetrici, mentre la solidarietà (...) ha una dimensione collettiva", che può

---

<sup>299</sup> A. Gentili *Il diritto come discorso*, cit., 412 ss. A suo avviso la decisione cui perviene la Corte sarebbe stata meglio argomentata se invece di procedere secondo un ragionamento induttivo si fosse tenuto distinto il piano del comportamento da quello del contenuto. Seguendo esempi della giurisprudenza francese e tedesca si sarebbe potuto parlare di abuso rinvenendo lo stesso nella "contraddittorietà del comportamento della parte che da un lato con propri atti postula la continuazione del rapporto, e dall'altro improvvisamente e incoerentemente recede": andare contro fatto proprio. Alternativamente la Corte avrebbe potuto configurare l'abuso secondo il ragionamento analogico, posto che lo stesso non fa che ricondurre "i casi sotto disposizioni che a prima vista non li concernono". La differenza sta nel fatto che nel caso dell'analogia l'applicazione estensiva si ha con riferimento ad un'ipotesi non regolata, mentre nell'abuso l'estensione è nei confronti di un caso disciplinato da una diversa disposizione, che proprio in ragione dell'abuso viene disapplicata. Nel caso di specie, valorizzando il profilo della disparità di potere contrattuale delle parti, sarebbe stato possibile allora ricorrere alla norma che regola il recesso nel contratto di rete o di franchising o a quanto disposto in tema di abuso di dipendenza economica.

riferirsi all'utilità sociale, al rispetto della sicurezza, della libertà, della dignità umana<sup>300</sup>.

Tuttavia, ciò che suscita maggiori dubbi è la stretta interdipendenza offerta dalla Corte tra buona fede ed abuso. La stessa prima configura quest'ultimo come "criterio rivelatore della violazione della buona fede oggettiva" e poi inverte il rapporto, tale per cui sarebbe attraverso l'abuso che "l'ordinamento pone una regola generale, nel senso di rifiutare la tutela ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva"<sup>301</sup>. Nella pronuncia della Corte si legge che l'abuso del diritto e la buona fede "si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti [...] e, prospettando l'abuso la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti"; di conseguenza, tenendo conto dei principi e delle indicazioni fornite, il giudice deve procedere alla valutazione della condotta realizzata e, "qualora la finalità perseguita non sia quella consentita dall'ordinamento, si avrà abuso"<sup>302</sup>.

Attraverso un ragionamento induttivo e sottolineando la connessione con il principio di solidarietà, si determina l'estensione dell'ambito di operatività del criterio della buona fede: si parte dal presupposto per cui la stessa deve caratterizzare la formazione, l'interpretazione e l'esecuzione del contratto e se ne deduce il rilievo anche con riferimento al complessivo assetto di interessi. Attraverso tale logica si passa indebitamente dal piano del comportamento delle parti a quello del contenuto del contratto e l'abuso diviene lo strumento per un'analisi di equità<sup>303</sup>. Ciò, sottolinea Gentili, non è solo scorretto da un punto di vista logico, ma non è neppure coerente con il *modus operandi* tipico del

---

<sup>300</sup> L. Mengoni, *Fondata sul lavoro: la repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, Jus, 1998, 48 ss.

<sup>301</sup> Cfr. G. D'Amico, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, cit., 14.

<sup>302</sup> Cass., sent. 18 settembre 2009, n. 20106.

<sup>303</sup> A. Gentili, *Il diritto come discorso*, cit.

legislatore: quest'ultimo, infatti, solo in casi eccezionali interviene sul contenuto<sup>304</sup> del contratto e vi provvede allora in modo espresso.

La Corte sostiene opportunamente che il recesso *ad nutum* non può trasformarsi in un recesso *ad libitum*, arbitrario, tuttavia, la valutazione di abusività non è condotta sul piano della coerenza del comportamento rispetto allo scopo per il quale è stata attribuita quella determinata prerogativa, ma facendo derivare dalla buona fede l'obbligo in capo a ciascuna parte di agire "in modo da *preservare gli interessi dell'altra*, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge"<sup>305</sup>. Si tratta di un'impostazione interpretativa in apparenza non nuova nell'ambito della disciplina dei contratti, come dimostrato dal richiamo ad una nutrita giurisprudenza conforme; tuttavia, a differenza delle pronunce che l'hanno preceduta, quella in esame non pone come limite che "ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio"<sup>306</sup>, determinando con ciò un'operatività pressoché incondizionata del principio<sup>307</sup>. Tra l'altro, l'idea che l'interesse del creditore debba trovare soddisfazione senza che risulti leso quello del debitore può concretizzarsi solo nei casi in cui gli interessi siano già determinati. Come era stato rilevato dalla Corte d'Appello, al contrario, ciò appare particolarmente problematico "in ambito contrattuale in cui i valori di riferimento non sono unitari, ma sono addirittura contrapposti e la composizione del conflitto avviene proprio seguendo i parametri legali dell'incontro delle volontà su una causa eletta dall'ordinamento come meritevole di tutela"<sup>308</sup>. Ragionare in termini diversi sarebbe difficilmente immaginabile sia dal punto di vista economico, retto

---

<sup>304</sup> È necessario distinguere tra intervento integrativo e modificativo: mentre il primo tiene conto di quanto previsto da leggi, usi o principi nel rispetto della libera determinazione delle parti, nel secondo caso il legislatore si sostituisce ad esse.

<sup>305</sup> Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, corsivo aggiunto.

<sup>306</sup> Cass, 20 aprile 1994, n. 3775. Si tratta del noto caso Fiuggi, in cui la Corte di Cassazione ha riconosciuto che una grave violazione della buona fede è tale da giustificare la risoluzione del contratto per inadempimento. Il comune di Fiuggi aveva dato in concessione ad una società lo sfruttamento delle acque minerali, stabilendo che il corrispettivo fosse commisurato al prezzo di vendita delle bottiglie. La società concessionaria era riuscita ad ottenere un indebito guadagno attraverso una società controllata, cui venivano vendute le bottiglie ad un prezzo fisso piuttosto esiguo, mentre quest'ultima incrementava di anno in anno il prezzo di vendita sul mercato.

<sup>307</sup> Sottolineano tale "inconsapevol(e)?" omissione G. D'Amico, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, cit., 14; C. Salvi, *Abuso del diritto e abuso dei poteri del giudice*, cit.

<sup>308</sup> Corte d'Appello, sentenza 13 gennaio 2005, cit. in R. Pardolesi, *Nuovi abusi contrattuali: percorsi di una clausola generale*, cit.

sulla logica degli scambi, che da quello etico, poiché implicherebbe la negazione della libertà contrattuale<sup>309</sup>.

Si è evidenziato altresì che, posto che la disparità di potere contrattuale non è semplicemente un elemento connaturato al contratto, ma è “il motore immobile dell’attività contrattuale” non può giustificarsi su tale base l’intervento paternalistico dell’interprete, che tra l’altro porta con sé una deresponsabilizzazione delle parti in sede di definizione del rapporto o al più un costringimento delle stesse ad un regolamento non voluto<sup>310</sup>.

Appare pertanto problematica l’affermazione che ogni qual volta le parti non abbiano rispettato il giusto equilibrio tra gli opposti interessi vi sia un potere/dovere del giudice di intervenire, modificando ed integrando lo statuto negoziale, così da prevenire o reprimere l’abuso del diritto.

Sebbene nel ragionamento della Corte vi sia stato il tentativo poco chiaro di preservare la libertà di scelta economica dell’imprenditore, affermando che l’abuso non riguarderebbe la scelta stessa, ma l’atto di autonomia contrattuale che in virtù di essa è stato compiuto, l’impostazione adottata espone al rischio di una profonda lesione dell’autonomia privata, la quale subirebbe forti costrizioni, senza peraltro le garanzie democratiche di certezza, generalità e conoscibilità assicurate dalla legge<sup>311</sup>.

Ripercorsa l’evoluzione dottrina, giurisprudenziale e normativa dell’abuso del diritto, è necessario considerare ora la sua “utilità” ed eventualmente l’ambito di operatività, partendo dai profili problematici.

Le numerose critiche all’istituto sono raggruppabili in tre principali argomentazioni, l’una volta a rilevare l’intrinseca contraddittorietà della

---

<sup>309</sup> A. Gentili, *Il diritto come discorso*, cit., 406 ss.

<sup>310</sup> R. Pardolesi, *Nuovi abusi contrattuali: percorsi di una clausola generale*, cit.

<sup>311</sup> V. Roppo, *Diritto privato*, Torino, Giappichelli Editore, 2012, 433; G. D’Amico, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, cit. Quest’ultimo sottolinea come la questione risulti particolarmente significativa nel caso di specie, in cui si fa riferimento ad un potere, il recesso, che deve ritenersi espressione di un principio generale di ordine pubblico e cioè l’inammissibilità di vincoli personali a tempo indeterminato. Nell’ipotesi in cui viene ammessa la possibilità di recedere liberamente, poi, è il legislatore stesso che ha escluso la necessità di un controllo dei motivi e non vi sarebbe pertanto a suo avviso lo scopo presupposto alla configurabilità di un abuso. Al tempo stesso, ciò non escluderebbe tuttavia un vaglio alla stregua del canone di buona fede, che attiene al comportamento delle parti e quindi alle modalità di esercizio. D’Amico sottolinea cioè, come Gentili, il diverso campo di operatività dell’abuso del diritto e della buona fede.

fattispecie, l'altra concernente la supposta inutilità della figura e l'ultima diretta a sottolineare come il principio finisca per essere fonte di un potere eccessivamente discrezionale dell'interprete, con il rischio di un "abuso dell'abuso".

Con riferimento al primo punto, si è osservato, secondo un ragionamento sillogistico, che: "Se l'abuso è una sottocategoria dell'uso, e uso vale esercizio, e l'esercizio del diritto è per definizione il comportamento coperto da una qualificazione e una garanzia di conformità al diritto, è sinceramente difficile concepire un abuso qualificato come illecito"<sup>312</sup>. È stata rilevata cioè la sostanziale contraddittorietà tra abuso e diritto. Secondo tale dottrina la questione attiene alla riconducibilità o meno del comportamento alla fattispecie astratta, laddove tale corrispondenza non sia riscontrabile, non si avrebbe un abuso del diritto ma si configurerebbe una fattispecie estranea al diritto; se invece si è nel campo del diritto riconosciuto e attribuito normativamente, il suo esercizio non può essere abusivo. Il problema dell'abuso si risolverebbe pertanto nella corretta individuazione dei poteri spettanti al titolare con riferimento alla corrispondente fattispecie astratta<sup>313</sup>.

In tale prospettiva assume sicuro rilievo la questione concernente l'individuazione dei parametri attraverso i quali verificare la sussistenza o meno della fattispecie abusiva.

A tal proposito, è possibile distinguere tra una concezione "introvertita" ed una "estroversa"<sup>314</sup>. Nel primo caso il giudizio relativo all'esercizio del potere viene condotto sulla base dei principi sanciti dall'ordinamento. In tale prospettiva ben si può dire che "l'abuso comincia solo dove il diritto cessa"<sup>315</sup> e non avrebbe pertanto molto senso parlare di abuso del diritto.

Se il riferimento è invece ai valori e alle regole extra-normative, cui viene assegnata una funzione correttiva rispetto alle soluzioni dei conflitti proposte a

---

<sup>312</sup> R. Sacco, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarnieri, U. Mattei, P. G. Monateri, R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, Torino 2001, 311.

<sup>313</sup> C. Salvi, *Abuso del diritto. Diritto civile*, cit.

<sup>314</sup> M. Barcellona, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*. cit., 467.

<sup>315</sup> M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Paris 1900, 269, cit. in M. Barcellona, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, cit.

livello normativo, l'abuso può configurarsi come limite al diritto soggettivo, necessario per tutelare ulteriori interessi<sup>316</sup>.

La questione in esame non può ovviamente essere definita *a priori* una volta per tutte, ma dipende dal ruolo che nella specifica epoca storico-giuridica si decide di assegnare alla legge e ai principi e ai valori extra-normativi.

Santoro Passarelli, affronta in modo ancora più generale il problema, sostenendo che laddove vi sia una violazione della buona fede o della correttezza non possa parlarsi di abuso del diritto, configurandosi in tal caso una fattispecie estranea al diritto e non un esercizio errato dello stesso. Ricollegando la questione direttamente al diritto soggettivo, presupposto alla configurabilità dell'abuso, l'Autore ritiene che vada rinvenuto un limite generale ed interno nel principio di solidarietà; laddove quest'ultimo risulti intaccato si è al di fuori del diritto soggettivo e si ricade nella sfera dell'illiceità, con la conseguenza per cui i relativi comportamenti saranno sanzionati attraverso il ricorso agli ordinari strumenti previsti dalle norme in materia<sup>317</sup>.

Gentili individua nel successo della nozione di abuso del diritto proprio uno dei sintomi della crisi del diritto soggettivo, elemento centrale del "sistema del diritto privato". Sostiene lo stesso che "se il diritto è interesse. È abuso usarne per emulazione. Se il diritto è norma di comportamento, è abuso usarne anormalmente. Se è moralità sociale, è abuso usarne immoralmente"<sup>318</sup>.

Rispetto alle tesi già considerate, l'Autore perviene ad un passaggio ulteriore, negando la stessa configurabilità dell'abuso come istituto giuridico e ponendo alla base della sua esistenza una distinzione tra "stretto diritto" e "vero diritto". Partendo da quest'ultimo profilo, tale impostazione presuppone che "il caso "abusivo", pur rientrando strutturalmente nella fattispecie della disposizione "elusa" – lo stretto diritto – abbia caratteristiche funzionali che richiamano principi contrastanti – il vero diritto – che lo farebbero deviare dalla disposizione che individua la fattispecie"<sup>319</sup>. Solo in tali termini si aprirebbe uno spazio di

---

<sup>316</sup> M. Barcellona, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, cit., 467.

<sup>317</sup> F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989 (rist.), 77.

<sup>318</sup> A. Gentili, *Il diritto come discorso*, cit., 370.

<sup>319</sup> A. Gentili, *Il diritto come discorso*, cit. 448.

operatività per l'abuso del diritto che non sia riducibile all'alternativa tra lecito e illecito. Il doppio piano di analisi si porrebbe tra la "lettera della legge" e la "*ratio legis*", con la conseguenza di configurare l'abuso alla stregua di un'interpretazione teleologica<sup>320</sup>. Proprio alla luce di queste considerazioni, egli esclude che si possa parlare di un istituto e ritiene si tratti piuttosto di un argomento giuridico, in virtù del quale si rende possibile all'interprete intervenire sulla lettera della legge.

Tale conclusione poggia sulla considerazione per cui parlare di istituto presupporrebbe non solo una espressa codificazione, ma anche l'individuazione di una serie determinata di antecedenti e conseguenti, come espressione di una scelta legale univoca<sup>321</sup>. A suo avviso, l'abuso sarebbe invece espressione di "esigenze logicamente imprescindibili" che, seppur tenute in considerazione, non possono essere definite chiaramente *ex ante*, e per questo risulta più utile il ricorso alla connotazione piuttosto che alla denotazione.

Secondo detta ricostruzione, allora, l'abuso si colloca nell'ambito dei criteri e si esplica in un "metadiscorso", in quanto concerne "*il discorso dell'interprete sul discorso del legislatore sui fatti*". Gentili qualifica l'abuso come argomento e precisamente come "argomento con cui ottenere un risultato altrimenti precluso"<sup>322</sup>.

Per quanto riguarda poi la questione dell'utilità/inutilità dell'abuso, occorre considerare la sussistenza o meno in tale istituto di un *quid pluris* rispetto alle altre figure giuridiche ampiamente utilizzate da dottrina e giurisprudenza e, in particolare, alla buona fede oggettiva.

Rispetto alla questione del rapporto tra abuso, correttezza e buona fede le posizioni della dottrina sono le più varie.

D'Amico, pur riconoscendo che la sovrapposizione dei due concetti potrebbe risultare plausibile con riferimento ai diritti scaturenti da un contratto, ritiene che la stessa dovrebbe essere decisamente esclusa in tutte le altre ipotesi<sup>323</sup>. Nel caso

---

<sup>320</sup> A. Gentili, *Il diritto come discorso*, cit. 448-449.

<sup>321</sup> Anche in tal caso tuttavia non si potrebbe parlare di abuso poiché si incorrerebbe in un'ipotesi di illecito.

<sup>322</sup> Gentili *Il diritto come discorso*, cit. 455.

<sup>323</sup> G. D'Amico, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, cit., spec. nota 38.

dell'abuso viene rimproverato un esercizio del diritto volto in primo luogo a conseguire un'utilità diversa o ulteriore rispetto a quella che giustifica l'attribuzione, mentre la buona fede attiene alle modalità di esercizio<sup>324</sup>. La principale differenza tra le due forme di sindacato viene individuata da tale Autore nell'essere l'una incentrata sullo scopo/risultato perseguito, e l'altra sul comportamento di chi esercita il diritto.

Ammettono invece la coerenza e la strumentalità di una figura all'altra i sostenitori della tesi dell'abuso come uso scorretto del diritto. Alla base di tale impostazione vi è il rilievo assegnato all'interesse piuttosto che alla volontà. L'abuso viene ricercato alla luce di una valutazione *ex post* del comportamento posto in essere dal titolare del diritto, al fine di valutarne la coerenza attraverso l'analisi dello scopo, a sua volta declinato in diverse prospettive.

La dottrina più recente sottolinea come l'interesse preso di mira dalla legge non sia uno scopo astratto, ma il risultato di una valutazione ponderata degli assetti di interesse che vi sono alla base. L'esercizio del diritto può considerarsi abusivo nel momento in cui, tenendo conto delle conseguenze che si producono nel mondo giuridico, il titolare persegue il proprio interesse distaccandosi dal canone di correttezza<sup>325</sup>.

Tale tesi si collega alle osservazioni di Natoli, secondo il quale ogni comportamento di un soggetto che abbia delle ripercussioni sulla sfera soggettiva altrui deve essere analizzato alla luce del principio di buona fede oggettiva<sup>326</sup>.

Seguendo questa teoria l'abuso del diritto si esprimerebbe in una dimensione relazionale in cui non rileva lo scopo soggettivo, ma l'assetto di interessi delle parti, che dovrà essere valutato alla luce del canone di correttezza, tenendo conto dei principi costituzionali rilevanti in materia, e quindi del principio di libertà di

---

<sup>324</sup> Seguendo tale ricostruzione, D'Amico ravvisa nell'art 1438 c.c. un essenziale parametro normativo per l'abuso del diritto, posto che lo stesso fa riferimento ai "vantaggi ingiusti" cui è diretta la "minaccia di far valere un diritto". L'A. precisa che l'indagine che compete all'interprete assume un carattere "eminentemente (ed esclusivamente)" oggettivo (sebbene poi annoveri tra i criteri che "possono fornire utili direttive" *l'intenzione* di nuocere). G. D'Amico, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, cit., 20-22.

<sup>325</sup> F. Scaglione, *L'abuso del diritto nel contratto*, in Studi in onore di Lelio Barbiera, ESI, Napoli, 2012, 1313 ss.

<sup>326</sup> U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1958.



iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), quello di solidarietà (art. 2 Cost.) e quello di eguaglianza sostanziale (art. 3.2 Cost.)<sup>327</sup>. In tale prospettiva, la buona fede può sicuramente configurarsi come parametro di riferimento per la valutazione delle modalità di esercizio del diritto, onde evitare che il titolare si appropri di utilità diverse ed ulteriori rispetto a quelle che l'ordinamento gli ha riconosciuto.

Si delinea quindi l'ultima delle problematiche evidenziate, il rischio di attribuire un potere eccessivo all'interprete e quindi al giudice, rispetto al quale già si è analizzato quanto varia sia stata la percezione della questione in relazione ai singoli periodi storico-politici. Come per le altre clausole generali, il fatto che l'abuso del diritto abbia assunto in tempi recenti un ruolo molto importante è sicuramente dovuto anche alla capacità di promuovere per il suo tramite il pluralismo normativo, di favorire la coerenza del diritto con una società eterogenea e complessa, di intervenire su quei diritti soggettivi la cui attribuzione non sembra aver tenuto conto nel modo opportuno di altri interessi rilevanti<sup>328</sup>. Tuttavia, il limite considerevole delle clausole generali è quello di lasciare all'interprete il compito di operare la ponderazione degli interessi, "facendol(a) però apparire scelt(a) dal diritto (oggettivo)"<sup>329</sup>. Tale profilo, se permette l'adeguamento del diritto all'evoluzione sociale, indebolisce però la prevedibilità dei criteri di riferimento e quindi il ruolo di guida della legge. Nel caso specifico dell'abuso, poi, occorre ulteriormente considerare la "forte connotazione ideologica" che allo stesso si accompagna, nonché lo scarso successo dei tentativi che nel tempo sono stati proposti al fine di circoscrivere la figura.

È considerata ormai generalmente superata l'impostazione originariamente desunta dall'art. 833 c.c., secondo la quale l'abuso dovrebbe necessariamente poggiare sulla ricorrenza del duplice requisito dell'assenza di utilità per il soggetto che esercita il diritto e della sussistenza dell'*animus nocendi*;

---

<sup>327</sup> F. Scaglione, *L'abuso del diritto nel contratto*, cit.

<sup>328</sup> R. Pardolesi, *Nuovi abusi contrattuali: percorsi di una clausola generale*, cit.; in termini analoghi si è espresso S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1967; A. Gentili, *Il diritto come discorso*, cit.

<sup>329</sup> A. Gentili, *Il diritto come discorso*, cit. 371.

impostazione che sembra perfettamente riconducibile alla cd. “Teoria della stupidità” del Professor Carlo Maria Cipolla<sup>330</sup>.

Neppure un’impostazione oggettiva, volta a confrontare il vantaggio di chi abusa con il pregiudizio di chi lo subisce offre delle soluzioni realmente utili, data la difficoltà di operare una reale valutazione degli opposti interessi. Le ricostruzioni più recenti hanno progressivamente spostato l’attenzione verso la coerenza del comportamento con lo schema formale del diritto, verificando se l’esercizio dello stesso è stato diretto al conseguimento di obiettivi diversi o ulteriori rispetto a quelli considerati dal legislatore.

Anche a fronte di una ricostruzione apparentemente più lineare, perché non interessata ad indagare l’imperscrutabile profilo soggettivo di chi pone in essere un determinato comportamento, emerge la difficoltà di individuare lo scopo, la ragione per cui il legislatore concede una certa facoltà<sup>331</sup>. Inoltre, anche ragionando in tali termini, non si perverrebbe a risultati soddisfacenti, poiché si tenderebbe ad incorrere nel già considerato profilo di criticità e cioè la sovrapposizione con il canone di correttezza e buona fede, idoneo ad operare “valutazioni di proporzionalità rispetto agli interessi contrapposti”<sup>332</sup>.

Infine, particolarmente interessante è un’ulteriore considerazione proposta da Gentili, da cui deriva la percezione fortemente problematica della figura: sebbene l’abuso operi apparentemente nella cornice legislativa, andandone a individuare la *ratio*, in realtà a differenza degli altri criteri interpretativi non si limita a ricercare l’intenzione *nella* disposizione, ma va oltre la stessa, conducendo alla disapplicazione della legge e alla riconduzione della fattispecie sotto una diversa disposizione. Attraverso tale meccanismo ciò che era considerato permesso dallo stretto diritto viene poi considerato vietato, e ciò sarebbe giustificato in virtù della prevalenza della sostanza sulla forma<sup>333</sup>. Alla luce di tale considerazione l’Autore perviene ad ipotizzare una profonda affinità con l’analogia, poiché, andando a

---

<sup>330</sup> Il Professore emerito di Storia economica ha formulato la celebre teoria della stupidità, la cui terza legge o legge aurea afferma che: “una persona è stupida se causa un danno a un’altra persona o ad un gruppo di persone senza realizzare alcun vantaggio per sé o addirittura subendo un danno”.

<sup>331</sup> Cfr. R. Pardolesi, *Nuovi abusi contrattuali: percorsi di una clausola generale*, cit.

<sup>332</sup> R. Pardolesi, *Nuovi abusi contrattuali: percorsi di una clausola generale*, cit.

<sup>333</sup> Gentili *Il diritto come discorso*, cit. 457.

ricercare la *ratio* che vi è sottesa, l'uno e l'altro riconducono determinate fattispecie concrete a disposizioni cui non apparirebbero immediatamente riconducibili. L'affinità di metodo tuttavia si ferma qua, posto che nel caso dell'abuso non vi è una lacuna, la fattispecie concreta è stata già presa in considerazione dal legislatore, che l'ha regolata attraverso una diversa disposizione. Occorre allora chiedersi quando il ricorso a tale strumento può considerarsi giustificato, tenendo conto della potenzialità eversiva dell'abuso e al tempo stesso della possibilità che lo stesso offre di perseguire istanze di giustizia del caso concreto<sup>334</sup>. Certezza vs. giustizia? È possibile un ricorso all'abuso del diritto coerente con la logica del sistema giuridico?

La risposta affermativa presuppone, ad avviso dell'Autore, che l'utilizzo di tale strumento sia conforme ai requisiti di legalità e giustificazione<sup>335</sup>. Si richiede da un lato che vi sia una differenza rilevante del caso concreto rispetto alla *ratio* della disposizione permissiva e che tale discrasia emerga in virtù di un dato positivo che si reputi prevalente; dall'altro lato è necessario che il ricorso all'abuso risponda ad una logica del diritto positivo. A tal fine è necessario ma non sufficiente ricorrere a principi codificati, rispetto ai quali si pone comunque il problema di capire quando e come operano e se quindi possono essere considerati prevalenti. Al riguardo, escluse posizioni ideologiche e quindi l'idea che vi siano principi per loro natura prevalenti, occorre individuare la regola su cui poggia il potere il cui esercizio si considera abusivo; tale impostazione giustificerebbe la disapplicazione della disposizione permissiva, posto che la stessa rivelerebbe una "lacuna assiologica" tra fattispecie e *ratio*<sup>336</sup>.

L'argomento dell'abuso ha il merito di rivelare come talvolta non sia sufficiente il dato normativo per risolvere il caso di specie, tuttavia presenta il rischio che l'interprete non abbia la possibilità di far emergere e superare una lacuna assiologica, ma finisca per crearla o comunque di risolverla in modo diverso da come avrebbe fatto il legislatore. Gentili, se da un lato considera ingenuo nascondere i limiti del puro positivismo, così come scindere nettamente le leggi

---

<sup>334</sup> Gentili *Il diritto come discorso*, cit. 461

<sup>335</sup> Gentili *Il diritto come discorso*, cit. 462

<sup>336</sup> Gentili *Il diritto come discorso*, cit. 465-466

dai principi morali, sociali ed economici, sollecita dal lato apposto ad utilizzare una certa cautela nei confronti di un “argomento” quale l’abuso.

Il rischio prospettato è che “l’abuso del diritto asseverato attraverso l’uso dell’argomentazione non sia dopotutto che un uso del diritto delegittimato attraverso l’abuso dell’argomentazione”<sup>337</sup>.

Anche a non voler pervenire alla conclusione di escludere la stessa configurabilità come istituto dell’abuso, certo è che si tratta di uno strumento particolarmente sdruciolevole, che richiede di essere maneggiato con attenzione, senza cedere alla tentazione di utilizzarlo con uno specifico fine ideologico.

- **Dimensione europea**

Merita infine considerare la lenta evoluzione che la figura dell’abuso del diritto ha avuto nell’ordinamento comunitario.

I primi accenni più o meno espliciti all’istituto si sono avuti nelle pronunce della Corte europea di giustizia, con riferimento al rapporto tra libertà comunitarie e diritto nazionale e, più precisamente, alle ipotesi in cui all’esercizio delle prime è sotteso l’intento di eludere norme imperative dei Paesi membri<sup>338</sup>.

Come è noto, il principio generale che regola i rapporti tra i due ordinamenti è quello del primato del diritto dell’Unione europea<sup>339</sup>, in virtù del quale nell’ipotesi di contrasto si ha la disapplicazione delle norme interne incompatibili.

In tal senso dovrebbe allora teoricamente risolversi il conflitto tra le norme nazionali e il libero esplicarsi delle libertà comunitarie, in particolare quelle relative alla circolazione di merci, persone e capitali.

---

<sup>337</sup> A. Gentili, *Il diritto come discorso*, cit., 418.

<sup>338</sup> Cfr. A. Las Casas, *Tratti essenziali del modello dell’abuso del diritto nei sistemi giuridici europei e nell’ordinamento comunitario*, in *Comparazione e diritto civile*, 2013; L. Cruciani, *Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell’abuso del diritto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2011, 473; S. M. Carbone, *Brevi riflessioni sull’abuso del diritto comunitario: commercio internazionale ed esercizio delle libertà individuali*, in *Diritto commerciale internazionale*, 2011, 67-83; S. Cafaro, *L’abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Diritto dell’Unione Europea*, 2003, 291.

<sup>339</sup> Nel nostro Ordinamento l’affermazione di tale principio si è caratterizzata per il contrasto tra le posizioni della Corte di giustizia e della Corte costituzionale, iniziato negli anni ‘60 con il caso Costa c. ENEL (Corte di giustizia, 15 luglio 1964, C-6/64) e definitivamente conclusosi nel 1984 con la pronuncia della Corte italiana nel caso Granital c. Ministero delle Finanze (Corte cost. 8 giugno 1984 n. 170, in *Foro italiano*, 1984).

La giurisprudenza comunitaria, tuttavia, si è mostrata attenta alla *ratio* sottesa a tale regola, che deve essere rinvenuta nell'esigenza di garantire lo sviluppo del mercato interno.

In piena coerenza con quanto si è già detto con riferimento all'impostazione nazionale, allora, la Corte di giustizia ha ritenuto che, laddove l'esercizio della libertà sia estraneo a detto scopo, non possa essere invocata la prevalenza del diritto comunitario, ma si configuri piuttosto un'ipotesi di abuso.

Almeno inizialmente, pertanto, la figura è venuta in rilievo nell'ambito del rapporto tra ordinamenti ed ha assunto caratteri analoghi alla frode alla legge.

Il caso che si tende a interpretare come una delle prime applicazioni del principio in esame, seppur non espressamente richiamato, è quello *van Binsbergen*, deciso dalla Corte nel 1974<sup>340</sup>. La fattispecie si colloca nell'ambito della libera prestazione di servizi e riguarda la pretesa di un avvocato olandese di continuare ad esercitare la propria attività difensiva nei Paesi Bassi, pur avendo trasferito la residenza in Belgio. Tale facoltà gli viene preclusa in quanto contrastante con la legge belga: pur riconoscendosi che ciò avrebbe determinato una limitazione della libertà di prestazione dei servizi, si è rilevato che lo spostamento della residenza era volto al fine di sottrarsi all'applicazione delle regole professionali dello Stato in cui lo stesso avrebbe tuttavia continuato ad esercitare la propria attività.

Come è stato poi chiarito attraverso il caso *Centros*<sup>341</sup>, perché si possa parlare di abuso del diritto è necessario tenere in attenta considerazione la *ratio* della disciplina richiamata: “anche se i giudici nazionali possono tener conto, basandosi su elementi obiettivi, del comportamento abusivo o fraudolento dell'interessato per negargli eventualmente la possibilità di fruire delle disposizioni di diritto comunitario invocate, tuttavia, nel valutare tale comportamento, essi devono tener presenti le finalità perseguite dalle disposizioni comunitarie di cui trattasi”<sup>342</sup>. Questa seconda vicenda si presenta apparentemente simile all'altra: due cittadini

---

<sup>340</sup> Corte di giustizia, 3 dicembre 1974, *van Binsbergen/ Bedrijfsvereniging Voor De Metaalnijverheid*, C-33/74, reperibile all'indirizzo: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88726&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=46819>.

<sup>341</sup> Corte di giustizia, sentenza del 9 marzo 1999, *Centros*, causa C-212/97, in Raccolta, 1999, 1459.

<sup>342</sup> Corte di giustizia, C-212/97, § 25.

danesi costituiscono una società nel Regno Unito al fine di beneficiare di un regime societario vantaggioso. Successivamente, intendono iscrivere una sede secondaria in Danimarca, dove poi operare realmente. La registrazione di quest'ultima viene negata in quanto considerata elusiva della normativa nazionale. Chiamata a pronunciarsi sulla vicenda, la Corte ha sostenuto che, alla luce del combinato disposto degli art. 52 e 58 (oggi artt. 49 e 54 TFUE), la possibilità di svolgere la propria attività in un altro Stato membro, attraverso la creazione di un'agenzia, una succursale o una filiale, deve annoverarsi tra le facoltà propriamente attribuite dalla normativa comunitaria in tema di libertà di stabilimento.

Considerata allora la *ratio* della libertà e gli interessi sottostanti alla norma di diritto nazionale, la Corte ha escluso che la condotta posta in essere dai due cittadini danesi, potesse configurare un'ipotesi di abuso del diritto<sup>343</sup>.

Il percorso verso l'affermazione comunitaria del principio è proseguito poi con la pronuncia *Emsland-Stärke*<sup>344</sup>, avente ad oggetto il comportamento di un'impresa tedesca, la quale esportava i propri prodotti agricoli verso un Paese terzo, la Svizzera, al solo fine di ottenere una restituzione all'esportazione, così come prevista dalla normativa comunitaria. La pronuncia della Corte, che ha qualificato abusiva la condotta posta in essere, è particolarmente interessante perché individua gli elementi caratterizzanti dell'istituto, uno oggettivo ed uno soggettivo: da una parte la sussistenza di circostanze oggettive “dalle quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa comunitaria, l'obiettivo perseguito dalla detta normativa non è stato raggiunto”<sup>345</sup>; dall'altra la volontà di ottenere un vantaggio dalla normativa comunitaria attraverso la realizzazione artificiosa delle condizioni ad essa presupposte, da verificare attraverso l'analisi di “elementi di fatto”.

---

<sup>343</sup> Cfr. A. Las Casas, *Tratti essenziali del modello dell'abuso del diritto nei sistemi giuridici europei e nell'ordinamento comunitario*, cit.

<sup>344</sup> Corte di giustizia, Sentenza del 14 dicembre 2000, *Emsland-Stärke*, causa C-110/99, in Raccolta, 2000, 11569.

<sup>345</sup> Corte di giustizia, C-110/99, § 52.

Nel caso *Kofoed* del 2007<sup>346</sup>, poi, la Corte è pervenuta al riconoscimento espresso dell'abuso del diritto come principio generale dell'Unione europea e ad affermare che il diritto comunitario non può essere posto alla base di comportamenti abusivi. Considerato che ai principi generali è riconosciuta rilevanza costituzionale e equiordinazione rispetto ai Trattati, la pronuncia della Corte può essere interpretata nel senso di aver collocato l'abuso del diritto tra i valori fondanti dell'Unione europea<sup>347</sup>.

Un approccio molto meno rigoroso si è affermato, invece, con riferimento alla libera circolazione delle persone e ai diritti di cittadinanza. La tendenza della Corte è stata quella di escludere la sussistenza dell'abuso nei casi in cui il soggetto si sposta da uno Stato all'altro con l'intento di perseguire interessi sociali<sup>348</sup>. Tale scelta è stata interpretata nel senso di promuovere l'integrazione attraverso all'esercizio della libertà di circolazione e dei diritti di cittadinanza<sup>349</sup>.

Il riconoscimento dell'abuso del diritto come principio generale del diritto comunitario ha trovato poi un'esplicita ratifica nella previsione dell'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rubricato "divieto di abuso del diritto", il quale afferma che "Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta".

Si è rilevato come tale previsione normativa, che sta influenzando i più recenti orientamenti giurisprudenziali nazionali, abbia innovato fortemente l'istituto rispetto alle tradizioni giuridiche degli Stati membri e l'approccio adottato dalla Corte di giustizia.

---

<sup>346</sup> Corte di Giustizia, Sentenza del 5 luglio 2007, *Hans Markus Kofoed contro Skatteministeriet*, causa C-321/05, in Raccolta, 2007, 5795.

<sup>347</sup> L. Cruciani, *Clausole generali e principi elastici in Europa*, cit., 494-495.

<sup>348</sup> Significativo il caso *Chen*, in cui una donna cinese si era recata a partorire in Irlanda, dove vige la regola dello *jus soli*, al solo fine di far acquisire alla figlia la cittadinanza di un Paese membro ed ottenere poi un permesso di soggiorno di lunga durata per lei e la figlia in Inghilterra. La Corte ha escluso la possibilità per il Regno Unito di negare il permesso di soggiorno, sostenendo che uno Stato non può limitare gli effetti derivanti dall'attribuzione della cittadinanza da parte di un altro Stato membro. Corte di giustizia, sentenza del 19 ottobre 2004, *Chen*, causa C-200/02, in Raccolta, 2004, 9925.

<sup>349</sup> L. Cruciani, *Clausole generali e principi elastici in Europa*, cit., 498.

Come chiaramente si evince dalla quasi completa identità dei due testi, il modello di riferimento dell'art. 54 è stato l'art. 17 della CEDU<sup>350</sup>.

Tuttavia, nonostante l'apparente sovrapposibilità, deve ritenersi che diversi siano gli ambiti di operatività delle due disposizioni, stante il diverso catalogo di diritti in cui le stesse sono contemplate. L'art. 17 CEDU risponde ad esigenze puramente pubblicistiche di tutela della democrazia<sup>351</sup>, mentre l'art. 54 della Carta sembra porsi più sul piano del bilanciamento degli interessi che su quello dei principi costituzionali.

Secondo l'impostazione della Carta europea, il presupposto del divieto va rintracciato principalmente nell'esigenza di ponderare i diritti potenzialmente confliggenti, attraverso l'intervento del giudice nel caso concreto. Tale impostazione fortemente relazionale trova giustificazione nell'impianto della Carta europea, in cui tutti i diritti sono equiparati senza alcuna gerarchia<sup>352</sup>.

Può ritenersi che l'art. 54 introduca una nuova clausola generale, che si affianca o va a prendere il posto della buona fede e alla luce della quale deve ritenersi configurata un'ipotesi di abuso tutte le volte in cui ci si avvale di un proprio diritto per porre in essere atti lesivi di altri diritti<sup>353</sup>.

Alla luce di tali considerazioni occorre ora considerare in quali circostanze l'esercizio della libertà contrattuale può essere considerato abusivo e, ancor più specificamente, se il rifiuto di contrarre possa costituire un abuso.

## **2. Abuso della libertà contrattuale**

Le originarie teorie sull'abuso del diritto avevano come unico parametro di riferimento il diritto soggettivo e ciò induceva ad escludere le libertà dall'ambito di operatività del principio.

---

<sup>350</sup> L'art. 17 della Convenzione europea per i diritti umani afferma che: "Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione".

<sup>351</sup> S. Cafaro, *L'abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, cit.

<sup>352</sup> C. Salvi, *Abuso del diritto e abuso dei poteri del giudice*, cit., 36.

<sup>353</sup> Cfr. F. Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, cit.



Rispetto a tale considerazione aprioristica, tuttavia, è sufficiente rilevare che la libertà può costituire il contenuto di un diritto soggettivo<sup>354</sup>, autorevolmente definito come “sintesi di una posizione di forza e di una posizione di libertà”<sup>355</sup>.

Ulteriori elementi a sostegno di una tesi estensiva derivano dalle condizioni di operatività dell’istituto e, in particolare, dalla considerazione che l’abuso del diritto si esplica in un esercizio dello stesso non conforme allo scopo per il quale è stato attribuito. Superata la tesi che verificava la sussistenza di tale coerenza attraverso la ricerca di un presunto uso “normale”, si ritiene ormai concordemente che, perché si configuri un abuso, il titolare del diritto deve godere di una certa discrezionalità. Infatti, nei casi in cui il legislatore ha già definito espressamente le modalità di esercizio del diritto, un uso non conforme al dettato normativo non integra un abuso, ma una condotta *contra ius*<sup>356</sup>. Nel caso delle libertà, il titolare dispone sicuramente di un ampio margine di autonomia ed è quindi ben possibile che attraverso le stesse persegua un interesse diverso da quello considerato meritevole dall’ordinamento, o meglio, che il relativo esercizio non risulti coerente con la ponderazione di interessi posta alla base del suo riconoscimento<sup>357</sup>. Esempi di tali ipotesi possono essere rinvenuti nella giurisprudenza della Corte di giustizia che, come si è visto, si è dovuta occupare in più occasioni dell’utilizzo delle libertà comunitarie volti ad eludere norme imperative degli ordinamenti nazionali<sup>358</sup>.

---

<sup>354</sup> Cfr. U. Breccia, *L’abuso del diritto*, in *Diritto privato*, 1997, Padova; C. Restivo, *Contributo ad una teoria dell’abuso del diritto*, Milano, Giuffrè editore, 2007, 256; G. D’Amico, *L’abuso della libertà contrattuale: nozioni e rimedi*, in G. D’Amico, S. Pagliantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, Giappichelli Editore, 2013, 54, già in S. Pagliantini (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010.

<sup>355</sup> F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., 57.

<sup>356</sup> Cfr. G. Pino, *L’esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell’abuso del diritto*, in *Ragion pratica*, 2005, 161-180

<sup>357</sup> G. Pino, *L’esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell’abuso del diritto*, cit.. A conclusioni opposte perviene parte della dottrina francese, ad avviso della quale in assenza di un contenuto definito, come nel caso delle libertà, non può parlarsi di abuso, poiché non sarebbe possibile un’analisi qualitativa dell’esercizio, ma eventualmente solo quantitativa. Cfr. P. Roubier, *Les prérogatives juridiques*, in *Archives de philosophie du droit*, 1960, cit. in C. Restivo, *Contributo ad una teoria dell’abuso del diritto*, cit., 2007. Tale aspetto problematico è evidenziato anche da Rescigno, il quale sottolinea “la difficoltà di individuare un contenuto normale della libertà: un contenuto rispetto al quale possa qualificarsi come anormale o abusiva la condotta del soggetto”. P. Rescigno, *L’abuso del diritto*, Bologna, 1998, 29.

<sup>358</sup> G. D’Amico, *L’abuso della libertà contrattuale: nozioni e rimedi*, cit. nota 10.

La questione diviene più problematica laddove si metta in discussione il fatto stesso che alla base della libertà vi sia un riconoscimento giuridico, ritenendo che la stessa si configuri piuttosto come “mero lecito giuridico”. Secondo tale ricostruzione, a differenza di quanto avviene per il diritto soggettivo, nel caso delle libertà non sarebbe ipotizzabile un abuso perché l’ordinamento non ha attribuito al titolare una prerogativa specifica, ma si è semplicemente astenuto dall’intervenire, ci si muoverebbe cioè nell’ambito del non proibito, del c.d. “zero giuridico”<sup>359</sup>. Tuttavia, come è stato autorevolmente sostenuto, “se noi chiamiamo libertà lo zero giuridico, e se poi chiamiamo diritto la libertà, quell’atto può diventare abuso della libertà”<sup>360</sup>. Del resto, almeno con riferimento alle fattispecie che si intende considerare, non si tratta di libertà generiche, ma di situazioni giuridicamente regolate e sottoposte a limiti volti a tutelare eventuali interessi confliggenti<sup>361</sup>.

Ammissa la configurabilità dell’abuso di una libertà, occorre verificare se lo stesso possa delinarsi anche con specifico riferimento a quella contrattuale.

Parte della dottrina, aderendo alla tesi prospettata da Rescigno in un noto saggio del 1965, esclude tale interpretazione in ragione del fatto che la libertà contrattuale trova espressione in un accordo. Ciò implicherebbe che non vi sia l’esercizio del diritto di una parte nei confronti dell’altra e che comunque l’eventuale “lesione” della sfera giuridica della controparte sia coperta dal consenso da questa prestato e quindi dall’accettazione dell’esercizio dell’autonomia altrui<sup>362</sup>.

Secondo tale ricostruzione, non sarebbe ipotizzabile un abuso del diritto in senso proprio, ma al più un “abuso della situazione economica”, come conseguenza

---

<sup>359</sup> R. Sacco, *L’esercizio e l’abuso del diritto*, cit., 323. Cfr. G. D’Amico, *L’abuso della libertà contrattuale: nozioni e rimedi*, cit.; C. Restivo, *Contributo ad una teoria dell’abuso del diritto*, cit., 256.

<sup>360</sup> R. Sacco, *L’esercizio e l’abuso del diritto*, cit., 353.

<sup>361</sup> Cfr. G. D’Amico, *L’abuso della libertà contrattuale: nozioni e rimedi*, cit.

<sup>362</sup> Diversa sarebbe la fattispecie dell’“abuso del contratto” in cui le parti concordemente esercitano la libertà contrattuale con il fine di porre in essere un abuso a danno dei terzi. Cfr. F. Di Marzio, *Teoria dell’abuso e contratti del consumatore*, *Rivista di diritto civile*, 2007, 698 ss.

dell'imposizione da parte del soggetto contrattualmente più forte di condizioni inique<sup>363</sup>.

La differenza, apparentemente letterale, assume in realtà un significato centrale nell'analisi dell'istituto, perché nel primo caso vi è un esercizio distorto di una prerogativa riconosciuta e disciplinata dal diritto, nel secondo, invece, vi è l'approffittamento di una situazione di fatto<sup>364</sup>: non si esclude che anche quest'ultimo possa dar luogo ad un abuso giuridicamente rilevante, ma non riguarderebbe la libertà contrattuale, né tanto meno potrebbe essere qualificato come abuso del diritto.

Tale tesi ha il merito di mettere in luce uno degli aspetti più rilevanti della disciplina dell'abuso del diritto e al quale tuttavia spesso si rischia di non prestare la dovuta attenzione, generando confusione. Se, come si è detto, l'istituto in esame si configura laddove l'esercizio di un diritto non risulta conforme allo scopo per il quale è stato attribuito, nel caso della libertà contrattuale il parametro di riferimento dovrà essere individuato nella possibilità di definire attraverso l'accordo il proprio assetto di interessi. Proseguendo nel ragionamento, allora, è evidente che non potrà parlarsi di abuso rispetto a come in concreto ha trovato espressione l'esercizio della libertà, ma verificando se lo stesso sia stato diretto o meno a raggiungere un'intesa.

Da tale conclusione, tuttavia, si ricava una critica alla tesi di partenza. Infatti, se la libertà è riconosciuta in vista di un accordo, perché si escluda l'abuso è necessario che vi sia un effettivo incontro delle volontà delle parti: nel caso in cui una di queste non abbia la possibilità di manifestare una scelta consapevole e pervenga ad un assetto contrattuale a sé svantaggioso e privo di razionalità economica è la stessa idea di fondo ad essere contraddetta<sup>365</sup>.

Del resto, il ragionamento proposto da Rescigno, se era sufficiente a trarre delle conclusioni a metà degli anni '60, merita oggi di essere riconsiderato tenendo conto della complessità delle contrattazioni e della produzione alluvionale di leggi

---

<sup>363</sup> P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, (già in *Rivista di Diritto civile*, 1965, 205 ss.) 1998, 58.

<sup>364</sup> G. D'Amico, *L'abuso della libertà contrattuale: nozioni e rimedi*, cit., 60ss.

<sup>365</sup> Cfr. F. Di Marzio, *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, *Rivista di Diritto Civile*, 2011, 491 ss.

che negli ultimi anni si è sviluppata intorno al diritto della concorrenza, condizionando il diritto dei contratti e svelando l'incapacità dei classici paradigmi di riferimento di far fronte al mutamento.

Attraverso il ricorso alla normativa settoriale, hanno iniziato a diffondersi fattispecie che almeno terminologicamente richiamano l'idea dell'abuso, come le clausole abusive, l'abuso di posizione dominante, l'abuso di dipendenza economica: occorre chiedersi se si possa continuare a considerare tali ipotesi come mero abuso della situazione economica o se invece siano anch'esse da ricondurre al generale abuso del diritto.

Si è sostenuto<sup>366</sup> che propendere per quest'ultima soluzione significherebbe, analogamente a quanto è avvenuto con riferimento agli atti emulativi per il diritto di proprietà, riconoscere un'operatività generale del divieto di abuso in materia contrattuale<sup>367</sup>.

Parte della dottrina, fedele al pensiero che si è inizialmente riferito, ammette che le nuove fattispecie presentino delle evidenti analogie con l'istituto in esame, ma ritiene che diversa sia la logica ad esse sottesa ed esclude pertanto la possibilità di una *reductio ad unum*. Secondo questa tesi, tanto nel caso di abuso di posizione dominante, quanto in quello di dipendenza economica e negli altri ad essi assimilati, “non vi è abuso di una prerogativa giuridica (ovvero, della libertà negoziale), ma approfittamento di una situazione contingente”<sup>368</sup>, l'abuso riguarderebbe cioè una situazione meramente fattuale. Seguendo tale ragionamento, l'unica ipotesi di abuso di una libertà contrattuale si ritiene possa essere rinvenuta nella simulazione, in cui non vi è l'intento di disporre della propria sfera patrimoniale, ma di conseguire un diverso risultato attraverso un regolamento solo apparente<sup>369</sup>.

---

<sup>366</sup> Cfr. F. Di Marzio, *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, cit.

<sup>367</sup> Un recente caso giurisprudenziale sembra orientarsi in tal senso. Si tratta della vicenda Ratiopharm-Pfizer, nella quale il Consiglio di Stato è stato chiamato a pronunciarsi in merito al comportamento posto in essere dalla società farmaceutica Pfizer, la quale, pur avvalendosi di prerogative astrattamente riconosciute dal diritto brevettuale, aveva ottenuto l'indebito effetto di ritardare l'immissione sul mercato dei farmaci generici alla scadenza del proprio brevetto. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che “l'abuso di posizione dominante, imputato a Pfizer, non è che specificazione della più ampia categoria dell'abuso del diritto”, Cons. Stato, sez.VI, *Pfizer Italia s.r.l. et al. v. AGCM*, 12 febbraio 2014, n. 693, in *Foro italiano*, 2014, 507.

<sup>368</sup> C. Restivo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., 263.

<sup>369</sup> *Ibidem*.

La tesi descritta, pur sicuramente apprezzabile sul piano della ricostruzione sistematica e per l'opportuna distinzione tra l'abuso concernente una situazione di fatto e quello relativo all'esercizio di un diritto, non appare pienamente condivisibile nelle conclusioni. Non convince in particolare l'idea ad essa sottesa, secondo la quale l'abuso si porrebbe in una dimensione non ancora relazionale<sup>370</sup>. Come si è visto, invece, sulla scia degli orientamenti comunitari, si propende sempre più per una ricostruzione dell'istituto in termini di interazione tra le sfere di autonomia delle parti contrattuali.

Un luogo d'elezione dell'abuso del diritto potrebbe rintracciarsi nell'ambito della contrattazione asimmetrica<sup>371</sup>, dove viene in rilievo il limite intrinseco all'esercizio della libertà contrattuale, che è la libertà contrattuale stessa: non può ritenersi lecito l'utilizzo della libertà cui consegua la negazione di quella della controparte, o risulti preclusa la possibilità di quest'ultima di determinarsi consapevolmente.

Soprattutto in un periodo di crisi come quello attuale, la regolamentazione disegna sempre più le maglie del mercato. Quest'ultimo, considerato tradizionalmente come luogo elettivo per il perseguimento del profitto individuale, diviene progressivamente destinatario di istanze di utilità sociale. In tale contesto si delineano i presupposti per una funzionalizzazione della libertà contrattuale e, conseguentemente, per una riconsiderazione dello scopo che all'inizio di queste pagine si è detto sottostare alla sua attribuzione. Se si ammette che il riconoscimento della libertà poggia su "l'alto valore ordinante del mercato"<sup>372</sup>, laddove una parte approfitti della debolezza dell'altra si può configurare un'ipotesi di abuso: quest'ultimo verrebbe in rilievo a fronte di un'incongruenza

---

<sup>370</sup> *Ibidem*, 266.

<sup>371</sup> Cfr. F. Di Marzio, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*; Id., *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, cit.; C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2008; M. Bianchini, *Positivismo e non nel diritto dell'impresa: a proposito dei fondamenti dell'abuso dell'autonomia contrattuale nel "tempo dell'economia"* (con particolare riguardo ai rapporti B2C), in C. Sarra, D. Velo Dalbrenta (a cura di), *Res iudicata. Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*, Padova University Press, 2013.

<sup>372</sup> R. Sacco, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto privato*, 1997, 232.

tra l'esercizio del diritto e il bilanciamento degli interessi in relazione al quale lo stesso è stato riconosciuto<sup>373</sup>.

Particolarmente interessante a tal proposito è la fattispecie delle clausole vessatorie inserite nell'ambito della contrattazione seriale o standardizzata<sup>374</sup>.

Anche in questo caso, come nell'abuso di posizione dominante e di dipendenza economica, vi è una parte con un maggior potere contrattuale rispetto all'altra, il che tuttavia non deriva semplicemente da una situazione di fatto, la professionalità di uno dei due contraenti, bensì dall'esplicito riconoscimento legislativo di una prerogativa.

Il riferimento è a quanto previsto dall'art. 1341, comma 1 c.c., il quale afferma che la predisposizione unilaterale delle condizioni generali di contratto è efficace nei confronti dell'altra parte, purché questa le abbia conosciute o sia stata nelle condizioni di conoscerle al momento della conclusione del contratto.

La portata di tale disposizione deve essere considerata tenendo conto del significato dell'autonomia contrattuale ex art. 1322 c.c., e cioè della possibilità di determinare il contenuto del negozio derogando al diritto dispositivo. Attraverso le condizioni generali si "legittim(a) un "contratto" che, dal punto di vista "sostanziale" (e per quel che riguarda il profilo del "contenuto") è espressione della *libertà negoziale* di uno solo dei contraenti", il che attribuisce all'imprenditore uno "speciale potere di autonomia"<sup>375</sup>. Tale disciplina trova la propria giustificazione nelle esigenze di razionalizzazione dell'impresa che emergono a fronte della contrattazione di massa, specie in termini di costi. Nel rispetto di tale *ratio*, la standardizzazione che ne consegue dovrebbe comportare vantaggi per l'intero mercato, compresi i consumatori.

---

<sup>373</sup> Critica sul punto la posizione di Natoli, il quale ritiene che il bilanciamento degli interessi delle parti resti estraneo all'abuso del diritto, posto che questo opera attraverso "un sindacato, in fatto ed *ex post*, delle motivazioni sottese all'esercizio di una prerogativa formalmente spettante al suo titolare". A suo avviso, il sindacato giudiziale sull'esercizio delle libertà contrattuali riguarda altre fattispecie, come la violenza contrattuale o la rescissione. R. Natoli, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contratti*, 2010, 524.

<sup>374</sup> Cfr. G. D'Amico, *L'abuso della libertà contrattuale: nozione e rimedi*, cit.; Id., *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in G. D'Amico, S. Pagliantini *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, Giappichelli Editore, 2013.

<sup>375</sup> G. D'Amico, *L'abuso della libertà contrattuale: nozione e rimedi*, cit., 60; Id., *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, cit. 30.

Come è evidente, risultano perfettamente integrati i presupposti per la configurabilità dell'abuso del diritto: la sussistenza di una prerogativa giuridica e la preordinazione della stessa ad uno specifico fine. Nel caso di predisposizione di clausole vessatorie, l'imprenditore disattende la *ratio* sottesa alla possibilità di definire unilateralmente il contenuto del contratto, sfruttando tale prerogativa per avvantaggiarsi a scapito della controparte<sup>376</sup>.

Detta conclusione appare ancor più giustificata se si considerano le novità introdotte sulla scia della normativa comunitaria a tutela del consumatore. Infatti, mentre il codice civile all'art. 1341 c.c. richiedeva semplicemente che la clausola vessatoria fosse espressamente approvata per iscritto dalla controparte, oggi gli artt. 33 ss. del codice del consumo<sup>377</sup> stabiliscono che, quando il contratto viene stipulato tra un professionista e un consumatore, non solo vi sono una serie di clausole che si presumono vessatorie ma sono considerate tali tutte quelle che, "malgrado la buona fede", determinano un "significativo squilibrio" tra i diritti e gli obblighi delle parti. L'introduzione di un sindacato di merito sul contenuto del contratto determina una forza espansiva dell'abuso della libertà contrattuale, con riferimento almeno a tutte quelle ipotesi in cui il regolamento negoziale non è espressione del simmetrico esercizio della libertà.

Con specifico riferimento alle clausole abusive, poi, emerge un profilo particolarmente interessante dell'abuso del diritto e cioè una diversa configurazione dell'eventuale giudizio di illiceità. In particolare, questo viene formulato laddove l'esercizio dell'autonomia negoziale di una sola delle parti determina un'alterazione dell'"equilibrata composizione degli interessi". D'Amico parla in proposito di "illiceità per violazione dell'ordine pubblico economico di protezione"<sup>378</sup>. Ad ulteriore riprova della centralità dell'accordo, poi, per tali clausole è stabilito un regime di nullità di protezione, con la

---

<sup>376</sup> G. D'Amico, *L'abuso della libertà contrattuale: nozioni e rimedi*, cit., 58 ss.; F. Di Marzio, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, cit., 681.

<sup>377</sup> D. L.vo. 6 settembre 2005, n. 206.

<sup>378</sup> G. D'Amico, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, cit. 44 e 46.

conseguenza che l'invalidità può essere sanata attraverso il consenso prestato *ex post* dalla parte interessata<sup>379</sup>.

Quella inerente le condizioni generali di contratto, tuttavia, è solo una delle possibili forme di abuso della libertà contrattuale, forse una delle più incisive, ma non una delle più significative, posto che in relazione ad essa manca del tutto, o quasi, la negoziazione.

La valorizzazione di tale fattispecie ha determinato una tendenziale sovrapposizione del concetto di abuso del diritto con quello di "abuso del potere". Pur avendo sicuramente una rilevanza centrale, tale prospettiva non può ritenersi espressiva delle molteplici problematiche concernenti l'abuso della libertà contrattuale. L'elemento caratterizzante della fattispecie, infatti, non è dato dalla presenza di un rapporto di potere-soggezione, ma dall'alterazione dell'accordo<sup>380</sup>. Attraverso una declinazione dell'abuso non solo nei termini dell'azione, ma anche della relazione, l'istituto acquisterebbe sicuramente una significativa portata espansiva<sup>381</sup>. In tale prospettiva, infatti, si avrebbe abuso della libertà contrattuale a fronte di ogni esercizio della stessa che determini un'alterazione della natura dell'accordo e faccia quindi venir meno la meritevolezza della tutela.

Del resto, come rilevato da D'Amico, uno dei vantaggi derivanti dalla figura dell'abuso è quello di poter interpretare i limiti all'autonomia contrattuale in termini differenti rispetto a quelli posti dai divieti o dai vincoli provenienti da norme imperative. In particolare, esso permette di far riferimento a concetti elastici, idonei a tener conto delle peculiarità del caso concreto.

Sotto quest'ultimo profilo, si avrà abuso del diritto nel momento in cui la verifica delle modalità in cui il diritto è stato esercitato riveli la violazione di quei principi costituzionali che hanno un immediato risvolto nel diritto dei contratti: tali sono il principio di solidarietà, quello di parità ed eguaglianza sostanziale e quello di libertà di iniziativa economica<sup>382</sup>.

---

<sup>379</sup> Cfr. G. D'Amico, *L'abuso della libertà contrattuale: nozione e rimedi*, cit.; Id., *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, cit.

<sup>380</sup> F. Di Marzio, *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, cit.

<sup>381</sup> *Ibidem*

<sup>382</sup> F. Scaglione, *L'abuso del diritto nel contratto*, cit.



I criteri di riferimento, tanto nell'abuso della libertà contrattuale quanto nel generale divieto di abuso del diritto, infatti, non possono più considerarsi quelli a carattere morale, quali lo scopo emulativo o l'immoralità dell'azione, ma quelli diretti a condurre un'analisi di razionalità nell'esercizio della prerogativa, che implica il bilanciamento degli interessi in conflitto e il richiamo alla buona fede oggettiva. Attraverso tali parametri si ritiene possibile perseguire un equilibrio tra i valori sociali e la libertà individuale all'interno dei rapporti giuridici<sup>383</sup>. Essi consentono di verificare come il diritto soggettivo o la libertà siano stati effettivamente esercitati, tenendo conto del complessivo assetto di interessi che caratterizza il caso concreto e fornendo così gli strumenti per analizzare la razionalità dell'azione<sup>384</sup>. Occorre verificare, in particolare, se l'esercizio dei diritti e della libertà contrattuale sia coerente con le finalità proprie del settore di riferimento e quindi, alla luce del "nuovo diritto dei contratti", tanto con l'efficienza del mercato quanto con la configurazione dello stesso come luogo di composizione degli interessi, non solo economici, ma anche sociali.

Il canone generale di correttezza permette poi di sottoporre a controllo il comportamento tenuto dalle parti, sia in relazione al corretto funzionamento del mercato, che ai valori fondamentali della persona, quali la dignità<sup>385</sup>.

Tale aspetto tuttavia non deve essere generalizzato, onde non incorrere in degenerazioni interpretative dell'istituto. La logica descritta è stata letta ad esempio come riconoscimento di una parziale sovrapposizione tra l'abuso del diritto e la buona fede, da intendere in senso integrativo: tanto l'una quanto l'altra figura si porrebbero a garanzia dei "diritti fondamentali del mercato". Questa tesi, pur riconoscendo la vaghezza dei parametri di riferimento proposti, tali da intaccare la stessa certezza del diritto, accoglie con favore l'effetto di "moralizzazione del mercato" che ne consegue, con la specificazione che se nel caso della buona fede il riferimento è alla morale sociale corrente, nel caso

---

<sup>383</sup> D. Messinetti, voce *Abuso del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg., Milano 1998.

<sup>384</sup> F. Di Marzio, *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, cit.

<sup>385</sup> F. Scaglione, *L'abuso del diritto nel contratto*, cit.

dell'abuso del diritto essa riguarda “quanto è ritenuto equo e corretto sul mercato in un dato momento storico”<sup>386</sup>.

Il ragionamento proposto, oltre ad essere quanto mai rischioso per gli approdi cui perviene, appare criticabile per la pressoché completa noncuranza dei presupposti dell'abuso del diritto, assorbiti dalle esigenze di solidarietà economica.

Come è stato rilevato<sup>387</sup>, sebbene alla buona fede debba riconoscersi un significato centrale come regola di condotta, occorre distinguere tra una percezione della stessa come clausola generale e come principio, che implicherebbe affermare il dovere di ciascuno di non sacrificare l'interesse altrui, salvo non ne derivi un sacrificio significativo del proprio. Tale sovrapposizione di significato, alimentata dalla pronuncia della Cassazione del 2009, rischia di trasformare l'abuso del diritto in uno strumento di giustizia contrattuale, travalicando i confini dello stesso ed ammettendo un generale potere del giudice di vagliare l'equilibrio del contratto, limitando in modo significativo l'esercizio della libertà contrattuale.

Pur alla luce di tali necessari rilievi e l'esigenza di non incorrere in interpretazioni che svuotino di contenuto l'istituto, è possibile constatare allora la sussistenza di una sostanziale coerenza tra le problematiche poste dalla tutela della libertà di concorrenza e l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali e sociali delle soggettività che si incontrano sul mercato. Senza trascurare le divergenze in termini di finalità, si può affermare una certa continuità tra le figure dell'abuso di posizione dominante, abuso di dipendenza economica e divieto di clausole abusive da un lato e abuso del diritto come strumento posto a presidio dei diritti della persona.

Tali conclusioni, con le cautele di cui si è detto, aprono moltissimo lo spazio di operatività dell'abuso, soprattutto con riferimento alla tutela dei consumatori e al rapporto tra imprese.

Fin qui si è considerato l'abuso dell'esercizio della libertà contrattuale, occorre ora chiedersi se lo stesso sia configurabile anche nell'ipotesi omissiva, nel caso cioè di rifiuto di contrarre.

---

<sup>386</sup> L. Delli Priscoli, *Abuso di dipendenza economica e abuso del diritto*, cit.

<sup>387</sup> R. Natoli, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, cit., 524. L'A. giunge tuttavia alla conclusione che debba essere esclusa una configurazione relazionale dell'abuso del diritto.

Sebbene in astratto lo stesso sia sicuramente ipotizzabile, occorre altresì rilevare che una responsabilità per omissione è configurabile solo in presenza di un obbligo specifico o generico di agire. Ciò pone un problema di interpretazione giuridica della fattispecie e in particolare di utilità del ricorso alla figura dell'abuso del diritto.

In particolare, nel caso in cui sussista un dovere giuridico o particolari circostanze di fatto che richiedano di esercitare la libertà contrattuale, il rifiuto di contrarre sarà più opportunamente configurabile come inadempimento dell'obbligo a contrarre, piuttosto che come abuso della libertà<sup>388</sup>. Ci si può chiedere se attraverso un'analisi interpretativa, al di fuori dell'ambito di operatività degli obblighi a contrarre, sia possibile configurare come illecito il rifiuto di contrarre operato per ragioni discriminatorie.

Se sembra doversi escludere una censura incondizionata del rifiuto capriccioso, diverse possono essere le considerazioni nel caso in cui lo stesso sia opposto da chi conclude professionalmente contratti commerciali. In tale ipotesi, infatti, potrebbe affermarsi l'illiceità del rifiuto ex art. 2043 c.c. e, richiamando l'art. 2058, la sussistenza di un obbligo a contrarre; in proposito, Sacco conclude il ragionamento con un interrogativo eloquente: "gioverebbe dire che, (...) fuori dal quadro (degli obblighi legali di contrarre), il rispetto dell'ordine pubblico e del buon costume fa nascere doveri di contrarre, la cui violazione costituisce abuso del diritto di libertà?"<sup>389</sup>.

---

<sup>388</sup> R. Sacco, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit.; Id., *L'abuso della libertà contrattuale*, cit.

<sup>389</sup> R. Sacco, *L'abuso della libertà contrattuale*, cit.

## CAPITOLO IV: OBBLIGO A CONTRARRE: VECCHIE E NUOVE PROSPETTIVE

Nelle pagine che precedono si è visto che tra i corollari della libertà contrattuale vanno annoverate la libertà di scegliere con chi si vuole contrarre e di definire le condizioni del regolamento negoziale.

Tali libertà, tuttavia, non sono assolute. In primo luogo, le stesse devono essere esercitate in modo coerente con lo scopo in virtù del quale sono state riconosciute, incorrendosi altrimenti in un'ipotesi di abuso del diritto (sempre che si ammetta la configurabilità dell'abuso della libertà contrattuale); in secondo luogo, le stesse vanno calate nel generale impianto costituzionale e non devono risultare pertanto in contrasto con altri diritti e libertà costituzionalmente garantiti.

In relazione a questo secondo profilo, si ritiene ad esempio che, nel caso in cui un imprenditore offra sul mercato prestazioni correlate a situazioni giuridiche costituzionalmente tutelate, o la controparte sia portatrice di interessi protetti, il rifiuto di contrarre o la discriminazione fra gli utenti non siano legittimi, perché contrastanti con valori costituzionali, quali la sicurezza, la dignità umana o l'utilità sociale<sup>390</sup>.

Ai vincoli di matrice costituzionale, che si ricavano dallo stesso comma 2 dell'art. 41 della Costituzione, si affiancano una serie di fattispecie legislativamente imposte, distinte tra loro per fonte, scopo e disciplina e che vengono generalmente ricondotte alla nozione di obbligo a contrarre.

La differenza più rilevante è quella tra obbligo legale e convenzionale, a seconda che la fonte del vincolo sia normativa o pattizia. Il principale esempio di questa seconda ipotesi è il contratto preliminare, in cui le parti si obbligano a stipulare in un secondo momento un ulteriore contratto, di cui hanno già concordato gli elementi essenziali, e che viene detto definitivo.

---

<sup>390</sup> cfr. M. Libertini, P. M. Sanfilippo, *Obbligo a contrarre* (voce), in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., XII, Torino, Utet, 1992, 480; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, 893.

Nell'altro caso, invece, il legislatore ha individuato espressamente delle fattispecie in cui, in ragione di specifiche circostanze giuridiche o di fatto, vi è l'obbligo a contrarre e a rispettare la parità di trattamento.

Le ipotesi previste nel codice civile italiano sono quella contenuta nell'art. 2597 c.c., in materia di monopolio legale, e quella di cui all'art. 1679 c.c., per i pubblici servizi di linea.

Tali disposizioni sono state tradizionalmente lette come una delle forme più incisive di limite alla libertà contrattuale, in particolare sotto il profilo del procedimento di formazione del consenso delle parti. Proprio per questo, con riferimento a tali ipotesi parte della dottrina ha messo in discussione la stessa configurabilità di una fattispecie contrattuale<sup>391</sup>. Tuttavia, il fatto che si tratti di un atto dovuto non esclude automaticamente che lo stesso sia espressione di autonomia privata. Del resto, salvo tornare poi più approfonditamente sulla questione, la negoziazione tra le parti assume comunque un ruolo centrale: la libertà contrattuale è limitata, ma non negata<sup>392</sup>.

Deve ritenersi che l'interpretazione che configura l'obbligo legale di contrarre come eccezione alla libertà contrattuale sia stata la causa principale del suo forte depotenziamento. In altri ordinamenti, come quello tedesco e inglese, dai quali il nostro ha tratto le proprie origini, l'obbligo assume ben altro rilievo, essendo ricollegato ai principi generali dell'ordinamento, quali la responsabilità extracontrattuale<sup>393</sup>.

Nel sistema italiano sussistevano i presupposti per una tale configurazione, eppure la giurisprudenza ha sempre manifestato una forte riluttanza ad accogliere un'interpretazione estensiva delle due norme del codice civile, non solo perché nell'art. 2597 c.c. si parla espressamente di monopolio legale, ma soprattutto per timore di intaccare la regola generale della libertà contrattuale.

---

<sup>391</sup> S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano Giuffrè Editore, 2004 (ristampa), 23 ss. L'A. evidenzia come, sul piano della fisionomia dell'accordo, si assista ad "una svalutazione dell'attività volitiva delle parti a tutto vantaggio di una considerazione di un complesso di dati oggettivi".

<sup>392</sup> A. De Martini, *Obbligo a contrarre (voce)*, in *Novissimo digesto italiano*, 693. *Amplius* §1.a

<sup>393</sup> C. Osti, *Nuovi obblighi a contrarre*, cit., 1.

Ciò, nonostante vi siano state costanti sollecitazioni in senso contrario da parte della dottrina, sostenuta tra l'altro da una legislazione speciale che ha fatto e fa spesso ricorso all'istituto.

Si assiste cioè al paradosso<sup>394</sup> per cui le previsioni del codice civile continuano ad essere lette in termini fortemente restrittivi, determinando inevitabilmente l'esaurimento del loro campo di applicazione, mentre proliferano una serie di discipline che, in modo più o meno velato<sup>395</sup>, introducono degli obblighi a contrarre assimilabili, seppur talvolta con diversa *ratio*, alle fattispecie del codice civile.

Se si volesse tentare di dare una definizione generale dell'obbligo legale a contrarre, questo dovrebbe essere qualificato come uno strumento giuridico a protezione di quelle condizioni economiche o sociali considerate meritevoli di tutela, e che risulterebbero inevitabilmente compromesse dal libero esplicarsi delle logiche di mercato: ricostruzione pienamente compatibile con i limiti alla libertà di iniziativa economica contemplati dall'art. 41 della Costituzione.

La dottrina italiana, ancor prima di riflettere sulla compatibilità con la normativa di stampo europeo, si è a lungo interrogata sull'utilità stessa dell'istituto, il quale, dopo esser stato più volte considerato ormai tramontato, è in realtà sopravvissuto a costo di profondi mutamenti.

Ai fini del presente studio, l'attenzione si concentrerà sugli obblighi a contrarre relativi all'attività d'impresa e, in particolare, a quelli afferenti alla prestazione di beni e servizi<sup>396</sup>. Sarà interessante notare come la disciplina dell'istituto si sia trasformata nel corso degli anni e come abbia variamente inciso sulla stessa la normativa e la giurisprudenza comunitaria.

---

<sup>394</sup> Ad avviso di Osti, tale distonia potrebbe essere conseguenza supposta non comunicabilità tra diritto civile e diritto regolatorio, della concorrenza. Cfr. C. Osti, *Nuovi obblighi a contrarre*, cit., 3 ss.

<sup>395</sup> Nel caso dell'abuso di posizione dominante, ad esempio, non vi è alcun riferimento all'obbligo a contrarre, ma lo stesso viene desunto dal divieto per l'impresa di sfruttare la propria posizione per limitare gli accessi e gli sbocchi al mercato.

<sup>396</sup> Non si farà quindi riferimento ad altre ipotesi di obbligo a contrarre: la disciplina delle assunzioni obbligatorie di cui all'art. 1 della l. n. 68 del 1999; la costituzione di servitù coattiva, ex art. 1032 c.c.; l'obbligo del mandatario senza rappresentanza di trasferire al mandante i beni immobili, o i mobili iscritti in pubblico registro, ex art. 1706 c. 2 c.c.

Se si accoglie la tesi di un'idea comune di fondo sottesa all'istituto, partire dall'analisi delle due disposizioni codicistiche sarà sicuramente utile per l'interpretazione delle previsioni contenute in leggi speciali e per ammettere eventuali applicazioni analogiche. Del resto, come è stato ricordato da più parti, la previsione di dette norme all'interno del codice civile ha avuto propriamente la funzione di ricondurre ad una disciplina unitaria le ipotesi di obbligo a contrarre contemplate nelle varie leggi speciali<sup>397</sup>.

## **1. L'obbligo legale di contrarre nel codice civile: artt. 2597 e 1679 c.c.**

L'art. 2597 c.c. pone l'obbligo in capo a tutte le imprese in condizione di monopolio a contrarre con chiunque richieda le prestazioni che formano oggetto dell'impresa, rispettando la parità di trattamento.

La *ratio* della norma, così come emerge dalla Relazione al codice civile del 1942, va individuata nell'esigenza di tutelare il consumatore, che rischia di essere reso più vulnerabile a causa dell'ampiezza delle condizioni di monopolio e della conseguente soppressione della concorrenza.

Ai sensi dell'art. 1679, chi esercita pubblici servizi di linea deve accettare, compatibilmente con i propri mezzi ordinari e secondo le condizioni generali, le richieste di trasporto in base al loro ordine o, a parità di ordine, in base alla lunghezza del percorso<sup>398</sup>. In questo caso la *ratio* dell'obbligo va individuata nell'organizzazione dell'attività nelle forme del pubblico servizio, il che tuttavia non deve far sorgere dubbi rispetto ad una presunta natura pubblicistica dell'obbligo: il rapporto tra l'esercente il pubblico servizio e il privato, infatti, è comunque un contratto di diritto privato<sup>399</sup>.

---

<sup>397</sup> Cfr. M. Libertini, P. M. Sanfilippo, *Obbligo a contrarre*, cit., 482-483; A. Di Majo, *Obbligo a contrarre*, in *Enciclopedia Giuridica*.

<sup>398</sup> Si è sostenuto che l'art. 1679 c.c. si ponga in un rapporto di *species a genus* con l'art. 2479 e debba pertanto considerarsi superfluo. In realtà, perché sia integrata la fattispecie dell'art. 1679 c.c., non è necessario che si configuri una posizione di monopolio in capo al concessionario. Entrambe le disposizioni manifestano l'esigenza di tutelare il consumatore a fronte di una condizione di vantaggio dell'imprenditore giuridicamente riconosciuta, ma non vi è una sovrapposizione.

<sup>399</sup> De Martini, *Obbligo a contrarre*, cit., 697.

Nell'uno e nell'altro caso dall'obbligo legale a contrarre derivano il dovere di parità di trattamento e quello consequenziale di predeterminazione delle condizioni di contratto, tra cui il prezzo<sup>400</sup>, con i limiti della necessaria determinazione o determinabilità dell'oggetto dell'obbligazione<sup>401</sup>.

L'analisi delle due fattispecie in esame è utile per riflettere su alcuni caratteri essenziali della figura, poi riscontrabili anche nelle altre ipotesi di obbligo a contrarre.

· **Rapporto giuridico e contenuto dell'obbligo.** Due questioni meritano particolare attenzione: come si configura il dovere a carico dell'imprenditore, e quindi la posizione di colui che beneficia dell'obbligo, e quale è il contenuto dello stesso.

Con riferimento al primo punto, si è soliti contrapporre una costruzione pubblicistica ad una privatistica, a seconda che dalle norme in esame derivino doveri dell'imprenditore solo nei confronti della pubblica amministrazione o anche direttamente nei confronti dei privati. La differenza è sostanziale, perché in un caso l'utente sarà considerato titolare solo di un interesse di fatto e potrà godere al più di una tutela a titolo di interesse legittimo, mentre nell'altro potrà far valere un diritto soggettivo e quindi una pretesa direttamente azionabile nei confronti dell'imprenditore.

In linea generale si ritiene sia più coerente con i fini dell'obbligo a contrarre l'impostazione privatistica, in quanto maggiormente idonea a tutelare gli interessi

---

<sup>400</sup> P. Marchetti, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Padova, CEDAM, 1969, 444. Nell'ambito della predeterminazione delle condizioni contrattuali, particolare attenzione merita la definizione del prezzo. Lo stesso, infatti, costituisce uno dei principali strumenti di cui può avvalersi il monopolista o l'esercente un pubblico servizio di linea per eludere l'obbligo a contrarre: non si oppone al consumatore utente un rifiuto esplicito, ma si propone un'offerta inaccettabile. Tale determinazione, allora, sarà generalmente soggetta a fissazione amministrativa, ed in caso contrario nei confronti del soggetto obbligato verranno comunque in rilievo i doveri di diligenza, correttezza e buona fede. Ad avviso dell'A. si potrebbe ipotizzare anche un dovere del monopolista di chiedere la fissazione autoritativa del prezzo. *Contra* L. Nivarra, *L'Obbligo a contrarre e il mercato*, CEDAM, Padova, 1989, 70.

<sup>401</sup> De Martini, *Obbligo a contrarre*, cit., 697; P. Marchetti, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., 442. Tale obbligo appare funzionale da un lato all'esigenza di limitare l'autonomia del contraente su cui grava l'obbligo a contrarre e dall'altro a quella di fornire al consumatore o utente uno strumento di controllo.



economicamente o socialmente deboli di chi contrae con il monopolista o con chi comunque assume una posizione privilegiata<sup>402</sup>.

Quanto al contenuto dell'obbligo, un'analisi letterale delle disposizioni in esame dovrebbe indurre ad affermare che lo stesso consista nel dovere dell'imprenditore di accettare le richieste che gli vengono rivolte, nel rispetto della parità di trattamento. Nonostante l'apparente linearità del ragionamento, sono state proposte diverse ricostruzioni che si distinguono in particolare per l'attribuzione di un carattere finale o strumentale alla stipula del contratto. L'impostazione che è stata definita formale sostiene che l'obbligo che viene imposto sia proprio quello di contrarre, di prestare il consenso, il rapporto giuridico non nascerebbe *ex lege*, ma solo con la dichiarazione di volontà delle parti<sup>403</sup>. La prospettiva sostanziale, invece, individua la *ratio* delle norme in esame nella tutela degli interessi concreti degli utenti/consumatori e non prende tanto in considerazione il singolo atto dell'imprenditore quanto l'attività globalmente considerata dello stesso. Secondo questa seconda tesi, pertanto, il contenuto dell'obbligo andrebbe rintracciato nella prestazione del bene o del servizio, mentre la conclusione del contratto non avrebbe carattere centrale, ma funzione meramente preparatoria<sup>404</sup>.

La questione tra obbligo a contrarre in senso stretto e obbligo a fornire il bene o servizio non ha un valore meramente ricostruttivo. Dalla prima impostazione si ricava che fin quando non sia stato concluso il negozio non vi è alcun legame giuridico tra l'utente e l'imprenditore. La tesi prevalente, tuttavia, ritiene che il rapporto obbligatorio sorga alla semplice richiesta dell'utente e che l'eventuale rifiuto ingiustificato dell'imprenditore configuri un inadempimento, facendo dedurre la sussistenza di un rapporto giuridico già prima della conclusione del contratto. Ciò si pone a sostegno della tesi sostanziale, la quale risulta maggiormente coerente anche con lo scopo dell'istituto e a quanto si è già detto con riferimento al riconoscimento di un diritto potestativo in capo all'utente.

---

<sup>402</sup> M. Libertini, P. M. Sanfilippo, *Obbligo a contrarre*, cit. 481 ss.; A. Di Majo, *Obbligo di contrarre*, cit., 8 ss.

<sup>403</sup> Cfr. De Martini, *Obbligo a contrarre*, cit. 694.

<sup>404</sup> P. Barcellona, *Obbligo di contrarre, disciplina anti-trust e tutela del consumatore-acquirente*, Palermo, Ires, 1969, e in id., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, Giuffrè Editore, 1969, 37-138; A. Di Majo, *Obbligo a contrarre*, cit. M. Libertini, P. M. Sanfilippo, *Obbligo a contrarre*, cit., 495;

L'obbligo a contrarre deve ritenersi infine completato da altri doveri giuridici, ad esso strumentali, in quanto volti a rendere possibile l'adempimento dello stesso<sup>405</sup>. In proposito ci si chiede entro quali limiti quantitativi l'imprenditore debba rispondere alle richieste che gli vengono rivolte. Nel caso dell' esercente pubblici servizi di linea, la questione si risolve facilmente grazie al riferimento della norma ai "mezzi ordinari dell'impresa" e alla sussistenza di una concessione che regola le modalità di esercizio del servizio. Nel caso del monopolio legale, invece, tale capacità rischia di essere rimessa al capriccio dell'imprenditore. Ci si è chiesti in proposito se l'obbligo del monopolista di accettare le proposte che gli vengono rivolte debba essere commisurato alla capacità di fatto dell'impresa o se questi debba organizzare la propria attività in modo tale da essere in grado di rispondere alle esigenze della collettività. Considerati gli interessi generali che fanno capo alle prestazioni del monopolista e il fatto che l'art. 2597 c.c. non considera l'incapacità come causa esimente l'obbligo, si è ritenuto che si configuri il dovere di predisporre tutte quelle attività preliminari necessarie affinché sia in grado di assicurare la domanda di beni o servizi ragionevolmente prevedibile<sup>406</sup>.

· **Obbligo di parità di trattamento.** Quanto appena detto risulta strettamente consequenziale ad un profilo essenziale della disciplina in esame: l'obbligo di parità di trattamento. Tale previsione assume una posizione di complementarità rispetto all'obbligo a contrarre, che potrebbe essere altrimenti facilmente aggirato attraverso la predisposizione di condizioni contrattuali insostenibili. Per le stesse ragioni deve ritenersi che la parità di trattamento non possa essere declinata nei termini dell'eguaglianza formale, ma necessariamente sostanziale, e quindi come "strumento di diritto ineguale"<sup>407</sup> che, pur tenendo conto dell'economicità della gestione e della peculiare tipologia di contratti, garantisca il perseguimento di finalità di giustizia sostanziale. Come rilevato da Nivarra, il principio assume in questo contesto "due anime", stante la necessità di correlare il carattere seriale delle prestazioni a quello individuale del regime

---

<sup>405</sup> cfr. R. Sacco, *Il contratto*, II, in R. Sacco (diretto da) *Trattato di Diritto civile*, Milano, UTET, 1993, 305-307.

<sup>406</sup> M. Libertini, P. M. Sanfilippo, *Obbligo a contrarre*, cit., 508.; P. Barcellona, *Obbligo di contrarre, disciplina anti-trust e tutela del consumatore-acquirente*, cit.

<sup>407</sup> L. Nivarra, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., 65.

erogatorio<sup>408</sup>. Proprio per queste ragioni, la stessa relazione ministeriale<sup>409</sup> parla di una formula duttile, suscettibile di tener conto di differenze oggettive.

Non si tratta di prendere in considerazione solo le discriminazioni tra utenti attuali, ma anche potenziali e in ciò la disposizione si ricollega a quanto detto in merito ai doveri accessori che fanno capo al monopolista o all'esercente un pubblico servizio. L'obbligo di parità di trattamento, infatti, deve ritenersi violato anche nel caso in cui vengano poste in essere delle condizioni di vantaggio nei confronti di un singolo utente a scapito di quelli futuri. Se da un lato l'esigenza di provvedere nel modo migliore agli interessi degli utenti comporta la necessità di tener conto anche delle loro condizioni soggettive, almeno laddove abbiano una specifica caratterizzazione sociale, dall'altro non devono essere compromesse le esigenze organizzative dell'impresa o le regole di concorrenza e l'eventuale trattamento di favore deve fondarsi su elementi pre-individuati, tali da potere essere comunque oggetto di applicazione uniforme<sup>410</sup>.

Secondo questa ricostruzione, allora, il dovere di parità di trattamento si configura come espressione del principio di correttezza e buona fede oggettiva. L'imprenditore deve improntare a tali canoni il proprio comportamento nei confronti degli utenti presenti e futuri e quindi determinare il contenuto della prestazione dovuta tenendo conto del livello di domanda ragionevolmente prevedibile<sup>411</sup>. Il rifiuto opposto dal monopolista o esercente un pubblico servizio dovrà allora ritenersi illecito se dipeso dal fatto che l'impresa ha esaurito la propria capacità di far fronte alla domanda per aver risposto ad una precedente richiesta che sapeva, o poteva sapere, essere esorbitante<sup>412</sup>.

Trattandosi generalmente di risorse scarse, devono comunque adottarsi dei criteri di selezione, primo fra tutti quello della priorità, come previsto dall'art. 1679 c.c..

---

<sup>408</sup> L. Nivarra, *La disciplina della concorrenza: il monopolio. Art. 2597*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 1992, 131.

<sup>409</sup> Relazione al codice civile, n. 1046.

<sup>410</sup> M. Libertini, P. M. Sanfilippo, *Obbligo a contrarre*, cit., 501.

<sup>411</sup> L'obbligo di parità di trattamento deve ritenersi violato anche nell'ipotesi in cui l'imprenditore soddisfi una richiesta incompatibile con i mezzi ordinari dell'impresa e quindi tale da rendergli impossibile l'adempimento delle prestazioni future. Sotto tale profilo, tuttavia si rileva la scarsa effettività delle disposizioni in esame, posto che l'osservanza del dovere di parità di trattamento è rimessa alla disciplina delle condizioni generali e alla sostituzione automatica delle clausole derogatorie (art. 1679 c.c.). cfr. L. Nivarra, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., 67.

<sup>412</sup> P. Marchetti, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., 437 ss.

Nel caso di più richieste simultanee, non potrà invece applicarsi estensivamente il parametro della maggiore quantità, essendo specificamente correlato alla prestazione di trasporto; in tale ipotesi, o in quella di un'imprevista modificazione della domanda globale, il bene o servizio dovrà essere ripartito tenendo conto delle eguali condizioni dei consumatori attuali e futuri.

Attraverso il completamento dell'obbligo a contrarre con quello di parità di trattamento il legislatore ha adottato un "modello di governo forte dell'attività d'impresa"<sup>413</sup>, tale da configurare una funzionalizzazione della stesa<sup>414</sup>. Si tratta di un'evidente deroga alla libertà di iniziativa economica di cui all'art 41 Cost., posto che l'attività d'impresa si svolge normalmente, e in alcuni casi inevitabilmente, attraverso pratiche di selezione. Occorre allora individuare la *ratio* che giustifica le disposizioni in esame: questa non deve essere rintracciata nell'intento di combattere le disparità di condizione economica fra i consumatori/utenti, ma nell'esigenza di garantire a tutti la fruizione di determinati beni o servizi, funzionali al soddisfacimento di bisogni individuali<sup>415</sup>. Seguendo tale interpretazione, è stato osservato, seppur con la consapevolezza delle difficoltà interpretative, che gli stessi beni e servizi finiscono in tal modo per essere coinvolti dall'azione conformatrice delle disposizioni in esame, nel senso di essere assimilabili a *res communis omnium*: il bisogno che il bene è preposto a soddisfare prevale sul valore commerciale dello stesso, assume rilievo centrale il valore d'uso<sup>416</sup>.

· **Rimedi.** Occorre infine considerare i rimedi a tutela dell'utente, nel caso in cui l'imprenditore rifiuti di contrarre o ponga in essere un trattamento discriminatorio.

Tale questione si ricollega al contenuto dell'obbligo a contrarre ed è pertanto risolta in modo diverso in relazione alle due tesi sopra prospettate.

---

<sup>413</sup> L. Nivarra, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., 63.

<sup>414</sup> M. Libertini, P. M. Sanfilippo, *Obbligo a contrarre*, cit., 502. L. Nivarra, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., 62 ss.

<sup>415</sup> M. Libertini, P. M. Sanfilippo, *Obbligo a contrarre*, cit., 501 ss.; P. Marchetti, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., 433 ss.; L. Nivarra, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., 62 ss.

<sup>416</sup> L. Nivarra, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., 64.

Infatti, se si sostiene che tale elemento sia rappresentato dalla mera contrattazione, deve allora ritenersi che prima della conclusione del contratto non vi sia alcun legame giuridico tra le parti. Ciò significa che l'eventuale rifiuto a contrarre o trattamento discriminatorio potranno essere considerati rilevanti solo come disattenzione di una generica regola di condotta, e al più idonei a configurare un illecito extracontrattuale ai sensi dell'articolo 2043 c.c..

Secondo la ricostruzione che si ritiene di dover accogliere, invece, tali comportamenti sarebbero idonei ad integrare una responsabilità contrattuale, posto che il rapporto giuridico sorge dalla richiesta dell'utente o, come è stato alternativamente sostenuto, antecedentemente alla stessa, stanti i doveri preparatori che fanno capo all'imprenditore<sup>417</sup>.

Alla luce di questa seconda ricostruzione, allora, devono ritenersi applicabili le disposizioni di diritto comune in tema di responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. e quindi l'imprenditore sarà tenuto al risarcimento del danno, salvo non provi l'impossibilità dell'adempimento per causa a lui non imputabile. A tal proposito come si è detto, attraverso una lettura combinata con l'art. 1679 c.c. deve ritenersi che le prestazioni che l'imprenditore è tenuto a garantire debbono essere commisurate alla natura e potenzialità dell'impresa, ma anche al livello di domanda ragionevolmente prevedibile, in ogni caso non può pretendersi l'adempimento della prestazione impossibile<sup>418</sup>.

Inoltre, la configurazione del rifiuto come inadempimento contrattuale introduce la questione, molto dibattuta sia in dottrina che in giurisprudenza, dell'ammissibilità del rimedio rappresentato dall'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c.. La questione si è posta principalmente in relazione alla necessità<sup>419</sup> o meno che per l'applicazione della norma sussistano obblighi già puntualmente predeterminati e con riferimento ai criteri di determinazione del regolamento di interessi. Questo secondo profilo appare superabile sulla base della considerazione

---

<sup>417</sup> La teorizzazione di un rapporto obbligatorio preesistente alla richiesta, con il fine di configurare una responsabilità dell'imprenditore per non aver provveduto a tali compiti appare superflua, posto che in tal caso il soggetto obbligato dovrà comunque rispondere essendo a lui imputabile l'impossibilità della prestazione. Cfr. M. Libertini, P. M. Sanfilippo, *Obbligo a contrarre*, cit., 508-509; A. Di Majo, *Obbligo a contrarre*, cit., 9.

<sup>418</sup> A. De Martini, *Obbligo a contrarre*, cit., 697; M. Libertini, P. M. Sanfilippo, *Obbligo a contrarre*, cit., 508.

<sup>419</sup> L. Montesano, *Obbligo a contrarre*, 518.

che nella maggioranza dei casi di obbligo legale a contrarre sussiste in capo all'imprenditore l'onere di predisporre e rendere note le condizioni generali di contratto, trattandosi per lo più di contrattazione seriale<sup>420</sup>. Si è altresì osservato che anche a fronte di una lettura del rifiuto come illecito extracontrattuale, sarebbe comunque ipotizzabile un risarcimento in forma specifica attraverso il richiamo all'art. 2058 c.c.<sup>421</sup>.

Sostenendo la tesi secondo la quale il contenuto dell'obbligo a contrarre non è tanto quello di prestare il consenso ma di fornire beni o servizi, infine, parte della dottrina ammette anche l'operatività dell'art. 2931 c.c. e cioè della sentenza esecutiva di obblighi di fare<sup>422</sup>.

Nel caso in cui, infine, ricorrano i presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, si ritiene possibile ricorrere al provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., sempre che si concordi nel configurare la situazione giuridica dell'utente come diritto soggettivo.

· **Ambito di applicazione e interpretazione estensiva.** La disciplina ora analizzata è stata dettata facendo riferimento al rapporto che si instaura tra l'utente e il monopolista legale o l'imprenditore che presta i propri servizi in un settore caratterizzato dalla presenza di interessi pubblicistici. La peculiare situazione di fatto o di diritto e il perseguimento di fini sociali o di utilità generale che vi sono alla base giustificano una *funzionalizzazione* dell'attività d'impresa e la sussistenza dell'obbligo di parità di trattamento<sup>423</sup>. Occorre chiedersi se tale disciplina possa essere applicata analogicamente e, in particolare, se operi anche nei confronti del monopolista di fatto<sup>424</sup>.

---

<sup>420</sup> A. Di Majo, *Obbligo a contrarre*, cit., 10-11.

<sup>421</sup> R. Sacco, *Il contratto*, cit., 304. L'A. richiama in proposito la previsione dell'art. 1032, che ammette in tema di servitù la costituzione con sentenza.

<sup>422</sup> A. Di Majo, *Obbligo a contrarre*, cit., 10-11. *Contra* Libertini, Sanfilippo i quali sostengono che il ricorso alla sentenza esecutiva di obblighi di fare finirebbe con lo svalutare completamente il ruolo del contratto. A loro avviso il regolamento di interessi deve essere necessariamente definito attraverso la partecipazione dell'obbligato o il ricorso ad un processo, così da garantire un'efficiente gestione dell'impresa e il rispetto del principio di economicità. M. Libertini, P. M. Sanfilippo, *Obbligo a contrarre*, cit., 510.

<sup>423</sup> M. Libertini, P. M. Sanfilippo, *Obbligo a contrarre*, cit., 508.

<sup>424</sup> De Martini sottolinea trattasi di una prospettiva *de iure condendo*, in contrasto con il rilievo che *de iure condito* tutti i casi di obbligo a contrarre o di parità di trattamento sono collegati ad una

Tradizionalmente l'art. 2597 c.c. ha avuto un'interpretazione circoscritta al dettato normativo, in cui si parla espressamente di monopolista legale, sebbene, come si è detto, vi sarebbero stati i presupposti per una sua più ampia operatività

Un orientamento in senso favorevole individua il fondamento di tale estensione nella situazione giuridica soggettiva del consumatore, il quale vanterebbe un diritto soggettivo nei confronti dell'imprenditore in virtù del carattere essenziale della prestazione<sup>425</sup>.

Tale ricostruzione non risulta pienamente soddisfacente, non tanto per i limiti della consequenzialità prospettata<sup>426</sup>, quanto per una ragione storica: se in passato il *favor* per l'applicazione analogica dell'art. 2597 c.c. trovava una sua giustificazione nella consapevolezza dell'insufficienza della disposizione rispetto alle esigenze di tutela del consumatore, oggi quella lacuna è stata in gran parte colmata dalla normativa *antitrust*. Al tempo stesso, tuttavia, occorre considerare che quest'ultima risponde ad una *ratio* ben diversa da quella dettata dal codice civile italiano e, soprattutto, in essa la tutela del consumatore assume un rilievo solo indiretto. Il divieto di discriminazione, in particolare, si configura come strumento di regolazione della concorrenza e si applica pertanto solo al rapporto tra imprese e non anche nei confronti degli utenti finali<sup>427</sup>. Occorrerebbe allora valutare se l'obbligo a contrarre possa assumere ancora una funzione attraverso la tutela di quegli interessi che sfuggono alla normativa *antitrust*.

Più convincenti appaiono quelle tesi che fanno derivare una forza espansiva della disciplina in esame dalla constatazione di un duplice fondamento alla stessa sotteso. Da un lato, infatti, essa è prevista come rimedio alle conseguenze che il monopolio determina sul piano dell'offerta, in quanto limitativo della concorrenza, e dall'altro come strumento volto a tutelare l'interesse sociale connesso alla prestazione.

---

situazione di monopolio di diritto o ad una situazione di fatto o di diritto a fronte della quale la dinamica contrattuale è piegata a fini peculiari. A De Martini, *Obbligo a contrarre*, cit., 695-696.

<sup>425</sup> P. Barcellona, *Obbligo di contrarre, disciplina anti-trust e tutela del consumatore-acquirente*, cit., 42.

<sup>426</sup> Cfr. R. Sacco, *Il contratto*, cit., 296. Osserva l'A. che non la forza espansiva di una norma non può essere ricavata dalla situazione giuridica che riconosce, né dalla considerazione che l'interesse dalla stessa protetto potrebbe venire in rilievo in altre circostanze.

<sup>427</sup> M. Libertini, P. M. Sanfilippo, *Obbligo a contrarre*, cit., 508.

In relazione alla prima *ratio* considerata non vi sarebbe motivo per estendere la disciplina in esame al monopolista di fatto, il quale, al fine di mantenere tale posizione, ha interesse a non limitare l'offerta, che tuttavia sarà comunque garantita dal ristabilirsi della concorrenza. Con riferimento alla seconda prospettiva, invece, l'interesse del consumatore alla prestazione deve essere tutelato anche nei confronti del monopolista di fatto che per capriccio rifiuta di contrarre con il singolo o pone in essere un comportamento discriminatorio<sup>428</sup>. Anche in capo all'imprenditore non monopolista, allora, dovrebbe ritenersi configurabile un obbligo a contrarre ogni qualvolta riceva una richiesta compatibile con i mezzi aziendali e l'eventuale rifiuto risulti lesivo della dignità umana, dell'uguaglianza e della libertà<sup>429</sup>.

Questa seconda impostazione è supportata dalla progressiva affermazione della tesi secondo la quale nell'obbligo a contrarre trovano espressione due principi cardine del diritto contrattuale italiano: l'art. 3 della Costituzione, che assegna alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano anche di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, e l'art. 41 della Costituzione che riconosce la libertà di iniziativa economica, ma con il limite dell'utilità sociale, della sicurezza, della libertà e della dignità umana<sup>430</sup>. Tale ricostruzione permette di superare la principale obiezione tradizionalmente contrapposta alla proposta di un'interpretazione estensiva dell'art. 2597 c.c., e cioè l'eccezionalità dell'obbligo rispetto al principio generale di libertà contrattuale.

Esaminati i due casi di obbligo a contrarre previsti dal codice civile e individuata pertanto la disciplina base di riferimento, si prenderanno in considerazione alcune delle ipotesi contemplate in leggi speciali. Verrà privilegiata un'analisi giurisprudenziale, attraverso la quale si cercherà di mettere in luce come quell'istituto, che sembrava ormai destinato ad essere accantonato, abbia conosciuto invece una riviviscenza grazie ad una interpretazione capace di fondere interessi economici, sociali e di utilità sociale.

---

<sup>428</sup> R. Sacco, *Il contratto*, cit., 297-298.

<sup>429</sup> L. Montesano, *Obbligo a contrarre*, cit.

<sup>430</sup> L. Montesano, *Obbligo a contrarre*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, 527.



## 2. Pubblici servizi, servizi universali e servizi di interesse generale

Trattando dei “nuovi obblighi a contrarre”, appare opportuno soffermarsi sugli obblighi di matrice comunitaria che sorgono nell’ambito dei Servizi di Interesse Generale e tra questi, più in particolare, nell’ambito dei Servizi Universali<sup>431</sup>. Sebbene a tali obblighi si sia spesso attribuita una *ratio* solidaristica/redistributiva, che non costituisce l’elemento caratterizzante dell’impostazione “classica” dell’istituto, evidenti sono i profili di continuità ed importante risulta pertanto la loro trattazione in questa sede.

Tali concetti sono stati elaborati a livello europeo a fronte del progressivo sviluppo del fenomeno delle privatizzazioni dei servizi pubblici. Man mano che i privati hanno assunto un ruolo di primo piano in settori tradizionalmente ricondotti alla sfera di competenza dello “stato sociale”, l’esigenza di rispondere ad istanze che non gli erano proprie, tra le quali l’eguaglianza e la sostenibilità economica rispetto all’accesso, ha imposto una serie di contemperamenti al diritto dei contratti<sup>432</sup>.

Una prima chiara presa di posizione sul punto si ha con la Comunicazione della Commissione dell’11 settembre 1996<sup>433</sup>. In essa si fa riferimento a servizi che si ritengono funzionali al perseguimento degli obiettivi dell’Unione e che vengono percepiti come “veri e propri diritti sociali, in quanto contribuiscono in misura considerevole alla coesione socio economica”.

Pur individuando una *ratio* comune, la stessa tuttavia distingue tra diverse fattispecie. I servizi d’interesse generale sono quelli considerati, appunto, d’interesse generale dalle autorità pubbliche, e per questo soggetti a specifici obblighi. Al loro interno è poi possibile tracciare un’importante specificazione rispetto ai servizi d’interesse economico generale (SIEG) da un lato e quelli a carattere non economico (SINEG) dall’altro, dai quali, dopo un’iniziale

---

<sup>431</sup> Cfr. C. Osti, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, Giappichelli Editore, 2004, 97 ss.

<sup>432</sup> Cfr. M. R. Marella, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2007, 97 ss..

<sup>433</sup> COM (96)443def.

assimilazione, si differenziano ulteriormente i Servizi sociali di interesse generale (SSIG)<sup>434</sup>.

Anche il servizio universale fa capo all'interesse generale; esso riguarda quelle attività che nell'intera Comunità dovrebbero essere assoggettate ad obblighi volti a garantire che l'accesso a determinate prestazioni essenziali sia assicurato a tutti indistintamente, nella stessa quantità e qualità e a prezzi sostenibili. I principi di riferimento sono: la parità, l'universalità, la non discriminazione, la continuità, l'adeguamento, la trasparenza nella gestione, nella tariffazione e nel finanziamento, il controllo ad opera di organi distinti dagli operatori<sup>435</sup>.

Quanto alla *ratio* degli obblighi di cui si tratta, è interessante rilevare come l'introduzione alla Comunicazione si apra con il riferimento alla solidarietà e alla parità di trattamento che, "in un'economia di mercato aperto e dinamico, costituiscono obiettivi fondamentali della Comunità europea". L'idea che vi è alla base è quella di una politica che concilia mercato, coesione e solidarietà<sup>436</sup>.

Si tratta di definizioni assai generiche e del resto non potrebbe essere diversamente, posto che, come si evidenzia già nella Comunicazione richiamata, l'individuazione di tali servizi è rimessa agli Stati membri ed è suscettibile di inevitabili adeguamenti, in relazione all'evoluzione tecnologica, nonché alla globalizzazione dell'economia e alle attese degli utenti.

Fin dalla formulazione del concetto di servizio universale, i settori ad esso ricondotti sono stati quello delle telecomunicazioni<sup>437</sup>, il servizio postale, quello

---

<sup>434</sup> Cfr. S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, Giappichelli Editore, 2012, 122 ss.. L'A. individua nei beni ricondotti a questa categoria un esempio di quelle risorse per le quali, nella prospettiva dell'economia sociale di mercato, è ipotizzabile la sottrazione alle logiche della concorrenza, almeno con riferimento a quelli che non si esplicano in attività economiche. Seppur con alcune perplessità, lo stesso richiama in proposito la teoria dei beni comuni.

<sup>435</sup> COM (96)443def. §28.

<sup>436</sup> COM (96)443def. §32.

<sup>437</sup> La Comunicazione della Commissione del 2001 C17/11 al paragrafo 40 fissa il contenuto minimo del servizio universale nel settore delle telecomunicazioni: "telefonia vocale, la trasmissione via fax e la trasmissione dati in banda vocale tramite modem (cioè accesso ad Internet). Gli utenti devono avere accesso a partire da un apparecchio fisso alle chiamate internazionali e nazionali, nonché ai servizi di emergenza. La definizione ricomprende anche l'assistenza di un operatore, i servizi di elenchi, i telefoni pubblici a pagamento e attrezzature speciali per clienti disabili o aventi particolari necessità sociali". A questi la Direttiva 2002/22/CE sul servizio universale ha poi aggiunto che sia assicurata anche la portabilità del numero.

dei trasporti<sup>438</sup>, quello dell'energia elettrica e del gas<sup>439</sup> e quello di radio e televisioni.

Negli ambiti ricondotti a tale categoria, gli obblighi sono volti ad assicurare che i servizi siano garantiti e ad un prezzo ragionevole anche quando il mercato non sarebbe disposto a farlo. L'idea di fondo è che i consumatori a basso reddito o con esigenze sociali particolari non siano esclusi dall'accesso e dall'uso di quei servizi ritenuti essenziali<sup>440</sup>.

L'art. 14 TFUE prevede che, in considerazione della loro importanza, per tali servizi siano previsti principi e condizioni peculiari, in primo luogo economiche e finanziarie, che consentano alle imprese erogatrici di assolvere i propri compiti. In particolare, queste possono giovare di alcune deroghe alle norme in materia di concorrenza e ad altre disposizioni dei Trattati, purché sia rispettato il principio di

---

<sup>438</sup> La Comunicazione della Commissione del 1996 distingue a riguardo tra aviazione civile, trasporto marittimo e trasporto terrestre. Nel primo caso l'attenzione è rivolta ai collegamenti con zone periferiche o a quelli regionali a intensità ridotta, che, pur a fronte del processo di liberalizzazione, non sarebbero sufficientemente garantiti dalle sole dinamiche di mercato. Con riferimento al trasporto marittimo, la possibilità di imporre obblighi di servizio pubblico è condizione per la concessione dell'autorizzazione ad effettuare servizi regolari da e per le isole e tra di esse.

<sup>439</sup> Per l'energia elettrica la normativa di riferimento è la Direttiva 2009/72/CE, che all'art. 3 §3, rubricato "Obblighi relativi al servizio pubblico e tutela dei consumatori" stabilisce che: "Gli Stati membri provvedono affinché tutti i clienti civili e, se gli Stati membri lo ritengono necessario, le piccole imprese (aventi cioè meno di 50 dipendenti e un fatturato annuo o un totale di bilancio non superiore a 10 milioni di EUR) usufruiscano nel rispettivo territorio del servizio universale, vale a dire del diritto alla fornitura di energia elettrica di una qualità specifica a prezzi ragionevoli, facilmente e chiaramente comparabili, trasparenti e non discriminatori". Il mercato interno del gas naturale è invece disciplinato dalla direttiva 2009/73/CE, in cui vengono previsti degli obblighi relativi al servizio pubblico, ma non si parla di servizio universale, con conseguente attenuazione delle relative garanzie. Nell'art. 3 §3, specularmente a quello della direttiva sull'energia elettrica si afferma infatti che: "Gli Stati membri adottano misure appropriate per tutelare i clienti finali ed assicurano in particolare ai clienti vulnerabili un'adeguata protezione. In questo contesto, ciascuno Stato membro definisce il concetto di cliente vulnerabile che può riferirsi alla povertà energetica e, tra l'altro, al divieto di interruzione delle forniture a tali clienti in momenti critici. Gli Stati membri garantiscono che siano applicati i diritti e gli obblighi relativi ai clienti vulnerabili. In particolare, essi adottano misure adeguate per la tutela dei clienti finali nelle zone isolate che sono allacciati al sistema del gas".

<sup>440</sup> Articolo 9 della Direttiva 2002/22/CE come modificata dalla Direttiva 2009/136/CE. Tale esigenza deve comunque essere temperata al criterio di economicità della gestione. È per questo che si è sostenuto che l'ENEL potrebbe rifiutarsi di concludere un contratto laddove lo stesso comporti costi particolarmente gravosi. Quanto poi all'ipotesi di inadempimento dell'utente, si è affermato che l'ENEL non potrebbe chiedere la risoluzione del contratto, essendo poi comunque obbligata a stipularne uno nuovo, ma potrebbe far valere l'eccezione ex art. 1460 c.c. e sospendere conseguentemente l'erogazione di energia.

proporzionalità e affinché sia garantito un corretto bilanciamento tra efficienza del mercato ed esigenze di interesse generale<sup>441</sup>.

## **2.1. Telecomunicazioni: gli obblighi a contrarre tra servizio universale e disciplina della concorrenza**

Tra i settori che sono stati tradizionalmente ricondotti nell'ambito del servizio universale, una particolare attenzione merita quello delle telecomunicazioni<sup>442</sup>, sia per la velocità con cui la normativa è costretta ad adeguarsi alla tecnica<sup>443</sup>, sia perché in esso l'obbligo a contrarre viene in rilievo in entrambe le prospettive sopra delineate: esso si pone come strumento per far fronte alle distorsioni della concorrenza derivanti dalla presenza di posizioni monopolistiche e al tempo stesso come garanzia di accesso indifferenziato a risorse essenziali.

Rispetto al primo profilo occorre considerare che il settore delle telecomunicazione è stato caratterizzato fino a tempi recenti da un regime concessorio, in base al quale l'impresa concessionaria godeva di una posizione di monopolio. Nonostante vi sia stato poi un forte processo di liberalizzazione, le principali infrastrutture di rete sono in larga parte ancora oggi concentrate nelle mani di pochi operatori. Nello specifico settore della telefonia fissa, a differenza di quella mobile, l'instaurazione di un regime di concorrenza si è potuta realizzare in concreto solo mettendo a disposizione dei nuovi operatori la rete dell'operatore ex monopolista. Occorre pertanto considerare la duplicità del mercato di riferimento, distinguendo da un lato i servizi all'ingrosso, aventi ad oggetto le infrastrutture di rete, e dall'altro i servizi al dettaglio, forniti cioè direttamente agli

---

<sup>441</sup> COM (96) 443def. §21.

<sup>442</sup> M. Clarich, R. Cassano, *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, in "XXI Secolo" - Treccani, 2009; B. Argiolas, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 191-201.

<sup>443</sup> Alla definizione di "telecomunicazione" tende progressivamente a sostituirsi quella di "comunicazioni elettroniche", utilizzata dalla direttiva quadro 2002/21/CE. Poiché l'importanza, la convergenza e lo sviluppo tecnologico dei vari sistemi di comunicazione determina una forte interconnessione tra gli stessi, tende ad essere predisposta sempre più una disciplina uniforme. Il confine tra telecomunicazione e televisione diviene pertanto sempre più lieve e si afferma il principio della "neutralità tecnologica", in base al quale le reti o i servizi finalizzati alla prestazione di attività di comunicazioni elettroniche devono essere disciplinati dalle stesse disposizioni regolamentari, a prescindere dal contenuto e cioè che forniscano accesso a internet, servizi telefonici o trasmissioni televisive, salvo distinzioni ragionevoli. Cfr. M. Clarich, R. Cassano, *Diritto delle comunicazioni elettroniche*. cit., 2009.

utenti finali. Diverso è il contenuto e la *ratio* degli obblighi nei due settori: in quello dei mercati all'ingrosso essi si pongono l'obiettivo di garantire la concorrenza attraverso il riequilibrio delle posizioni sul mercato<sup>444</sup>.

Tale profilo assume particolare rilievo se si considera che le frequenze sono una risorsa limitata, la cui assegnazione dovrà necessariamente riguardare un numero ristretto di operatori, da individuare sulla base di criteri obiettivi, trasparenti e non discriminatori<sup>445</sup>.

Quanto al secondo profilo considerato, invece, occorre rilevare l'essenziale ruolo sociale dei servizi in oggetto, presupposto per l'integrazione, la conoscenza e la piena partecipazione dei cittadini alla vita sociale. Internet, in particolare, si configura sempre più come strumento, almeno potenziale, di democrazia<sup>446</sup>.

Fin dalla Comunicazione del marzo 1996, la Commissione ha sottolineato la rilevanza delle strutture di telecomunicazione, sia nella vita privata che sul lavoro, e l'esigenza di evitare che si vada a delineare una "società a due livelli", distinta tra chi ha accesso ai relativi strumenti e sa utilizzarli con facilità e chi invece non è in grado di trarne pieno beneficio.

A fronte del processo di liberalizzazione che in quegli anni stava prendendo forma<sup>447</sup>, si è affermata allora la necessità che lo stesso procedesse di pari passo con le azioni volte a creare un quadro regolamentare tale da garantire la fornitura del servizio universale, in un'ottica di complementarità tra servizi economici e sociali. In tale comunicazione l'obbligo di servizio universale è definito come "l'obbligo di fornire l'entrata nella rete telefonica pubblica e di rendere disponibile, entro limiti ragionevoli, un servizio telefonico economicamente

---

<sup>444</sup> Cfr. M. Clarich, R. Cassano, *Diritto delle comunicazioni elettroniche*. cit., 2009.

<sup>445</sup> Cfr. M. Clarich, R. Cassano, *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, cit., 2009.

<sup>446</sup> Affronta il tema considerandone le varie problematiche S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., 378 ss.

<sup>447</sup> Il riferimento è in particolare alla direttiva 90/387/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1990, "sull'istituzione del mercato interno per i servizi di telecomunicazione mediante la realizzazione della fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni" e alla successiva Direttiva 95/62/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 1995, "sull'applicazione del regime di fornitura di una rete aperta (ONP) alla telefonia vocale". A livello nazionale il processo di liberalizzazione è stato attuato attraverso la l. n. 481 del 14 novembre 1995, avente ad oggetto la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità; la l. n. 249 del 31 luglio 1997 che ha istituito l'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni Agcom; Il d.p.r. n. 318 del 19 settembre 1997, Regolamento per l'attuazione di direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni, poi abrogato dal D. Lgs. n. 259 del 1 agosto 2003, Codice delle comunicazioni elettroniche.

accessibile a tutti gli utenti che ne facciano richiesta»<sup>448</sup>. Lo stesso si esplica nella fornitura di servizi di telefonia a mezzo di collegamento fisso, tale da consentire anche il funzionamento di fax e modem, assistenza da parte degli operatori, servizi di emergenza e di informazione, nel cui ambito rientra la fornitura di elenchi telefonici e la disponibilità di telefoni pubblici. Deve essere reso possibile accedere alle informazioni sui costi e le tariffe dei servizi, sulla qualità e il raggiungimento o meno degli obiettivi di qualità. Questione centrale è poi la predisposizione di condizioni speciali per soggetti vulnerabili, quali gli utenti disabili, con redditi modesti o con esigenze particolari.

Alla luce di tali considerazioni, la Commissione ha invitato gli Stati membri ad imporre agli operatori nazionali obblighi di servizio universale<sup>449</sup>. Gli sviluppi tecnologici hanno portato poi ad un'estensione del contenuto degli obblighi di servizio universale. In particolare, con la direttiva 2002/22/CE<sup>450</sup> si è posto il problema della portabilità del numero, mentre oggi il dibattito attiene principalmente allo sviluppo delle reti a banda larga.

Alla luce di tali considerazioni, è stata rilevata da un lato l'insufficienza del diritto comune di cui al codice civile e al tempo stesso la non completa adeguatezza del diritto della concorrenza. Il settore in esame è stato oggetto pertanto di un regime regolatorio, da intendersi come insieme di misure poste dallo Stato con l'intento di correggere i possibili fallimenti del mercato e/o degli strumenti di diritto privato<sup>451</sup>.

Nella disciplina regolamentare delle telecomunicazioni assume un ruolo centrale l'articolo 3 della Costituzione. Questo deve trovare applicazione ora per bilanciare la posizione dei soggetti economici che operano in un determinato mercato, al fine poi di garantire la concorrenza, ora per tutelare l'interesse degli utenti ad accedere ad una risorsa considerata di fondamentale importanza.

La sussistenza di una concorrenza effettiva ovviamente risulta ostacolata dalla presenza di imprese con un significativo potere di mercato. Ai sensi dell'art. 17

---

<sup>448</sup> COM(96) 73 def.

<sup>449</sup> COM (96)443def. §35.

<sup>450</sup> La portabilità del numero viene indicata al considerando 40 della direttiva 2002/22/CE come elemento chiave per agevolare la scelta dei consumatori e la concorrenza effettiva. Il codice delle comunicazioni elettroniche, d. lgs. 259 del 2003 detta la relativa disciplina all'art. 80.

<sup>451</sup> Cfr. M. Clarich, R. Cassano, *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, cit., 2009.

del codice delle comunicazioni elettroniche si presume sussistente tale condizione quando un'impresa "individualmente o congiuntamente con altri, gode di una posizione equivalente ad una posizione dominante, e dunque di forza economica tale da consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e dai consumatori". A fronte di tale circostanza, il tentativo di riequilibrare le posizioni degli operatori del mercato avviene attraverso l'imposizione di una serie di obblighi, tra i quali l'obbligo di trasparenza in relazione all'interconnessione e all'accesso (art. 46 c.c.e.)<sup>452</sup>; l'obbligo di non discriminazione tra gli operatori che offrono servizi equivalenti, in condizioni e circostanze equivalenti (art. 47 c.c.e.); l'obbligo di separazione contabile (art. 48 c.c.e.); obblighi in materia di accesso e di uso di determinate risorse di rete (art. 49 c.c.e.); obblighi di controllo dei prezzi e contabilità dei costi (art. 50 c.c.e.).

Particolare attenzione meritano gli obblighi di accesso ed uso, poiché ai sensi dell'art. 41 c.c.e. è previsto che gli operatori di reti pubbliche di comunicazione sono tenuti, se richiesti da operatori aventi un'autorizzazione dello stesso tipo, di negoziare tra loro l'interconnessione<sup>453</sup>. Nel caso in cui l'impresa sia designata come detentrica di un significativo potere in un mercato specifico, a ciò si aggiunge il potere dell'Autorità di "imporre agli operatori di accogliere richieste ragionevoli di accesso ed autorizzare l'uso di determinati elementi di rete e risorse correlate". In tale prospettiva può essere loro imposto di interconnettere reti o risorse di reti (art. 49 lettera i). In capo agli operatori con significativo potere di mercato si delinea pertanto un vero e proprio obbligo legale di contrarre<sup>454</sup>.

Come si è detto, tuttavia, gli obblighi gravanti su chi opera nel settore delle telecomunicazioni non sono volti esclusivamente a tutelare la concorrenza, ma hanno anche una valenza sociale e per questo si qualificano come obblighi di

---

<sup>452</sup> In particolare, deve essere pubblicata un'offerta di interconnessione di riferimento, con la specificazione delle condizioni tecniche ed economiche della fornitura dell'accesso alla rete e sottoposta al controllo dell'Agcom.

<sup>453</sup> L'interconnessione è definita dal Codice delle comunicazioni elettroniche all'art. 1 lettera m) come: "il collegamento fisico e logico delle reti pubbliche di comunicazione utilizzate dal medesimo operatore o da un altro per consentire agli utenti di un operatore di comunicare con gli utenti del medesimo o di un altro operatore, o di accedere ai servizi offerti da un altro operatore. I servizi possono essere forniti dalle parti interessate o da altre parti che hanno accesso alla rete. L'interconnessione è una particolare modalità di accesso tra operatori della rete pubblica di comunicazione".

<sup>454</sup> Cfr. M. Clarich, R. Cassano, *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, cit., 2009.

servizio universale. Conformemente a quanto si è già detto in termini generale, ciò implica il dovere di garantire a tutti gli utenti, a prescindere dalla loro collocazione geografica, o da altre circostanze rilevanti in termini economici, la possibilità di disporre di un quantitativo determinato dei servizi base<sup>455</sup> e ad un prezzo accessibile, nel rispetto dei principi di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità<sup>456</sup>.

Portata esemplificativa rispetto a quanto detto assume il ragionamento seguito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso KPN Telecom BV c. Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA), Denda Multimedia BV e Denda Directory Services BV<sup>457</sup>.

La questione concerneva l'estensione dei c.d. obblighi di cooperazione facenti capo alla società KNP, in quanto fornitrice del servizio universale di telefonia vocale nei Paesi Bassi. Le imprese convenute in via pregiudiziale all'epoca dei fatti si occupavano della realizzazione di elenchi telefonici su supporto cartaceo ed elettronico, destinati poi ad essere diffusi su internet.

---

<sup>455</sup> In attuazione della direttiva 2002/22/CE, il Codice delle comunicazioni elettroniche prevede agli articoli 53 e seguenti che i servizi che devono essere in ogni caso forniti a chiunque ne faccia richiesta sono: connessione in postazione fissa alla rete telefonica pubblica e accesso ai servizi telefonici accessibili al pubblico in postazione fissa; elenco abbonati e servizi di consultazione, telefoni pubblici a pagamento.

<sup>456</sup> Da una recente vicenda che ha coinvolto la società Telecom S.p.a. emergono con chiarezza i vincoli cui è tenuto ad adeguarsi chi fornisce un Servizio Universale. Con delibera 169/15/CONS l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha diffidato la società al rispetto degli articoli 53, 54, 70, e 71 del decreto legislativo n. 259 del 2003 e dell'articolo 4 dell'allegato A della delibera n. 179/03/CSP, come modificata. L'intervento dell'Autorità è conseguito alla decisione della società di aggiornare le proprie offerte fisse residenziali, sostituendo all'offerta a consumo un'offerta *flat*, con successivo ricollocamento degli utenti in una delle nuove tre offerte, sulla base delle attitudini di spesa e consumo dei servizi registrate nei mesi precedenti.

Le valutazioni dell'Autorità si sono concentrate sul contenuto e la portata degli obblighi di servizio universale; in particolare, devono essere assicurate a tutti gli utenti finali la connessione in postazione fissa ad una rete di comunicazioni e la fornitura di servizi telefonici, servizi che devono essere garantiti ad un prezzo ragionevole.

Ad avviso dell'Autorità gli utenti fruitori del Servizio Universale che risultavano titolari solo di una linea di accesso alla rete (c.d. RTG) senza ulteriori offerte di servizi telefonici attive, e che eventualmente usufruivano degli altri servizi con tariffa a consumo, sarebbero stati danneggiati dall'automatico trasferimento ad un contratto "flat"; passaggio che avrebbe determinato altresì un'alterazione dell'oggetto del contratto di fornitura di servizio universale, così come previsto dalla legge. In particolare, l'Agcom ha rilevato che tale tipologia di utente si ritroverebbe a pagare per un servizio ulteriore, senza aver manifestato a riguardo il proprio consenso espresso e non sarebbe stata neppure garantita un'informativa completa, chiara e trasparente, tale da assicurare una scelta consapevole.

<sup>457</sup> Corte di giustizia dell'Unione Europea, Sentenza 25 novembre 2004 - Causa C-109/03. La pronuncia è stata commentata da F. Giuliano, *Il servizio universale, l'elenco abbonati e gli obblighi di cooperazione tra i concorrenti*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 2005, 832.



L'art. 43 del BOHT, normativa nazionale di recepimento della direttiva allora vigente, la direttiva 98/10/CE, prevede che la società che dà in uso un numero telefonico è tenuta, in caso di richiesta, a rendere disponibile tale numero oltre alle ulteriori informazioni ad esso pertinenti<sup>458</sup> a condizioni eque, orientate ai costi e non discriminatorie, ai fini della fornitura di elenchi abbonati e del servizio di consultazione.

Le imprese produttrici di elenchi telefonici chiedevano, oltre alle informazioni di base (nome, indirizzo, domicilio e numero di telefono, eventualmente il codice postale e la specificazione che il numero era utilizzato solo come fax), anche una serie di dati ulteriori che il predecessore di KPN pubblicava sulle proprie pagine bianche (eventuali numeri di telefonia mobile, professione dell'abbonato, eventuale inserzione dello stesso presso altri comuni). La società cui faceva originariamente capo il servizio universale rifiutava di fornire tali dati supplementari e si dichiarava disposta a concedere quelli base solo ad un prezzo considerato dai richiedenti eccessivamente elevato<sup>459</sup>.

A seguito della decisione del regolatore OPTA di accogliere le istanze presentate dalle imprese produttrici di elenchi, KPN ha presentato ricorso in sede giurisdizionale, prima di fronte al Tribunale di Rotterdam, che lo ha respinto, e poi in appello davanti al *College van Beroep voor het bedrijfsleven*.

Quest'ultimo ha sollevato due questioni pregiudiziali: la prima concernente la portata dell'espressione "informazioni utili" cui fa riferimento l'art. 6, n. 3, della direttiva 98/10/CE e la seconda relativa ai prezzi di tali informazioni<sup>460</sup>.

La Corte ha in primo luogo rilevato l'assenza di una definizione esplicita della nozione di "informazione utile" ed ha pertanto ricercato la *ratio* della direttiva;

---

<sup>458</sup> La direttiva 98/10/CE parla di informazioni "utili", mentre la successiva direttiva 2002/22/CE sembra restringere il campo di applicazione facendo riferimento a quelle "necessarie".

<sup>459</sup> Con decisione del 29 settembre 1999, il regolatore *Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit* ("OPTA") ha accolto le richieste delle società produttrici di elenchi telefonici solo in relazione al prezzo delle informazioni di base. A seguito della presentazione di reclami da entrambe le parti, il 4 dicembre 2000 l'OPTA concludeva che KPN dovesse fornire anche i dati supplementari. Contro tale decisione KPN ha proposto ricorso al giudice che, in fase di appello, ha ritenuto necessario sottoporre alla Corte di giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale.

<sup>460</sup> Si chiedeva in particolare a) se le informazioni di base dovessero essere rese disponibili dietro pagamento dei soli costi marginali, relativi all'effettiva messa a disposizione delle stesse e b) se per le informazioni ulteriori il pagamento dovesse essere diretto a coprire i costi che il fornitore di tali dati dimostra di aver sostenuto per la raccolta e fornitura degli stessi.

questa, ai sensi dell'art.1, n.1, comma 2, deve essere individuata nell'esigenza di assicurare in tutta la Comunità la disponibilità di servizi telefonici fissi di buona qualità e quei servizi che devono essere ricondotti nell'ambito del servizio universale, cui tutti gli utenti dovrebbero aver accesso a prezzi sostenibili e in un ambiente concorrenziale<sup>461</sup>. Ad avviso della Corte, dunque, l'obiettivo della direttiva è quello di assicurare un equilibrio tra gli interessi particolari dell'impresa che fornisce il servizio universale, quelli delle imprese in regime di concorrenza e quelli degli utenti.

L'analisi di quali siano le informazioni utili è stata condotta facendo riferimento tanto al concetto di servizio universale, quanto alle esigenze di liberalizzazione del mercato nel cui contesto si colloca la direttiva.

La Corte ha evidenziato da un lato che l'art. 6 n. 2, lettera b) della direttiva, fa esclusivo riferimento all'indicazione degli abbonati, dei numeri dei telefoni fissi e mobili e dei numeri personali, e dall'altro che la stessa pone l'obiettivo di favorire l'apertura di un mercato concorrenziale. Sotto quest'ultimo profilo vengono in rilievo in particolare il considerando n. 7, che qualifica la fornitura di servizi elenco abbonati come attività concorrenziale, e l'art. 6 n. 3 che dispone che siano soddisfatte in condizioni eque, orientate ai costi e non discriminatorie tutte le richieste ragionevoli di informazioni utili.

Con riferimento agli interessi degli utenti, la direttiva considera da un lato i benefici che agli stessi derivano dalle condizioni concorrenziali del mercato e dall'altro le conseguenze pregiudizievoli in termini di riservatezza che conseguirebbero alla diffusione in maniera indistinta di tutti i dati di cui un operatore dispone.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha concluso pertanto che deve essere accolta un'accezione di "informazioni utili" definita in relazione al contenuto del servizio universale e quindi limitata ai dati degli abbonati che non manifestino un dissenso a riguardo e sufficienti alla loro identificazione<sup>462</sup>.

---

<sup>461</sup> Causa C-109/03, §17.

<sup>462</sup> Viene fatta comunque salva la possibilità per gli stati di prevedere l'opportunità che siano resi disponibili dati ulteriori.

Quanto alla seconda questione pregiudiziale, relativa ai prezzi relativi alla messa a disposizione dei dati, il problema si pone con esclusivo riferimento a quelle che con la prima questione pregiudiziale sono state definite le informazioni utili. La Corte ha rilevato che le stesse costituiscono una componente del servizio universale di telefonia vocale e che la loro raccolta non richiede l'espletamento di attività particolari da parte del gestore, il quale è pertanto tenuto ad assicurarne la disponibilità a chiunque vi faccia richiesta, senza poter far gravare sul prezzo alcun costo di raccolta o gestione, ma solo eventualmente quello conseguente alla messa a disposizione.

Come è stato osservato, nella pronuncia in esame vi è una tendenziale sovrapposizione e conseguente confusione tra i fini perseguiti dagli istituti del servizio universale e quelli concorrenziali. Pur dovendosi riconoscere la necessità di una progressiva confluenza tra le istanze sociali e quelle del mercato, un'eccessiva estensione degli obblighi di cooperazione che scaturiscono dal servizio universale tende inevitabilmente ad affievolire la competitività che è alla base del processo di liberalizzazione. Appare pertanto forzata un'interpretazione che attribuisca agli obblighi di servizio universale una finalità concorrenziale<sup>463</sup>.

### **3. Obbligo a contrarre e RC auto**

Il tema delle assicurazioni automobilistiche, già oggetto d'analisi con riferimento alla discriminazione di genere, merita di essere ulteriormente considerato sul piano dell'obbligo a contrarre.

L'art. 132 del Codice delle assicurazioni private, d. lgs. n. 209 del 7 settembre 2005, prevede che le imprese di assicurazione sono tenute ad accettare le proposte per l'assicurazione obbligatoria che sono loro presentate, rispettando le condizioni di polizza e le tariffe che devono essere preventivamente stabilite per ogni rischio derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti.

Tale previsione era già contenuta nella l. n. 990 del 24 dicembre 1969, con cui l'Italia aveva recepito la Convenzione di Strasburgo del 1959, introducendo l'obbligatorietà dell'assicurazione per la circolazione dei veicoli a motore e dei

---

<sup>463</sup> F. Giuliano, *Il servizio universale, l'elenco abbonati e gli obblighi di cooperazione tra i concorrenti*, cit., 2005.

natanti, la legittimazione del danneggiato ad agire direttamente nei confronti dell'assicuratore e l'obbligo per le compagnie assicurative di accettare le proposte loro presentate da qualsiasi potenziale cliente, se munite dei requisiti di legge. Veniva istituito pertanto un vero e proprio obbligo legale di contrarre, strettamente correlato all'obbligo di assicurarsi per i conducenti di veicoli a motore.

Al riguardo, fondamentale importanza riveste la sentenza pronunciata dalla Corte di giustizia il 28 aprile 2009 (C-518/06) a seguito del ricorso presentato dalla Commissione europea<sup>464</sup>.

Ad avviso di quest'ultima, l'obbligo previsto dalla normativa italiana risultava in conflitto con il diritto comunitario, poiché il suo ambito di operatività si estendeva anche alle imprese con sede centrale in un altro Stato membro ed autorizzate a fornire il servizio in Italia, anche in regime di stabilimento e di libera prestazione di servizi. La stessa evidenziava inoltre dei profili di contrasto con riferimento ai parametri per il calcolo dei premi assicurativi e alle modalità di esercizio del controllo sugli stessi<sup>465</sup>.

---

<sup>464</sup> La pronuncia è stata oggetto di molti commenti: M. Gagliardi, *L'interesse generale nel diritto comunitario e l'obbligo a contrarre nella r.c. auto: una "ventata" di solidarismo*, in Rivista di Diritto Civile, 2011; M. Rodolfi, *Il sistema delle assicurazioni rc-auto non contrasta con la direttiva europea - L'obbligo di contrarre per le compagnie è giustificato dal perseguimento di obiettivi sociali*, in Il Sole-24 ore, 2009, 111; A. Piras, *Principi del diritto comunitario e obbligo a contrarre nel ramo R.c. auto*, in Responsabilità civile e previdenza, 2009, 2263; G. Romagnoli, *Obbligo a contrarre. Compatibilità con il diritto Ue*, in Danno e responsabilità, 2009, 903; critico M. Rossetti, *Tanto tuonò che non piovve: come sopravvisse l'obbligo di contrattare*, Corriere Giuridico, 2010, 455.

<sup>465</sup> Ad avviso della Commissione, la normativa italiana imporrebbe che i premi siano calcolati sulla base di parametri determinati e siano assoggettati ad un controllo a posteriori, integrando con ciò una contravvenzione agli obblighi di cui agli artt. 6, 29 e 39 della direttiva 92/49/CEE. Evidenzia inoltre un contrasto con gli obblighi derivanti dall'art. 9 della direttiva 92/49/CEE, poiché tale controllo potrebbe essere esercitato anche nei confronti delle imprese operanti in Italia, ma con sede centrale in un altro Stato membro, le quali potrebbero essere sanzionate per violazione delle norme italiane relative alle modalità di calcolo dei premi. Nell'interpretazione della Corte, invece, tali disposizioni non imporrebbero un regime di previa autorizzazione o comunicazione sistematica delle tariffe, né di orientare le tariffe di base alla media di mercato. La normativa italiana avrebbe lo scopo di fornire criteri di calcolo tali da evitare che le imprese aggirino l'obbligo di contrarre, attraverso l'imposizione di tariffe esorbitanti, idonee a scoraggiare gli utenti dal sottoscrivere una polizza assicurativa. Ad avviso della Corte, quindi, a differenza di quanto sostenuto dalla Commissione, non vi sarebbe neppure una violazione della ripartizione di competenze tra lo Stato membro di origine e lo Stato membro ospitante per quanto riguarda il controllo dell'ISVAP sulle modalità con cui le imprese di assicurazione calcolano i premi assicurativi. Il principio richiamato dalla Commissione, infatti, riguarda la sorveglianza finanziaria e non istituisce una competenza esclusiva di controllo su tutti i comportamenti commerciali della imprese di assicurazioni.

Secondo la ricostruzione offerta dall'Esecutivo europeo, il fatto di dover accettare le proposte di assicurazione avanzate da qualunque proprietario di un autoveicolo, in qualsiasi parte d'Italia, purché coerenti con le condizioni e le tariffe pubblicate sul mercato, era incompatibile con le libertà riconosciute dagli artt. 43 e 49 TCE (oggi artt. 49 e 56 TFUE), soprattutto in considerazione della possibilità dell'ISVAP di sanzionare le eventuali violazioni della normativa nazionale<sup>466</sup>. A suo avviso, limitando la libertà di scelta delle imprese circa i servizi assicurativi da offrire e le tipologie di contraente, tali disposizioni imponevano alle imprese straniere di riformulare le proprie strategie aziendali e di sostenere costi tali da dissuaderle dallo stabilirsi nel territorio italiano<sup>467</sup>.

Dopo aver ripetutamente richiamato l'attenzione della Repubblica italiana su tali aspetti<sup>468</sup>, il 20 dicembre 2006 la Commissione europea ha chiesto alla Corte di giustizia di dichiarare che la Repubblica italiana, istituendo e mantenendo in vigore le disposizioni legislative in esame, era venuta meno agli obblighi comunitari in tema di libertà di stabilimento e prestazione di servizi, nonché di libertà tariffaria.

La questione centrale della sentenza, cui vengono subordinati gli ulteriori motivi di ricorso, è quella relativa alla previsione di un obbligo legale di contrarre e alla sua incidenza sulle libertà economiche di diritto comunitario.

La Corte parte dall'accezione di "restrizione" di cui agli articoli 43 e 49 TCE e, richiamando una giurisprudenza ormai consolidata, ritiene che la stessa sussista a fronte di tutte quelle misure che "vietano, ostacolano o rendono meno attraente l'esercizio della libertà di stabilimento o della libera prestazione di servizi. (...e) ricomprende le misure adottate da uno Stato membro o che, per quanto

---

<sup>466</sup> I provvedimenti sanzionatori avevano riguardato in particolare le compagnie che fornivano servizi di "nicchia" e non erano interessate ad occuparsi dell'intero settore r.c. auto.

<sup>467</sup> C-518/06, §44.

<sup>468</sup> Nel marzo 2004, dopo aver ricevuto le lamentele di alcune imprese sanzionate dall'ISVAP per aver applicato tariffe troppo elevate, ritenute elusive dell'obbligo a contrarre, la Commissione aveva richiamato l'attenzione dell'Italia sull'istituto. Qualche mese dopo la Commissione aveva inviato due successive lettere di diffida alla Repubblica italiana con la richiesta di presentare osservazioni circa la compatibilità della normativa nazionale con la Direttiva europea 92/49 e con gli artt. 43 e 49 TCE. Dopo l'emissione di alcuni pareri motivati, pur a fronte dell'emanazione che nel frattempo vi era stata del codice delle assicurazioni private, la Commissione restava ancora insoddisfatta delle risposte della Repubblica italiana e decideva di adire la Corte di giustizia.

indistintamente applicabili, pregiudichino l'accesso al mercato per le imprese di altri Stati membri, ostacolando in tal modo il commercio intracomunitario<sup>469</sup>.

La Corte ha escluso in primo luogo la sussistenza di un pregiudizio diretto al diritto di accesso. Ha sottolineato infatti che l'accesso all'attività assicurativa e l'esercizio della stessa sono subordinati ad un'autorizzazione amministrativa unica, rilasciata dallo Stato membro di appartenenza e che la normativa in esame non influisce sull'accettazione della stessa.

Nondimeno, la Corte riscontra che le imprese aventi la propria sede centrale in un altro Paese membro subiscono un'ingerenza sostanziale nella propria libertà contrattuale. Il fatto di dover contrarre con qualsiasi potenziale cliente, infatti, impone di adeguare le proprie politiche e strategie aziendali, con conseguenti oneri supplementari e la difficoltà di mettere in atto immediatamente una concorrenza efficace. Ad avviso della Corte, tali rilevati rendono meno attraente il mercato italiano, circostanza che si ritiene integri una restrizione rilevante, producendo delle ripercussioni sul piano della libertà di stabilimento e di prestazione di servizi.

Pur condividendo tale considerazione, tuttavia, la Commissione e la Corte giungono a conclusioni contrapposte.

Ad avviso dei giudici di Lussemburgo, infatti, la sussistenza di una tale restrizione non è sufficiente ad affermare la violazione del diritto comunitario, essendo necessario verificare altresì se la stessa possa ritenersi supportata da una valida giustificazione. Quest'ultima, secondo giurisprudenza costante, ricorre laddove si constati che la normativa risponde a ragioni imperative di interesse pubblico, è idonea a garantire il perseguimento dello scopo cui è preposta e non risulta esuberante rispetto allo stesso<sup>470</sup>.

Una delle peculiarità dell'assicurazione r.c. auto è il fatto di essere uno strumento privatistico, ma ispirato a finalità sociali. Tra queste la Repubblica italiana individua in primo luogo l'esigenza di tutelare le vittime di incidenti stradali, nel

---

<sup>469</sup> C-518/06, §63-64.

<sup>470</sup> C-518/06, §72.

senso di garantire un adeguato risarcimento, scopo che la Corte stessa ha qualificato come ragione imperativa di interesse generale<sup>471</sup>.

Allo stesso obiettivo risponde anche l'obbligatorietà del contratto di assicurazione responsabilità civile auto per tutti i proprietari di un autoveicolo. Quest'ultimi potrebbero veder compromessa la loro libertà di circolazione laddove fosse lasciata alla completa discrezionalità delle compagnie assicurative la scelta di stipulare o meno la polizza, in particolare in quei casi in cui, a fronte di determinate categorie di clienti e soprattutto in specifici contesti, risulta particolarmente svantaggioso concludere il contratto; si pone pertanto anche un problema di discriminazione.

Riconosciuta la sussistenza di un interesse generale, attraverso una lettura congiunta dei due obblighi richiamati è possibile affermare anche l'idoneità della normativa a perseguirlo.

Come si è visto, tuttavia, ciò non è sufficiente ad escludere il contrasto con il diritto comunitario, essendo necessario verificare altresì la proporzionalità della soluzione adottata.

È proprio su tale aspetto che si concentra la critica della Commissione, secondo la quale il rimedio adottato, in quanto generalizzato a tutto il territorio nazionale, risulta eccessivo, soprattutto se paragonato a quelli adottati in altri Stati membri. A suo avviso sarebbe stato sufficiente intervenire in quei contesti e nei confronti di quelle categorie di persone che avrebbero altrimenti difficoltà a stipulare una polizza assicurativa. Secondo l'Esecutivo europeo al fine di tutelare le vittime di incidenti stradali sarebbero stati sufficienti rimedi meno incisivi, soprattutto in

---

<sup>471</sup> Sulla definizione di interesse generale, la Commissione è intervenuta con una Comunicazione interpretativa sulla *Libera prestazione di servizi e interesse generale nelle assicurazioni* del 2 febbraio 2000 (2000/C 43/03). Tale nozione è frutto dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia europea, la quale tuttavia ne ha conservato il carattere evolutivo, fissando solo le condizioni "perché una disposizione nazionale possa legittimamente ostacolare o limitare l'esercizio del diritto di stabilimento e della libera prestazione dei servizi": deve riguardare un settore non armonizzato; deve perseguire un obiettivo di interesse generale; deve essere non discriminatoria; deve essere obiettivamente necessaria; deve essere proporzionata all'obiettivo perseguito; l'obiettivo di interesse generale non deve essere già salvaguardato dalle regole alle quali il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito. Nella Comunicazione viene precisato poi che "la nozione di interesse generale costituisce un'eccezione ai principi fondamentali del trattato in materia di libera circolazione e deve di conseguenza essere interpretata restrittivamente".

considerazione del fatto che in ogni Stato membro esiste un fondo nazionale di garanzia con tale fine <sup>472</sup>.

Quest'ultimo rilievo non viene considerato particolarmente dirimente dalla Corte: in primo luogo perché il fondo ha funzione solo sussidiaria rispetto alla stipula del contratto individuale di assicurazione, il quale permette tra l'altro di far valere le proprie pretese direttamente nei confronti dell'assicurazione. In secondo luogo, la Corte ribadisce come non sia solo l'interesse delle vittime degli incidenti stradali a dover essere preso in considerazione, ma anche quello del proprietario di un autoveicolo a poter concludere un contratto, tra l'altro obbligatorio, ad una tariffa non eccessiva <sup>473</sup>.

La Corte sottolinea allora come le scelte adottate nei singoli ordinamenti in materia siano strettamente correlate alla situazione della circolazione statale e degli obiettivi di interesse pubblico che li caratterizza. Non è necessario che la soluzione adottata sia condivisa da tutti gli Stati membri, né deve essere provato che nessun altro provvedimento sia sufficiente a realizzare lo stesso obiettivo alle stesse condizioni.

Nelle argomentazioni della Corte assume rilievo centrale la situazione dell'Italia meridionale <sup>474</sup>, in cui, a causa di un diffuso malcostume <sup>475</sup>, vi sarebbe una richiesta di risarcimento per incidenti stradali particolarmente elevato, che avrebbe determinato un significativo aumento dei rischi finanziari e quindi la difficoltà per le imprese di prestare i propri servizi a condizioni accettabili. La

---

<sup>472</sup> C-518/06, §46-49.

<sup>473</sup> C-518/06 §81-82.

<sup>474</sup> L'attenzione della Corte per la peculiare situazione italiana è stata ben accolta da una parte della dottrina, che ha sottolineato come la decisione in esame abbia dato prova di come in alcuni casi i valori propri del libero mercato possano trovare un limite nei bisogni della popolazione, cfr. A. Piras, *Principi del diritto comunitario e obbligo a contrarre nel ramo R.c. auto*, cit., 2009, 2280. Altra parte della dottrina ha sollevato forti perplessità. Cfr. M. Rodolfi, *Il sistema delle assicurazioni rc-auto non contrasta con la direttiva europea - L'obbligo di contrarre per le compagnie è giustificato dal perseguimento di obiettivi sociali*, cit., 2009, il quale ha rilevato come alla base della decisione non vi sia stata una valutazione giuridica, bensì sociale. Ad avviso di questi autori ciò che avrebbe spinto la Corte di giustizia a mantenere in vita l'obbligo di contrarre nel settore r.c. auto sarebbe stata la consapevolezza che "una parte del territorio italiano sia così fuori controllo da esigere misure correttive da parte dell'autorità", valutazione molto triste per i cittadini italiani. M. Rossetti, *Tanto tuonò che non piovve: come sopravvisse l'obbligo di contrattare*, cit., 2010, il quale sostiene che tale valutazione finirebbe con il premiare proprio i comportamenti più scorretti.

<sup>475</sup> Per un'analisi sul punto si veda M. Rossetti, *Tanto tuonò che non piovve: come sopravvisse l'obbligo di contrattare*, cit., 2010.



predisposizione di misure correttive solo in quelle aree, come suggerito dalla Commissione, non viene ritenuta idonea a tutelare l'esigenza dei proprietari di autoveicoli di trovare un'impresa disposta ad assicurare i rischi a condizioni accettabili; da un lato la stessa avrebbe determinato con tutta probabilità l'allontanamento delle compagnie da quelle zone e dall'altro avrebbe generato una significativa disparità di trattamento nei confronti dei potenziali clienti di altre aree con le medesime difficoltà di concludere il contratto. La previsione di un obbligo in tutta Italia, invece, tutela al tempo stesso i titolari di veicoli e le imprese, che possono comunque far fronte ai costi ulteriori predisponendo tariffe differenziate<sup>476</sup>. La previsione di un obbligo a contrarre a carattere generale si basa sul principio solidaristico per cui, onde evitare che determinate categorie di utenti si trovino nell'impossibilità di stipulare una polizza o che solo le imprese operanti in determinati contesti sopportino pesi eccessivi, le perdite derivanti dai contratti "svantaggiosi" sono ripartite tra tutte le compagnie operanti sul mercato. Escludere le sole compagnie straniere da tale meccanismo, comporterebbe tra l'altro una "discriminazione a rovescio"<sup>477</sup>. Seguendo tale ragionamento, infatti, gli ordinamenti che, nell'esercizio delle proprie competenze, intendono disciplinare i processi economici secondo logiche diverse da quelle del libero mercato, vedrebbero le proprie imprese nettamente svantaggiate sul piano competitivo rispetto a quelle degli Stati più liberali. Contraddicendo la posizione fortemente liberista della Commissione, la Corte dà sicuro rilievo alla riflessione della Repubblica italiana, secondo la quale un'eccessiva valorizzazione della libertà d'impresa porterebbe a spogliare l'assicurazione r.c. auto del suo carattere sociale, per inserirla nelle esclusive logiche di mercato<sup>478</sup>. Pertanto, pur riconoscendo la sussistenza di un limite alla libertà contrattuale, la Corte ritiene che, alla luce di una ponderazione tra gli interessi delle parti contrattuali, la tutela della concorrenza e le istanze di utilità sociale, sussista un interesse pubblico generale giustificato.

---

<sup>476</sup> Come si è visto, affinché la predisposizione di tariffe differenziate non sia fonte di discriminazione, è necessario che alla base vi siano pertinenti e accurati dati attuariali e statistici.

<sup>477</sup> P. Grosso, *Mercato unico europeo e concorrenza nel settore r.c. auto: l'obbligo a contrarre e i suoi limiti*, in *Contratto e impresa/ Europa* 2007, 814-832.

<sup>478</sup> C-518/06, §52.

Ai fini dell'analisi che si sta conducendo circa la *ratio* dei nuovi obblighi a contrarre, è particolarmente significativo rilevare come nel momento stesso in cui si ribadisce il carattere eccezionale dell'istituto rispetto alle libertà economiche se ne giustifica la conservazione a fronte di istanze sociali<sup>479</sup>.

Fino a qualche anno fa sarebbe stato assolutamente difficile immaginare che il bilanciamento di interessi descritto potesse essere risolto in termini di solidarietà distributiva. In questo caso, invece, viene ammessa una compressione delle regole di libero mercato onde evitare che i singoli individui siano gravati da un peso eccessivo. Come è stato osservato<sup>480</sup>, la decisione della Corte deve collocarsi sulla scia di quell'evoluzione dell'ordinamento comunitario che, man mano che aumentano le esigenze condivise degli Stati membri, amplia lo spettro delle proprie finalità, superando l'originaria impostazione eminentemente liberista.

Da tali considerazioni si ricava con evidenza quanto le regole di mercato siano molto meno "tecniche" di quello che sembrerebbe e siano piuttosto il risultato di delicate ponderazioni di interessi e scelte politiche<sup>481</sup>.

#### **4. Obbligo a contrarre nella disciplina della concorrenza**

Come si è detto nelle prime pagine di questo capitolo, la disciplina della concorrenza ha sviluppato una serie di obblighi legali a contrarre capaci di intervenire in quei settori che restavano scoperti a causa di un'interpretazione troppo letterale delle disposizioni del codice civile.

L'interesse per tali previsioni poggia sulla convinzione che la *ratio* sottesa alla disciplina *antitrust* non è necessariamente antitetica rispetto a quella delle norme

---

<sup>479</sup> A conclusioni ben diverse era giunta la stessa Corte di giustizia nel caso Caixa Bank c. Francia, causa C-442/02. In tale ipotesi la Corte aveva ritenuto che il divieto di remunerazione dei conti a vista, adottato dal governo francese con lo scopo di tutelare i consumatori e incentivare il risparmio a medio e a lungo termine, costituisse una misura esorbitante, posto che rendeva "più difficile" la libertà di stabilimento. Per un'analisi della vicenda si veda P. Grosso, *Mercato unico europeo e concorrenza nel settore r.c. auto: l'obbligo a contrarre e i suoi limiti*, cit., 2007, 819-824.

<sup>480</sup> M. Gagliardi, *L'interesse generale nel diritto comunitario e l'obbligo a contrarre nella r.c. auto: una "ventata" di solidarismo*, cit., 2011.

<sup>481</sup> Cfr. P. Grosso, *Mercato unico europeo e concorrenza nel settore r.c. auto: l'obbligo a contrarre e i suoi limiti*, cit., 2007; A. Piras, *Principi del diritto comunitario e obbligo a contrarre nel ramo R.c. auto*, cit., 2009; fondamentale sul punto è l'analisi di D. Kennedy, *The Political Stakes in "Merely Technical" Issues of Contract Law*, cit., 7-28.

codicistiche, almeno con riferimento specifico all'istituto in esame. Deve ritenersi superata, infatti, la tesi che vuole le due branche del diritto non comunicanti, perché una interessata alla persona e l'altra al mercato, senza punti di contatto.

La stessa relazione al codice civile, del resto, individua l'obbligo come strumento per far fronte all'assenza di concorrenza. D'altro canto, nell'ambito del diritto regolatorio, sebbene debba escludersi che l'obbligo a contrarre e il conseguente divieto di discriminazione siano da ricondurre nella prospettiva di una funzionalizzazione dell'attività d'impresa, all'esigenza di controllare il mercato e il corretto esplicarsi della concorrenza si affianca un'attenzione non marginale per il consumatore e per le istanze di utilità sociale<sup>482</sup>.

Il diritto della concorrenza, infatti, deve ritenersi volto non solo a massimizzare le economie a fini allocativi, ma anche a far sì che tale allocazione produca effetti redistributivi per tutti gli agenti del mercato, comprese le c.d. parti deboli<sup>483</sup>.

Prima di trarre le fila del discorso, appare opportuna allora una breve analisi di quelle normative in cui si trovano sintetizzati i vari temi fin qui trattati: l'abuso (in termini volutamente generici), l'obbligo a contrarre e la parità di trattamento. Quest'ultima, del resto, proprio nell'ambito della disciplina della concorrenza ha trovato uno dei suoi primi riconoscimenti, se non altro perché la sua violazione costituisce un elemento perturbatore delle corrette dinamiche commerciali.

#### **4.1. Abuso di posizione dominante**

Trattando dell'obbligo a contrarre nell'ambito della normativa anticoncorrenziale, viene in rilievo in primo luogo l'abuso di posizione dominante. Tale disciplina costituisce un significativo elemento di confronto con quanto detto finora, sia per l'origine che per la *ratio* che vi è (almeno in linea di principio) sottesa: si tratta infatti di una figura che poggia le proprie radici nell'ordinamento comunitario e che è stata pensata con il fine di contrastare quelle situazioni di potere economico che risultano capaci di alterare il corretto esplicarsi dei meccanismi del mercato.

---

<sup>482</sup> Cfr. M. Libertini, P. M. Sanfilippo, *Obbligo a contrarre*, cit., 485.

<sup>483</sup> Cfr. M. Bianchini, *Positivismo e non nel diritto dell'impresa: a proposito dei fondamenti dell'abuso dell'autonomia contrattuale nel "tempo dell'economia"* (con particolare riguardo ai rapporti B2C), cit., 33 ss.

Con gli articoli 85 e 86 TCE, oggi rispettivamente artt. 101 e 102 TFUE, il legislatore comunitario ha introdotto il divieto delle intese capaci di modificare il regime della concorrenza e tali da determinare un pregiudizio per il commercio fra gli Stati membri, nonché il divieto di sfruttamento abusivo di una posizione di mercato che si espliciti nell'imposizione di condizioni inique, in limitazioni che risultino dannose per i consumatori, in pratiche discriminatorie, o nell'imposizione di prestazioni supplementari non collegate all'oggetto dei contratti.

Su tale modello è stata introdotta la legge n. 287 del 1990 che, alla lettera c) dell'art. 3, ricalcando l'art. 102 TFUE, vieta le condotte volte ad "impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori".

A fronte dell'opinione comune, secondo la quale non è la posizione dominante ad essere vietata ma l'esercizio abusivo della stessa, uno dei profili che più ha sollecitato l'attenzione dei teorici riguarda la riconducibilità o meno della fattispecie a quella più ampia di abuso del diritto o se si configuri un'ipotesi di illiceità per contrarietà alla legge.

Come si è già anticipato trattando dell'abuso del diritto, sembra doversi escludere un rapporto di *species* a *genus* tra le due discipline, posto che nel caso in esame l'impresa non abusa di una prerogativa giuridica, bensì di un potere derivante da una situazione di fatto.

La questione assume particolare rilievo se si considera che il divieto non è corredato da un'espressa sanzione, la cui individuazione è rimessa all'interprete.

Si pone allora il problema di capire quali siano le conseguenze dell'abuso di potere, in particolare, laddove questo si espliciti in un'esclusione della controparte, in un rifiuto ai sensi della lettera c) dell'art. 3.

La dottrina più risalente, interrogandosi intorno alla prima formulazione dell'art. 86 TCE, aveva avanzato diverse possibili soluzioni.

Una prima tesi ha sostenuto che la disposizione comunitaria avrebbe posto le basi per la configurazione di un illecito concorrenziale ai sensi dell'art. 2598, c. 3 c.c.. Secondo tale ricostruzione le norme sulla concorrenza sleale sarebbero intervenute sul piano della ripartizione del rischio d'impresa, sollevando l'imprenditore da

quei rischi che possono essere considerati in contrasto con la “correttezza professionale”. La condotta escludente potrebbe in tal senso essere inquadrata come contravvenzione all’affidamento che l’operatore economico può legittimamente riporre sul rispetto delle regole di mercato<sup>484</sup>. In un noto saggio del 1968, Barcellona osservava tuttavia che nel caso di specie non è l’affidamento che determina la regola di condotta, ma è quest’ultima che fa sorgere un affidamento, determinando l’irrelevanza di una sua eventuale lesione. Ragionando in termini diversi si giungerebbe a sostenere che la violazione di qualsiasi norma da cui deriva una responsabilità sarebbe tale da integrare un illecito concorrenziale. Inoltre, a differenza di quanto previsto dall’art. 2598, comma 3 c.c., nel caso di specie non vi è un dovere generale e reciproco di conformarsi ai principi di correttezza; lo stesso fa capo ad un soggetto specifico, in ragione della sua peculiare posizione sul mercato, senza che vi corrisponda la previsione di una tutela di interessi complementari<sup>485</sup>.

Una diversa tesi ha proposto la configurazione del rifiuto abusivo ricavabile dall’art. 86 TCE come fonte di un illecito aquiliano. Anche rispetto a tale ricostruzione, tuttavia, sono state evidenziate diverse criticità. Si è osservato in particolare che l’obbligo imposto scaturisce da una peculiare situazione di fatto e non da una situazione astratta che si presuppone meritevole di tutela. Inoltre, il riferimento alla tutela dei consumatori dovrebbe indurre a qualificare come illecito il comportamento dell’impresa, a prescindere dalla mancata astensione da un determinato comportamento che cagioni un danno rilevante ex art. 2043 c.c.<sup>486</sup>. Un’analisi della *ratio* della disciplina potrebbe far emergere un’analogia con l’obbligo a contrarre, con riferimento soprattutto a “l’interesse alla disponibilità di beni o servizi in base a criteri obiettivamente apprezzabili”. Analizzando la disposizione comunitaria, Barcellona giungeva alla conclusione che “il rifiuto

---

<sup>484</sup> Cfr. P. Marchetti, *Boicottaggio e rifiuto di contrarre*, cit., 195, spec. 206-208.

<sup>485</sup> P. Barcellona, *Obbligo di contrarre, disciplina anti-trust e tutela del consumatore-acquirente*, cit. 61 ss.

<sup>486</sup> *Ibidem*, 66.

abusivo è illecito perché a carico dell'imprenditore, che si trova in posizione di dominio del mercato, è posto un obbligo (legale) di contrarre<sup>487</sup>.

Oggi dottrina e giurisprudenza ricostruiscono le fattispecie di abuso previste dall'art. 102 TFUE distinguendo tra *exploitive abuses* e *exclusionary abuses*<sup>488</sup>.

Nell'ambito di questo secondo gruppo si riconducono tutte quelle condotte che determinano, come conseguenza dello sfruttamento della posizione dominante, l'esclusione dell'impresa concorrente dal mercato o tendono ad isolarla o a costringerla ad assumere un ruolo satellite.

Posto che, come si è detto, non è la posizione dominante di per sé ad essere vietata dalle disposizioni in esame, non può neppure ritenersi che sull'impresa che detenga tale potere di mercato gravi un generale obbligo a contrarre, a maggior ragione nei confronti delle imprese che operano nello stesso mercato.

Tuttavia, specifica attenzione richiedono quelle circostanze in cui il rifiuto di contrarre ha come immediato effetto l'esclusione o la sostanziale marginalizzazione degli altri operatori economici.

Ciò si verifica quando l'impresa in posizione dominante ha un potere di controllo su una risorsa strumentale alla produzione di altri beni e servizi.

In tale contesto, particolare rilievo assume la figura delle *essential facilities*. Tra le risorse che vi vengono tipicamente ricondotte vi sono le infrastrutture materiali, che per ragioni naturali o economiche non sono sostituibili, né riproducibili e che risultano essenziali perlopiù nei mercati strutturati in reti di produzione; le infrastrutture organizzative; le infrastrutture virtuali, relative ad esempio a schemi di organizzazione di informazioni; le materie prime o le risorse intermedie insostituibili, in relazione alle quali numerose controversie sono sorte nel settore chimico-farmaceutico; le licenze relative a diritti di proprietà intellettuale<sup>489</sup>.

In tali casi la giurisprudenza ha riconosciuto la sussistenza di un obbligo a contrarre in capo all'impresa in posizione dominante.

---

<sup>487</sup> *Ibidem*, 67. L'A. affronta anche la questione relativa agli obblighi accessori, risolvendola nel senso che la modalità di gestione dell'impresa deve essere compresa tra i criteri di valutazione di liceità dell'eventuale rifiuto.

<sup>488</sup> M. Libertini, *L'abuso di posizione dominante*, in C. Castronovo, S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, 271 ss.

<sup>489</sup> Libertini, *L'abuso di posizione dominante*, cit.

L'aspetto più interessante deriva dal fatto che nel caso di specie non si tratta di un obbligo a carattere generale, ma strettamente correlato alla sussistenza di specifiche circostanze. In primo luogo, la risorsa di cui si chiede l'accesso deve caratterizzarsi per l'insostituibilità, da valutarsi secondo parametri sia soggettivi che oggettivi, e quindi in relazione alle effettive capacità d'offerta del mercato. In secondo luogo, le due imprese devono collocarsi in modo indipendente sul mercato, non potendo l'una porsi come mera ausiliaria dell'altra<sup>490</sup>.

Un esempio particolarmente interessante nel panorama italiano è dato dalle reti ferroviarie. Nel maggio 2012 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha avviato un'istruttoria nei confronti delle società del gruppo FS, che gestiscono le reti ferroviarie italiane, per aver posto in essere un'articolata strategia escludente nei confronti dell'impresa ferroviaria Nuovo Trasporto Viaggiatori S.p.a., unico concorrente italiano di Trenitalia nel settore dell'Alta Velocità.

Nel caso di specie, non si è trattato di un vero e proprio rifiuto di contrarre, ma dell'assunzione di una serie di comportamenti ritenuti idonei a rallentare l'ingresso nel mercato della società NTV, in considerazione dell'essenzialità e non duplicabilità delle infrastrutture facenti capo al Gruppo FS.

Tra le condotte contestate vi era la previsione di un canone d'uso particolarmente ingente, la mancata assegnazione di tracce nell'ora di punta, il mancato accesso a determinati impianti di manutenzione, mancata apposizione di segnaletica e di desk informativi nelle stazioni, discriminazione nell'accesso agli spazi pubblicitari, inefficienze nella gestione delle stazioni servite da NTV.

Dopo che l'AGCM ha riconosciuto che tali condotte contravvenivano al divieto di abuso di posizione dominante ex art. 102 TFUE, la procedura si è conclusa nel momento in cui l'Autorità ha giudicato idonei gli impegni che il Gruppo FS ha assunto ai sensi dell'art 14-ter della legge n. 287 del 1990<sup>491</sup>.

Significativa in tale vicenda è la presentazione di osservazioni da parte Assoutenti, Movimento Consumatori e Società Viaggiatori S.r.l., a testimonianza del fatto che la questione non ha riguardato solo i rapporti tra le imprese, ma ha

---

<sup>490</sup> *Ibidem*, 303 ss.

<sup>491</sup> Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, adunanza del 19 febbraio 2014.

posto l'esigenza di tenere in attenta considerazione le ripercussioni che le misure adottate avrebbero prodotto sugli utenti.

A differenza di quanto si è visto per gli obblighi a contrarre di “stampo civilistico”, nel caso di specie la *ratio* è prettamente economica, essendo predisposti al fine specifico di non alterare la concorrenza tra imprese. Eppure, come emerge dalla fattispecie descritta e come si vedrà meglio con riferimento all'abuso di dipendenza economica, anche negli obblighi a contrarre di matrice concorrenziale è possibile riscontrare fini redistributivi e un'attenzione non trascurabile per le posizioni dei singoli.

## **4.2. Abuso di dipendenza economica**

A conclusione *dell'exkursus* che si è condotto in tema di obbligo a contrarre, appare particolarmente interessante trattare la fattispecie dell'abuso di dipendenza economica.

Grazie ai profili di continuità che quest'ultima presenta con la disciplina dell'abuso del diritto e con la normativa della concorrenza, sarà possibile trarre alcune considerazioni di sintesi in merito ai limiti alla libertà contrattuale.

L'istituto in esame è contenuto all'interno della “Disciplina della subfornitura nelle attività produttive”, introdotta con la legge n. 192 del 18 giugno 1998<sup>492</sup>. Nonostante la collocazione settoriale, tuttavia, deve riconoscersi un'applicazione diffusa, non solo perché viene data una definizione molto ampia di dipendenza economica, ma soprattutto perché è piuttosto generica la formulazione della disposizione nel suo complesso, tale da coinvolgere diversi rapporti contrattuali.

L'art. 9, sul modello di altre esperienze europee<sup>493</sup>, vieta “l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice”. Pertanto, nonostante originari orientamenti di senso contrario, si ritiene che l'operatività della normativa si

---

<sup>492</sup> L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si era opposta all'inserimento della disciplina dell'abuso di dipendenza economica nell'ambito della legge 287/1990, legge *antitrust*, cui era originariamente destinata, sottolineandone il carattere prettamente civilistico. Con la legge 57/01 sono stati poi ridefiniti i poteri dell'Autorità giudiziaria e dell'Autorità *antitrust*.

<sup>493</sup> Il riferimento è all'art. 20(2) della legge tedesca contro le restrizioni della concorrenza e all'art. 420-2 del *Code de Commerce*, che collocano l'abuso di dipendenza economica nell'ambito della disciplina della concorrenza.



estenda a tutti i rapporti verticali tra imprese, prescindendo dallo specifico legame contrattuale, la cui disciplina viene semmai in rilievo in fase di applicazione<sup>494</sup>.

A differenza dell'abuso di posizione dominante e della disciplina delle clausole vessatorie, che si pone a tutela del consumatore, la fattispecie in esame non interviene rispetto ad una situazione di debolezza che può definirsi strutturale, ma che risulta causata dalle dinamiche contrattuali poste in essere nel caso concreto, dovendosi parlare quindi più propriamente di debolezza relativa. Prima del contratto base non vi è la prevalenza di un'impresa sull'altra, potendo quello nascere in un contesto in cui non vi è alcuna limitazione della concorrenza. L'impresa in condizione di dipendenza economica avrà goduto, in ipotesi, della possibilità di scegliere con chi contrarre e di concludere il negozio in maniera assolutamente libera e consapevole.

Come per l'abuso di posizione dominante, non è la particolare condizione di forza/debolezza ad essere vietata, ma lo sfruttamento abusivo della stessa, che nel caso di specie si esplica nella sussistenza di un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi nel rapporto contrattuale, cui si accompagna l'ulteriore elemento dell'impossibilità per l'impresa dipendente di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.

Per configurare l'abuso, pertanto, occorre valutare da un lato l'effettiva capacità del mercato di offrire alternative e dall'altro la ragionevolezza delle stesse per l'impresa "debole", in considerazione di come la sua organizzazione è stata influenzata dal rapporto base. La dipendenza economica può derivare in particolare dalla circostanza per cui, in ragione dell'instaurarsi della relazione negoziale, l'impresa "dipendente" ha posto in essere scelte imprenditoriali e compiuto investimenti tali da subire il cosiddetto *lock-in*, una parte resta cioè vincolata e sotto lo scacco dell'altra.

I fattori che determinano la dipendenza dal punto di vista soggettivo possono essere individuati, tra gli altri: nel rischio di perdere gli investimenti sostenuti

---

<sup>494</sup> *Inter alios*, F. Criscuolo, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in P. Perlingieri (dir. da) *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, 119 ss. Tale interpretazione ha poi recentemente trovato conferma in un'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ord. 25 novembre 2011, n. 24906.

perché altamente settoriali e quindi difficilmente convertibili sul mercato<sup>495</sup> o per violazione della regola del cd. *recovery-period rule*<sup>496</sup>; nell'identificazione dell'impresa dipendente con l'immagine commerciale del fornitore; nell'impossibilità di ricorrere ad altri metodi di fabbricazione<sup>497</sup>.

L'insussistenza di alternative pone le premesse per l'abuso, che si avrà nel momento in cui l'impresa che ha assunto una posizione di "dominanza relativa" cercherà di approfittare della debolezza della controparte per alterare l'equilibrio originariamente definito o comunque condizionare l'autonomia negoziale dell'altra, indotta ad accettare un assetto squilibrato per timore di fuoriuscire dal mercato.

Le ipotesi tipiche di abuso sono individuate al comma 2 dell'art. 9 nel "rifiuto di vendere o il rifiuto di comprare", nell'"imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie" e nell'"interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto"<sup>498</sup>.

Come appare evidente, in questo caso il rifiuto di contrarre non riguarderà la fase genetica del rapporto, ma i contratti strumentali che di quello costituiscono espressione. Sebbene non vi sia uniformità di posizioni sul punto, parte della dottrina e della giurisprudenza ha ritenuto che nel caso di specie si configuri un'ipotesi di obbligo a contrarre, seppur dal carattere non assoluto, perché necessariamente dipendente dalla peculiare posizione acquisita dall'impresa.

---

<sup>495</sup> Tra i vari casi approdati in sede giurisdizionale vi è stato quello sollevato da un consorzio manifatturiero catanese nei confronti della marca di abbigliamento Diesel, a seguito della significativa diminuzione dell'ammontare delle commesse. Viene evidenziato che, a fronte di un rapporto sostanzialmente esclusivo, il consorzio aveva considerevolmente adattato la propria impresa alle esigenze del brand che, oltre a fornire tutte le materie prime, imponeva anche determinati standard produttivi e qualitativi. Trib. Bronte Ord., 09 luglio 2009, in *Danno e responsabilità*, 2009, 997 ss., con nota di G. Colangelo, *Subfornitura, dipendenza economica ed obbligo di contrarre*.

<sup>496</sup> Si tratta della regola di origine statunitense, secondo la quale il rapporto contrattuale di lunga durata deve protrarsi per il periodo necessario affinché ciascun contraente abbia il tempo sufficiente per recuperare i costi sostenuti per gli investimenti. *Amplius*, C. Osti, *Nuovi obblighi a contrarre*, cit.

<sup>497</sup> Cfr. P. Fabbio, *Abuso di dipendenza economica*, in *Diritto on line*, Enciclopedia Treccani, 2012, reperibile all'indirizzo: [http://www.treccani.it/enciclopedia/abuso-di-dipendenza-economica\\_\(Diritto\\_on\\_line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/abuso-di-dipendenza-economica_(Diritto_on_line)/), (ultimo accesso 10.08.2015).

<sup>498</sup> Un'ipotesi settoriale è stata poi espressamente individuata dal legislatore nei rapporti tra i fornitori di carburante e i titolari di impianti di distribuzione. Art. 17 comma 3 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 conv. in l. n. 27 del 24 marzo 2012.

Anche da questi brevi rilievi, emergere uno degli aspetti salienti dell'abuso di dipendenza economica e cioè il suo elevato profilo relazionale e la parziale indipendenza della stessa dalle caratteristiche più o meno concorrenziali del mercato, con la conseguenza di porsi a cavallo tra la disciplina *antitrust* e quella propria del diritto dei contratti<sup>499</sup>.

Proprio tale aspetto, accompagnato dalla genericità del dettato legislativo, pone il problema della collocazione sistematica della disciplina e della sua *ratio*. Le questioni sono strettamente collegate e possono essere ricondotte a due principali posizioni.

Una prima tesi, valorizzando il fatto che destinatari del divieto sono le imprese e che lo stesso non sembra suscettibile di estensione ad altri soggetti, colloca la disciplina nell'ambito delle regole di funzionamento della concorrenza. Lo scopo della normativa sarebbe pertanto quello di favorire l'efficienza complessiva dei mercati attraverso il contemperamento tra la libertà dell'impresa dominante e le esigenze di tutela di quella dipendente<sup>500</sup>.

Il legame con la normativa antimonopolistica, originariamente limitato alla verifica di possibili alternative soddisfacenti sul mercato, è stato rafforzato dall'intervento legislativo del 2001 che, con l'introduzione del comma 3-*bis*, ha stabilito che l'Autorità Garante possa effettuare un vaglio degli eventuali effetti anticompetitivi che possono derivare dall'abuso di dipendenza economica, prendendo gli opportuni provvedimenti.

Tuttavia, considerato che solo eventuale è l'incidenza sul piano della concorrenza e che l'impresa non detiene un potere di mercato generale che rischia di pregiudicare la controparte, sembra doversi escludere che la *ratio* della disciplina in esame si esaurisca sul piano della concorrenza<sup>501</sup>.

Secondo un diverso orientamento, la disciplina in esame si inserisce nell'ambito del "diritto dei contratti" o, attraverso un parallelismo con la tutela del consumatore, del c.d. "diritto dei contraenti deboli". Queste tesi, che vengono

---

<sup>499</sup> Cfr. G. D'Amico, *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Milano, Giuffrè Editore, 2014, 68 ss., nota 155; A. Nervi, *I contratti di distribuzione tra causa di scambio e causa associativa*, cit., 147.

<sup>500</sup> Cfr. P. Fabbio, *Abuso di dipendenza economica*, cit.

<sup>501</sup> C. Osti, *Nuovi obblighi a contrarre*, cit. 243 ss.

sommariamente riassunte come “civilistiche”<sup>502</sup>, meritano di essere analizzate con cautela, operando gli opportuni distinguo soprattutto per quanto riguarda l’individuazione della *ratio*.

Trattando dell’abuso del diritto si è fatto riferimento alle clausole vessatorie come ad uno degli esempi in cui emerge l’abuso della libertà contrattuale. Data la rilevanza che in entrambe le figure assume la debolezza di una parte rispetto all’altra e l’esigenza di intervenire nei confronti di squilibri causati dall’imposizione unilaterale di condizioni contrattuali, si potrebbe essere indotti a cercare delle analogie tra le due fattispecie e concludere poi nel senso di una generale figura dell’abuso del diritto, da interpretarsi come strumento specificamente idoneo a tutelare la parte debole.

Tale tentativo di assimilazione, tuttavia, trascura quanto si è detto rispetto al contesto che determina la condizione di svantaggio, nonché un ulteriore profilo di rilevanza centrale e che inevitabilmente incide sulla disciplina: le modalità della contrattazione. Nel primo caso, infatti si tratterà per lo più di contratti standardizzati, mentre nel secondo si avranno principalmente contratti che sono esito di trattative individuali, espressamente escluse dall’ambito di operatività dell’altra fattispecie. La differenza deriva principalmente dallo spostamento della fase contrattuale in cui si esplica la disparità delle forze, con conseguente diversità in termini di *ratio*<sup>503</sup>.

Il parallelismo si scontra tra l’altro con l’osservazione per cui nell’abuso di dipendenza economica la tutela del consumatore si pone solo come effetto e non come scopo della normativa, che deve ritenersi piuttosto volta ad evitare che sia compromesso il corretto esplicarsi dell’autonomia privata, come dimostrato dal fatto che lo squilibrio non si riferisce al contenuto del contratto base<sup>504</sup>.

Per quanto riguarda l’affinità, almeno linguistica, con l’abuso del diritto, poi, l’abuso di dipendenza economica non vi è immediatamente assimilabile nei termini di un rapporto di *species* a *genus*. Come si è già detto, infatti, la posizione

---

<sup>502</sup> Cfr. P. Fabbio, *Abuso di dipendenza economica*, cit.

<sup>503</sup> Cfr. G. D’Amico, *Profili del nuovo diritto dei contratti*, cit. 76 ss.; F. Criscuolo, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit.; E. Navarretta, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Rivista di diritto civile*, 2005, 10507.

<sup>504</sup> G. D’Amico, *Profili del nuovo diritto dei contratti*, cit. 74-75; A. Nervi, *I contratti di distribuzione tra causa di scambio e causa associativa*, cit., 162 ss.

di dominanza relativa di cui abuserebbe l'impresa non è riconducibile ad una prerogativa giuridica, ma ad una situazione di fatto. Tuttavia, margini per un'interpretazione estensiva in tal senso potrebbero ricavarsi da un'accezione relazionale dell'abuso del diritto. Seguendo tale impostazione potrebbe ritenersi operativo il dovere di solidarietà economica di cui all'art. 2 della Costituzione, con la conseguenza di dover tenere in debita considerazione, alla luce del circostanze concrete, l'entità del danno che potrebbe essere arrecato alla controparte<sup>505</sup>.

Del resto, deve escludersi che l'abuso di dipendenza economica costituisca una norma eccezionale rispetto alla regola generale della libertà contrattuale. La fattispecie in esame, infatti, si configura solo a fronte dell'impresa che, approfittando di una particolare posizione, cerca di conseguire dei vantaggi non meritevoli di tutela, contrastanti con altri interessi. Sulla base di tale considerazione può anzi ritenersi che la stessa, come le altre ipotesi di abuso, si ponga a garanzia della libertà contrattuale, perché costituisce la premessa per una maggior fiducia nella possibilità di veder tutelati i propri interessi nel mercato<sup>506</sup>. Significativo è il legame dell'abuso di dipendenza economica con la buona fede, sebbene sul punto si alternino posizioni fortemente contrastanti.

Può essere preliminarmente rilevato che il collegamento con la buona fede è connaturato alla disciplina in esame e deriva in particolare dal riferimento all'"eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi", che ne rappresenta una "concretizzazione contenutistica"<sup>507</sup>.

È stato sostenuto da alcuni che potrebbe addirittura ritenersi non necessaria la fattispecie in esame perché il relativo campo di operatività sarebbe già coperto dall'art. 1375 c.c.<sup>508</sup>, di cui l'abuso di dipendenza economica costituirebbe "mera

---

<sup>505</sup> In tal senso, L. Delli Priscoli, *Abuso di dipendenza economica e abuso del diritto*, in Atti dei convegni associativi, 2011, in [www.orizzontideldirittocommerciale.it](http://www.orizzontideldirittocommerciale.it).

<sup>506</sup> L. Delli Priscoli, *Abuso di dipendenza economica e abuso del diritto*, cit.

<sup>507</sup> S. Troiano, *Art. 1469-bis, 1° comma*, in G. Alpa, S. Patti (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Milano, 1997, 27, cit. in C. Osti, *I nuovi obblighi a contrarre*, cit. 283.

<sup>508</sup> L. Delli Priscoli, *Abuso di dipendenza economica e abuso del diritto*, cit. L'A. dà un'interpretazione molto ampia di abuso del diritto, trascurando tuttavia l'analisi del presupposto dell'istituto, l'uso del diritto non conforme alle ragioni per le quali è stato attribuito e interpretando invece lo stesso soprattutto nella prospettiva della solidarietà economica. Sulla base di questa ricostruzione, sarebbe sufficiente la sua operatività e quella dell'art. 1375 c.c. per coprire tutte le

specificazione»<sup>509</sup>. Tale tesi si basa sul riconoscimento di una rilevanza centrale alla ponderazione degli interessi coinvolti e al legittimo affidamento nella prosecuzione del rapporto, tipico dei contratti di lunga durata in cui possono perfezionarsi i presupposti per la dipendenza. Si inserisce in questa logica la tesi che vede nell'abuso di dipendenza economica un istituto a carattere generale, che offre le basi per un ampliamento della disciplina dei contratti nel senso di tutelare la parte debole a prescindere da *status* precostituiti<sup>510</sup>. Secondo una parte della dottrina tali disposizioni, seppur volte a disciplinare il mercato, offrirebbero un sostegno per una lettura in senso sociale del diritto sei contratti, in particolare in termini di giustizia contrattuale.

Sebbene nella fattispecie in esame la *ratio* economica sembra prevalere su quella sociale, non sono trascurabili le conseguenze che ne derivano anche su questo piano. Si può anzi ritenere che, nonostante la giustizia contrattuale non sia il fine della normativa, il riferimento all'eccessivo squilibrio ne faccia un campo di elezione per l'applicazione della buona fede, come estrinsecazione dell'obbligo di solidarietà sociale. Tale aspetto assume particolarmente rilievo in una prospettiva di applicazione estensiva dell'istituto, soprattutto se si considera che lo stesso opera nell'ambito delle contrattazioni individuali, seppur tra imprenditori, e a prescindere da istanze concorrenziali.

Ciò non deve indurre a concludere che l'abuso di dipendenza economica introduca un principio generale di giustizia contrattuale, né un parametro idoneo ad intervenire ogni qualvolta vi sia un contratto iniquo, poiché la buona fede qui richiamata deve comunque trovare concretizzazione nella sussistenza di alcuni elementi essenziali, non riducibili alla mera accettazione di condizioni contrattuali svantaggiose<sup>511</sup>.

Anche in questo caso deve concludersi pertanto che l'intento della normativa è duplice, essendo volta a tutelare al tempo stesso la parte che è resa debole dalle

---

ipotesi che ricadrebbero altrimenti all'interno della fattispecie dell'abuso di dipendenza economica. A questa viene tuttavia riconosciuto il merito di aver contribuito all'attuale configurazione dell'abuso del diritto e la possibilità di intervenire laddove ci sia uno squilibrio contrattuale grave ma non sufficiente perché risulti integrato l'abuso del diritto.

<sup>509</sup> F. Criscuolo, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., 130.

<sup>510</sup> F. Criscuolo, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., 130-131.

<sup>511</sup> Cfr. E. Navarretta, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit.; C. Osti, *Nuovi obblighi a contrarre*, cit.; G. D'Amico, *Profili del nuovo diritto dei contratti*, cit.

specifiche dinamiche contrattuali e la concorrenza, danneggiata da comportamenti abusivi.

## **5. Obbligo a contrarre e parità di trattamento nei rapporti (di distribuzione) tra imprese**

Le considerazioni ora svolte in tema di abuso di dipendenza economica offrono l'occasione per ulteriori riflessioni con riferimento al più ampio fenomeno dei contratti di distribuzione commerciale<sup>512</sup>.

La fattispecie, sviluppatasi soprattutto nella prassi, senza una chiara disciplina di riferimento, si esplica principalmente in un'integrazione tra imprese collocate nelle diverse fasi del processo distributivo ed appare particolarmente interessante per i riflessi che la stessa può produrre sul contenuto dei contratti e l'assetto del mercato. Profili resi ancor più rilevanti in ragione della collocazione intermedia tra il diritto civile e il diritto commerciale<sup>513</sup>.

Ai fini del presente studio, merita volgere l'attenzione alla fase genetica del rapporto e, in particolare, all'eventuale sussistenza di limiti in cui può incorrere il produttore nella selezione dei distributori e nella definizione delle condizioni dei singoli rapporti contrattuali.

La peculiarità della fattispecie in esame va rinvenuta da un lato nel rapporto di integrazione che si instaura tra produttore e distributore e dall'altro nell'articolazione del fenomeno in cui il contratto di distribuzione si inserisce. Quest'ultimo non può essere letto in una prospettiva meramente bilaterale poiché, benché concerna tra due imprenditori autonomi, lo stesso deve essere letto con riferimento ad un più ampio programma economico, in cui si collocano una serie di contratti standard stipulati con altri distributori. Dovendo rispondere ad un disegno imprenditoriale unitario, ciascuno di questi negozi presenta una medesima

---

<sup>512</sup> A. Nervi, *I contratti di distribuzione tra causa di scambio e causa associativa*, cit.; M. Meli, *Contratti di distribuzione*, in *Diritto on line*, Enciclopedia Treccani, 2012, reperibile all'indirizzo: [http://www.treccani.it/enciclopedia/contratti-di-distribuzione\\_%28Diritto-on-line%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/contratti-di-distribuzione_%28Diritto-on-line%29/); R. Pardolesi, *Le intese verticali*, reperibile nella pagina <http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-COMP-43-2013.pdf>.

<sup>513</sup> A. Nervi, *I contratti di distribuzione tra causa di scambio e causa associativa*, cit.

disciplina in termini di diritti ed obblighi, dando luogo ad un fenomeno capace di determinare effetti sul corretto dispiegarsi della concorrenza<sup>514</sup>.

È la globalità della fattispecie che deve essere presa in considerazione, sia nel momento in cui si guarda agli effetti che la rete produce sul piano della concorrenza, sia nel momento in cui si considera la posizione del singolo contraente in relazione agli altri distributori.

La questione deve essere analizzata in particolare con riferimento all'art. 101 TFUE, al fine di verificare la configurabilità dell'esenzione individuale di cui al comma 3 dello stesso. Ad esso si affianca l'esenzione per categoria prevista dal regolamento 2790/99, sostituito dal regolamento 330/10 "relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate". Nell'uno e nell'altro caso, presupposto per l'esenzione è che le contrazioni che si determinano sul piano della concorrenza siano bilanciate da rilevanti vantaggi<sup>515</sup>.

Come si legge anche nei considerando del regolamento del 2010, gli accordi verticali possono essere oggetto di valutazione positiva in ragione degli effetti che si ritiene siano in grado di produrre in termini di efficienza economica e di riduzione dei costi delle transazioni e di distribuzione, determinando un guadagno per gli stessi consumatori.

Al tempo stesso, tuttavia, il legislatore comunitario si è soffermato a considerare le restrizioni all'esercizio della libertà contrattuale delle parti, nonché gli effetti anticoncorrenziali derivanti dalla selezione all'ingresso nelle reti distributive.

La questione si pone in particolare con riferimento ai contratti di distribuzione selettiva, nell'ambito dei quali è riconosciuta al produttore la possibilità di selezionare i distributori secondo indici predeterminati e quindi anche di rifiutarsi di contrarre con coloro non vi risultino rispondenti. Se dal punto di vista del

---

<sup>514</sup> Cfr. C. Camardi, *I contratti di distribuzione come contratti di "rete"*, in P. Iamiceli (a cura di) *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Torino, 2009, 225.

<sup>515</sup> Tra gli effetti pregiudizievoli delle intese verticali vengono individuate la c.d. *foreclosure*, cioè ostacolare o rendere più difficoltoso l'accesso al mercato per i concorrenti e la riduzione dell'integrazione del mercato. Per quanto riguarda le conseguenze positive, invece, si fa riferimento all'incentivo ad aprire nuovi mercati, agli effetti sul piano di certificazione di qualità, alla possibilità di far fronte ai problemi di standardizzazione. Cfr. R. Pardolesi, *Le intese verticali*, reperibile nella pagina <http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-COMP-43-2013.pdf>.



rapporto bilaterale tale possibilità deve essere annoverata tra le forme di espressione della libertà contrattuale, se la si considera in relazione a tutti i distributori che compongono la rete, la stessa può divenire sindacabile ai sensi dell'obbligo di parità di trattamento e in relazione agli effetti sul piano della concorrenza.

Come emerge chiaramente da quanto detto, il contratto di distribuzione dà luogo ad un fenomeno nell'ambito del quale l'autonomia delle parti non può essere guardata con riferimento al singolo rapporto, ma all'incidenza sul mercato nel suo insieme; in tale prospettiva, si spiega la scelta del legislatore comunitario di modulare il libero esercizio della stessa in relazione agli effetti che produce nel mercato rilevante. A tal proposito, si individua una soglia del 30%, al di sopra della quale la facoltà di selezione del produttore dovrebbe ritenersi suscettibile di essere vagliata alla luce del principio di correttezza e il rifiuto di contrarre potrebbe essere anche considerato illegittimo.

Ai fini del presente studio non assume rilievo tanto la disciplina specifica dei contratti di distribuzione, quanto il modo in cui la stessa si relaziona rispetto all'operatività del principio di parità di trattamento nella selezione dei distributori, a sua volta strettamente connesso al rifiuto di contrarre.

Una casistica particolarmente ricca è offerta dal mercato dei cosmetici, nell'ambito del quale gli accordi di distribuzione selettiva sono da tempo giustificati in ragione della lussuosità e delle esigenze di sicurezza del prodotto<sup>516</sup>. La questione si pone con riferimento alla procedura di valutazione e selezione dei distributori, la quale, in ragione dell'art. 101 § 3 TFUE non può essere rilasciata alla completa discrezionalità del produttore<sup>517</sup>. In particolare, è stato rilevato che

---

<sup>516</sup> Corte di giustizia, 11 dicembre 1980, C-31/80, *NV l'Oreal e SA l'Oreal c. PVBA de nieuwe AMCK* reperibile all'indirizzo: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61980CJ0031&from=IT>.

<sup>517</sup> Interessante in proposito il caso *Givenchy*, 92/428/CEE, reperibile all'indirizzo: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992D0428&qid=1397374989221&from=EN>. La Commissione, analizzati gli aspetti positivi e negativi conseguenti alle intese, riconosce l'esenzione di *Givenchy*, prevedendo tuttavia modifiche al contenuto del contratto e l'introduzione dell'obbligo di relazionare su alcuni aspetti della rete.

gli indici di selezione devono avere carattere oggettivo e base qualitativa, nonché applicazione generale e non discriminatoria<sup>518</sup>.

Anche in tale prospettiva si ripropone il duplice piano d'analisi, posto che la selezione dei candidati può rilevare sia nei confronti del distributore singolarmente individuato, che nei confronti di un'intera categoria di distributori, determinando un effetto restrittivo della concorrenza<sup>519</sup>.

La confluenza della disciplina civilistica e di quella commerciale, rispetto alle quali l'unico discrimine sembra doversi rinvenire nella quota di mercato detenuta dall'impresa, lascia aperto il dubbio sull'operatività del principio di parità di trattamento.

Se infatti, come si è già detto trattando delle articolazioni della libertà contrattuale, non sembra configurarsi un obbligo generale di contrarre né di applicare le medesime condizioni contrattuali alle diverse controparti, già da tempo parte della dottrina ha sollevato la necessità di tener conto della posizione di vantaggio di una delle parti. È stato osservato come la parità di trattamento divenga un corollario rilevante a fronte di quelle dinamiche in cui un contraente detiene una forza tale da poter condizionare l'esercizio dell'autonomia contrattuale dell'altro, se non del tutto escluderlo da un determinato mercato<sup>520</sup>.

Sebbene nelle fattispecie cui si è fatto riferimento si ponga il problema in termini di discriminazione, occorre rilevare come l'approccio qui adottato sia ben diverso da quello che caratterizza la disparità di trattamento nell'ambito dei rapporti privati. Nel caso di specie, infatti, non sono le qualità personali dei contraenti a

---

<sup>518</sup> Sentenza del Tribunale di primo grado del 12 dicembre 1996, *Groupement d'achat Édouard Leclerc c. Commissione delle Comunità europee*, Causa T-19/92, reperibile all'indirizzo: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61992TJ0019&qid=1397375577634&from=EN>.

<sup>519</sup> Il riferimento è alla decisione *Leclerc c. Commissione* del 1996, sollevata dalla catena commerciale Leclerc, la quale contestava i criteri selettivi individuati da Yves Saint Laurent SA, in base ai quali sarebbero stati esclusi dalla distribuzione i magazzini di grande distribuzione, salvo casi eccezionali. Nella sua risposta la Commissione ha ritenuto che l'azione potesse essere promossa solo a seguito di un diniego effettivo, di un concreto ostacolo all'accesso o della mancanza di concorrenza, non potendosi presumere l'applicazione automatica dell'art. 101 TFUE, par. 1, né l'effetto cumulativo di blocco della distribuzione. C. Camardi, *La distribuzione "vigilata" dei cosmetici nel mercato unico. Aspetti contrattuali*, in *Ricerche giuridiche*, 2014, 69-96.

<sup>520</sup> Cfr. R. Sacco, *Il contratto*, cit., 305; M. R. Maugeri, *Reti contrattuali e abuso di dipendenza economica: alla ricerca di nuove discipline?*, in P. Iamiceli (a cura di) *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Torino, 2009, 309.

venire in rilievo, ma determinate esigenze di mercato, come dimostrato dalla stretta correlazione al corretto dispiegarsi delle regole concorrenziali.

La necessità di tenere distinti i due scenari deriva dalla considerazione per cui ricondurre ad una medesima questione ipotesi troppo variegate non fa che depotenziarne il rilievo e rendere più incerte le soluzioni.

La fattispecie dei contratti di distribuzione assume tuttavia rilievo al fine di dimostrare, ancora una volta, come il problema della disparità di trattamento venga tenuto in attenta considerazione nel momento in cui vi è sotteso un interesse economico, per essere invece trascurato laddove si perseguano istanze distributive.

Nel binomio libertà contrattuale/mercato che si è andato a delineare nel panorama comunitario, solo le esigenze del secondo termine sono generalmente riconosciute come idonee ad apportare dei limiti al primo<sup>521</sup>.

Occorre chiedersi se, anche al di fuori di tale combinazione, il principio di parità di trattamento possa assumere rilievo nelle relazioni contrattuali con il fine di perseguire istanze sociali.

## **6. Contrattazione rivolta al pubblico**

Alla luce delle considerazioni svolte, è possibile analizzare l'eventuale sussistenza di obblighi a contrarre o di parità di trattamento in capo al privato che ponga in essere contratti rivolti ad un pubblico indifferenziato, come nel caso dell'esercizio aperto al pubblico o, più in generale, dell'offerta al pubblico. Sebbene in tali ipotesi risulti particolarmente controversa la configurabilità di veri e propri obblighi a contrarre, le questioni che vengono in rilievo appaiono strettamente consequenziali a quelle emerse nella trattazione delle precedenti fattispecie.

In presenza di determinate circostanze, il rifiuto di contrarre posto in essere dal titolare di un pubblico esercizio può assumere rilievo sia sul piano penalistico che su quello civilistico.

Pur nella sua specificità, un primo riferimento normativo di sicuro interesse è l'art. 19 del R.D.L. n. 245 del 1943, il quale, nel caso di attività commerciale o

---

<sup>521</sup> A. Nervi, *I contratti di distribuzione tra causa di scambio e causa associativa*, cit.

spaccio aperto al pubblico, sanziona penalmente il rifiuto di vendere le merci per le quali è stabilito dall'autorità il prezzo massimo.

Si tratta di una normativa risalente, espressione di un diffuso intervento pubblico nell'economia e quindi in controtendenza rispetto all'attuale processo di privatizzazione. L'analisi di tale disciplina risulta tuttavia interessante sotto il profilo della *ratio* che gli è sottesa, coerente con la consapevolezza dell'incidenza che il rifiuto di contrarre può esercitare tanto rispetto alle esigenze di tutela dei consumatori quanto delle dinamiche della concorrenza.

Tale disposizione deve essere analizzata allora a partire dalle ragioni che inducono alla fissazione autoritativa del prezzo. Queste sono riassumibili nella necessità di “sottrarre alle forze di mercato la determinazione del prezzo di prodotti o servizi di largo consumo e di essenziale utilità sociale”<sup>522</sup>. Considerata quindi la rilevanza riconosciuta a tali beni o servizi, si comprende la necessità di una disciplina volta ad escludere che le finalità perseguite dall'ordinamento siano eluse attraverso il rifiuto di contrarre, che consentirebbe una selezione arbitraria della domanda e l'esclusione di determinate categorie di consumatori rispetto alla possibilità di accedere a quei beni o servizi<sup>523</sup>.

Si è ritenuto tuttavia che, sebbene gli obiettivi perseguiti dall'art. 19 R.D.L. siano analoghi a quelli che contraddistinguono gli articoli 1679 e 2597 del codice civile, non vi sia in tali ipotesi un esplicito obbligo a contrarre, il che dovrebbe indurre ad escludere anche la sussistenza degli obblighi di buona fede e correttezza che impongono al monopolista o esercente un pubblico servizio di porsi nelle condizioni di poter soddisfare la domanda ragionevolmente prevedibile<sup>524</sup>.

Occorre altresì richiamare l'art. 187 del R.D. 635/1940, il quale stabilisce che: “Salvo quanto dispongono gli artt. 689 e 691 del codice penale, gli esercenti non

---

<sup>522</sup> P. Marchetti, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., 385.

<sup>523</sup> In base alla considerazione per cui il divieto di rifiuto di contrarre riguarda solo il livello di scambio rispetto al quale opera la fissazione autoritativa del prezzo e che dunque in relazione ad un determinato bene vi possono essere restrizioni e blocchi ad altri livelli, si è dedotto che la disciplina in esame si prefigga di tutelare solo determinate categorie di consumatori e non la struttura del mercato complessivamente considerata, che compete alla normativa *antitrust*. Cfr. P. Marchetti, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., 387 ss.

<sup>524</sup> *Ibidem*.

possono senza un legittimo motivo, rifiutare le prestazioni del proprio esercizio a chiunque le domandi e ne corrisponda il prezzo”<sup>525</sup>.

Parla infine espressamente di obbligo di vendita l’art. 3 del d. lgs. n. 114 del 1998 con riferimento al titolare di un’attività commerciale al dettaglio, e richiama a tal fine l’art. 1336 c.c., che disciplina l’offerta al pubblico. Si è sostenuto che tale disposizione ponga in capo all’offerente un vincolo e faccia sorgere a favore di tutti i potenziali destinatari non un “diritto a contrarre”, ma “un diritto alla parità di trattamento nella individuazione del contraente”, escludendo la possibilità di una scelta arbitraria<sup>526</sup>.

Alla luce di quanto precedentemente detto e di tali riferimenti normativi, è possibile tornare a considerare il divieto di discriminazione, che tanto il T.U. sull’immigrazione<sup>527</sup> quanto la normativa di derivazione comunitaria<sup>528</sup> pongono con riferimento all’accesso a beni o servizi offerti al pubblico. Detta disciplina vieta sia il rifiuto esplicito, fondato su ragioni discriminatorie, che l’imposizione di condizioni più svantaggiose<sup>529</sup>, volte ad indurre la controparte a desistere dalla richiesta.

---

<sup>525</sup> Una disposizione analoga era stata introdotta dalla legge della Regione Toscana 15 novembre 2004, n. 63 “Norme contro le discriminazioni determinate dall’orientamento sessuale o dall’identità di genere”. L’art. 16, commi 1 e 4, prevedeva un regime sanzionatorio amministrativo nei confronti degli esercenti di pubblici servizi e degli operatori turistici e commerciali che, nello svolgimento delle loro attività, discriminano gli utenti “per motivi riconducibili all’orientamento sessuale o all’identità di genere”. Con Sentenza 253 del 4 luglio 2006, la Corte costituzionale ha affermato l’illegittimità costituzionale di tale previsione normativa perché, limitando l’autonomia negoziale dei privati, incide su una materia riservata, ex art. 117, comma secondo, lettera l), della Costituzione, alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. È interessante rilevare il fatto che tale pronuncia fa espresso riferimento al R.D. n. 635 del 6 maggio 1940, sostenendo che lo stesso abbia introdotto *in via generale* un obbligo legale di contrarre.

<sup>526</sup> R. Sacco, *Il contratto*, cit., 308.

<sup>527</sup> Art. 43, comma 2, d. lgs. 286/1998: “In ogni caso compie un atto di discriminazione: (...) b) chiunque imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire beni o servizi offerti al pubblico ad uno straniero soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità; c) chiunque illegittimamente imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire l’accesso all’occupazione, all’alloggio, all’istruzione, alla formazione e ai servizi sociali e socio-assistenziali allo straniero regolarmente soggiornante in Italia soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità”.

<sup>528</sup> Come si è già ricordato, mentre l’art. 3 lettera i) del d. lgs. 215/2003 parla genericamente di “accesso a beni e servizi incluso l’alloggio”, all’art. 55-ter, comma 2, del d. lgs. 196/07 si legge che: “Il divieto di (discriminazione) si applica a tutti i soggetti, pubblici e privati, fornitori di beni e servizi che sono a disposizione del pubblico e che sono offerti al di fuori dell’area della vita privata e familiare e delle transazioni ivi effettuate”.

<sup>529</sup> Spesso non è possibile procedere ad una valutazione comparativa, che comunque, anche quando possibile, richiede particolare cautela. Verificare la sussistenza di condizioni più

Occorre analizzare quali vincoli derivino dalla normativa antidiscriminatoria e se la stessa si limiti a connotare ulteriormente le fattispecie illecite già considerate, se ne ampli la portata o se costituisca ipotesi del tutto autonome.

Se da un lato sembra doversi escludere che il divieto di discriminazione operi, o comunque assuma rilievo giuridico, nel caso di dichiarazioni individualizzate, considerazioni diverse devono essere fatte nel momento in cui il contraente si rivolge al pubblico<sup>530</sup>.

Se in linea di principio nell'ambito della sua sfera privata ciascuno può improntare il proprio operare a valori, mode, inclinazioni, senza che le stesse assumano rilevanza giuridica, gli stessi comportamenti sono suscettibili di una valutazione giuridica, e conseguentemente anche di poter essere sanzionati come discriminatori, laddove l'autore "decida lui stesso di farne partecipi gli altri, rinunciando alla propria sfera di riservatezza"<sup>531</sup>.

Del resto, nel momento in cui il contraente si rivolge ad una platea indeterminata di destinatari deve ritenersi che sorga in capo alle potenziali controparti il "legittimo affidamento che non esiste una giustificazione economica o, comunque, una motivazione commerciale perché il contraente distingua a seconda delle qualità personali"<sup>532</sup>. Né può considerarsi sufficiente ad escludere il divieto di discriminazione l'inserzione di clausole che rinviino ad una successiva selezione o a criteri indeterminati o essi stessi rilevanti ai sensi delle leggi antidiscriminatorie.

---

svantaggiose presuppone un'analisi del complessivo assetto di interessi, nonché un'indagine circa l'influenza che le caratteristiche della controparte esercitano sulla volontà del contraente. Deve considerarsi poi che il divieto di discriminazione sia integrato anche dal mancato inserimento di condizioni vantaggiose. Cfr. D. Maffei, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 237 ss.

<sup>530</sup> Maffei elenca le principali ipotesi in cui i beni o servizi devono ritenersi offerti al pubblico: locali aperti al pubblico, articoli esposti in vetrina o in banchi di vendita, contratti per automatico o self-service, commercio elettronico, la predisposizione di listini, servizi turistici, mezzi di trasporto in circolazione, televendite, merce offerta e messa a disposizione dai venditori ambulanti. L'A. non si rifà alla definizione codicistica di offerta al pubblico, ma ritiene sia "la particolare tecnica adottata dal proponente che – in forza delle "circostanze" o degli "usi"- comporta l'automatica qualificazione della dichiarazione come offerta al pubblico". Proprio in ragione del carattere scarsamente dirimente dei parametri richiamati, lo stesso A. ritiene si debba estendere la disciplina anche all'invito ad offrire. D. Maffei, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 208-209.

<sup>531</sup> P. Morozzo Della Rocca, *Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 e 44 del T.U. sull'immigrazione*, cit. 130.

<sup>532</sup> Cfr. D. Maffei, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 204.

Per quanto riguarda i profili civilistici del divieto di discriminazione, la dottrina prevalente tende ad escludere la configurabilità nell'ambito di questa fattispecie di obblighi a contrarre e alcuni anche la sussistenza di obblighi di parità di trattamento<sup>533</sup>.

Per quanto riguarda questo secondo profilo, deve rilevarsi che, al di fuori dei contratti seriali, assume certamente un ruolo fondamentale il momento delle trattative, nell'ambito delle quali è ipotizzabile che vengano adottati comportamenti distinti in relazione alle diverse controparti contrattuali, come ad esempio la richiesta di specifiche garanzie.

Posto il dovere di buona fede, che comunque vincola la fase precontrattuale, di per sé tale aspetto non è censurabile, ma neppure incondizionato, posto che la trattativa dovrebbe essere preordinata a consentire una maggior conoscenza della controparte e ad offrire quindi la possibilità di superare eventuali preconcetti. In linea teorica si tratta quindi di uno strumento volto a prevenire la discriminazione<sup>534</sup>.

Tuttavia, tale conclusione non trova sempre conferma nell'esperienza concreta. Il problema non riguarda solo l'ipotesi in cui le trattative siano specificatamente volte ad escludere alcune controparti in ragione di determinate caratteristiche personali, caso in cui sarebbe pienamente operante il divieto, ma anche tutte quelle ipotesi in cui le trattative stesse assumono un ruolo deterrente.

A tal proposito, risultano particolarmente interessanti gli studi condotti dal Professor Ian Ajres con riferimento al mercato automobilistico nel panorama americano. Attraverso l'analisi dei comportamenti dei venditori di auto si è messa in luce l'influenza che il fenomeno discriminatorio esercita sulle trattative, oltre che sull'offerta e la conclusione del contratto, soprattutto in settori scarsamente disciplinati. Tali analisi, tra l'altro, hanno messo in discussione le cosiddette "Teorie statistiche" o almeno quelle su base razionale, secondo le quali il comportamento discriminatorio troverebbe giustificazione in un'analisi dei costi e dei guadagni che su base statistica si presume conseguano alla contrattazione con un soggetto di un determinato genere o gruppo etnico. Se così fosse la maggior

---

<sup>533</sup> Cfr. D. Maffei, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 218.

<sup>534</sup> D. Maffei, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 225 ss.

conoscenza della controparte dovrebbe essere sufficiente a prevenire il fenomeno. I test da lui condotti sono stati strutturati pertanto in modo tale da smentire quelle connessioni. Attraverso la comparazione tra le offerte iniziali e quelle finali, si è dimostrato come la discriminazione permanga nonostante le trattative, sebbene si sia constatato un parziale decremento della stessa con riferimento alla razza, ma non anche rispetto al genere.

Tale studio rivela la complessità del fenomeno discriminatorio, rispetto al quale la razionalità ha un ruolo marginale, mentre vengono in rilievo una pluralità di ulteriori elementi, differenti tra l'altro in ragione della specifica qualità personale<sup>535</sup>.

Per quanto riguarda la sussistenza di un obbligo a contrarre, invece, deve certamente escludersi che in capo a chi abbia formulato un'offerta al pubblico sorga l'obbligo di soddisfare la domanda ordinaria di mercato, così come previsto per le ipotesi disciplinate dagli articoli 1679 e 2597 del codice civile.

La dottrina prevalente rileva altresì che, sebbene debba generalmente ammettersi che la vittima della discriminazione possa ottenere una sentenza costitutiva degli effetti del contratto non concluso, la stessa non dovrebbe considerarsi un indice della sussistenza di un obbligo a contrarre. Tale tesi si basa sul presupposto per cui non vi sarebbe una corrispondenza univoca tra tale tipologia di sentenza e l'art. 2932 c.c., nonché sull'ulteriore considerazione che la possibilità di esperire tale rimedio sarebbe esclusa laddove non sia stato predeterminato il contenuto del contratto ed anche nel caso in cui il bene o il servizio non sia più materialmente disponibile. Quest'ultimo aspetto viene richiamato a conferma dell'assenza di oneri accessori e preparatori in capo al destinatario di un obbligo a contrarre<sup>536</sup>.

Altra parte della dottrina evidenzia altresì la "scarsa praticabilità" del rimedio nell'ambito delle micro-contrattazioni tra soggetti non professionisti, escludendo però dal ragionamento proprio le ipotesi di offerta al pubblico<sup>537</sup>.

Indubbiamente, la logica sottesa al divieto di discriminazione è ben diversa da quella offerta dagli articoli 1679 e 2597 del codice civile, in cui la scelta di

---

<sup>535</sup> I. Ajres, *Fair Driving: Gender and Race Discrimination in Retail Car Negotiation*, *Harvard Law Review*, 1991, 845 ss.

<sup>536</sup> D. Maffei, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 277 ss.

<sup>537</sup> D. La Rocca, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, cit.



sottrarre determinati contratti alla pura logica del mercato deriva dal riconoscimento di interessi a portata generale, soprattutto sul piano delle dinamiche di mercato.

Tuttavia, attraverso le elaborazioni di dottrina e giurisprudenza da un lato e i contributi della legislazione speciale dall'altro, la disciplina dell'obbligo a contrarre ha mutato il proprio carattere in senso più spiccatamente relazionale.

Il riferimento è in particolare alla normativa in materia di concorrenza, che attribuisce un ampio potere d'intervento al giudice nel caso in cui l'impresa che gode di un significativo potere contrattuale rifiuti di prestare il proprio consenso. Pur a fronte di posizioni contrastanti, diffusa è la tesi secondo la quale in tali ipotesi si configurerebbero degli obblighi a contrarre, ma a carattere non assoluto. Nel caso dell'abuso di dipendenza economica, in particolare, l'impresa riveste una posizione di dominanza relativa e non avrà dunque l'obbligo a contrarre con qualunque controparte, eppure si ritiene che lo stesso sussista nei confronti di quelle imprese con cui è legata dallo specifico rapporto negoziale in cui si esplica l'asimmetria di potere contrattuale, sempre che non sia possibile contare su valide alternative.

Nonostante la similitudine, occorre rilevare che sebbene nei casi in cui trova applicazione la disciplina antidiscriminatoria vi sia generalmente una condizione di debolezza, la stessa non assume rilievo determinante ai fini dell'operatività del divieto. Il fatto che si parli di "imposizione" di condizioni più svantaggiose non implica né che vi sia un'asimmetria di potere, né un approfittamento, posto che il contraente si limita ad una proposta<sup>538</sup>, la quale non si inserisce in un rapporto contrattuale necessario<sup>539</sup>.

Dovrà allora verificarsi se, al di fuori dei casi di monopolio, dei servizi pubblici, o dell'esigenza di riequilibrare il potere contrattuale delle parti possano individuarsi circostanze o relazioni tali da configurare un obbligo a contrarre.

---

<sup>538</sup> D. Maffei, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 1ss., e 230 ss.

<sup>539</sup> Perché si configuri un'ipotesi di discriminazione non è necessario che il contratto che si intende concludere sia l'unica alternativa possibile o, economicamente sostenibile, come invece avviene nel caso di dipendenza economica.

## 7. Riflessioni conclusive in tema di obbligo a contrarre e divieto di discriminazione

Le ipotesi di obbligo a contrarre considerate nei primi paragrafi riguardano il rapporto tra un imprenditore in posizione di monopolio o il titolare di un servizio pubblico e un consumatore/utente, che richiede di avere accesso ad una determinata risorsa. Nei casi ricondotti alla disciplina della concorrenza, invece, la relazione negoziale si instaura tra due imprese, ponendo la questione del rapporto tra “vecchi e nuovi obblighi”<sup>540</sup>, nonché interrogativi rispetto a come e se la disciplina *antitrust* possa influenzare quella di diritto comune.

Secondo una parte della dottrina, queste ultime disposizioni, seppur volte a disciplinare il mercato, offrirebbero sostegno per una lettura in senso sociale del diritto dei contratti, in particolare in termini di giustizia contrattuale. In senso contrario, è stato sottolineato tuttavia come la tutela del consumatore sia solo un effetto e non lo scopo della normativa, volta principalmente ad evitare che risulti compromesso il corretto esplicarsi dell'autonomia privata<sup>541</sup>.

In realtà, tali obblighi di matrice europea mostrano sempre più un'attenzione al profilo dell'utilità sociale e della ponderazione degli interessi delle parti coinvolte. Enfatizzare tale aspetto non significa affermare che ogni esercizio dell'autonomia privata possa essere censurato laddove non dia luogo ad un rapporto equilibrato, poiché dovranno comunque sussistere ulteriori elementi. Come per il caso della dipendenza economica, affinché si configuri un abuso non è sufficiente che vi sia il potere prevalente di un'impresa sull'altra, ma è anche necessario che l'impresa debole non possa contare su valide alternative.

Al tempo stesso, non si intende riconoscere la configurabilità di un obbligo a carattere generale, che imponga a chiunque di contrarre con chiunque e nel rispetto della parità di trattamento.

Sebbene non vi sia uniformità di vedute sul punto, sembra potersi ritenere che, proprio attraverso una lettura congiunta di vecchi e nuovi obblighi a contrarre, ulteriori ipotesi possano essere desunte da principi generali, quali l'ordine

---

<sup>540</sup> C. Osti, *Nuovi obblighi a contrarre*, cit.

<sup>541</sup> G. D'Amico, *Profili del nuovo diritto dei contratti*, cit. 74-75.

pubblico o la dignità in senso sociale, a prescindere dalla loro riconducibilità o meno alle fattispecie positive. In tale prospettiva, gli obblighi a contrarre non verrebbero in rilievo come rimedi o eccezioni alla libertà contrattuale, ma come espressione di una funzionalizzazione della stessa.

Può essere allora particolarmente interessante leggere in tali termini il rifiuto discriminatorio di contrarre.

Alla luce di quanto si è precedentemente detto, occorre distinguere tra le diverse tipologie di rifiuto in relazione al soggetto da cui proviene: da un lato vi è chi agisce nel mercato come soggetto pubblico o comunque volto a perseguire interessi pubblici, dall'altro vi è la contrattazione professionale o di massa, cui fanno comunque capo interessi generali e, infine, quella individualizzata.

Con riferimento a quest'ultimo contesto<sup>542</sup>, sembra doversi escludere l'operatività del divieto<sup>543</sup>, sebbene parte della dottrina, valorizzandone il profilo sociale, abbia configurato lo stesso come limite generale alla libertà contrattuale<sup>544</sup>.

Ritornando al testo delle direttive, del resto, è possibile riscontrare come il legislatore europeo, che pur inizialmente sembrava aver lasciato spazio ad una lettura più ampia, ha successivamente circostanziato il divieto ai soli beni e servizi "a disposizione del pubblico" e nella proposta di direttiva del 2008 fa espresso riferimento alle attività che possono essere definite professionali o commerciali, con esclusione di quelle che si esplicano a livello privato.

Allora, anche a voler ammettere un'interpretazione estensiva sulla base del principio di buona fede e solidarietà sociale e/o attraverso la valorizzazione dell'eventuale disparità di potere contrattuale, non sembra comunque potersi sostenere una generale operatività della disciplina nell'ambito della contrattazione individualizzata.

---

<sup>542</sup> Si ritiene che la discriminazione ad opera dei privati, ma anche delle imprese, costituisca una parte minoritaria del problema, anche perché spesso porre in essere pratiche escludenti è costoso e poco conveniente. D. Maffei, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, cit.

<sup>543</sup> D. Maffei, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit.; Id., *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, cit.; E. Navarretta, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit.; A. Gentili, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, cit.

<sup>544</sup> G. Carapezza Figlia, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit.; B. Checchini, *Eguaglianza, non discriminazione e limiti dell'autonomia privata: spunti per una riflessione*, cit.

Come ben sottolinea Maffeis, del resto, il tentativo di ampliare oltre misura l'ambito di operatività del divieto di discriminazione, regola fondamentale dell'odierno diritto contrattuale, rischia in realtà di annientarne la portata, perché non fa che confermare i timori di chi individua nello stesso la negazione della libertà contrattuale<sup>545</sup>. Ciò a cui effettivamente si perverrebbe sostenendo che ogni suo esercizio debba essere soggetto ad un giudizio di meritevolezza<sup>546</sup>.

Un approccio al problema della discriminazione capace di svincolarsi dai condizionamenti ideologici che inevitabilmente lo caratterizzano e, conseguentemente di superare l'imbarazzo<sup>547</sup> di dover escludere un'operatività generale e illimitata del divieto, consente alla libertà contrattuale di divenire essa stessa il veicolo per l'affermazione della parità di trattamento in ambito contrattuale<sup>548</sup>.

Per quanto riguarda invece la contrattazione rivolta ad un pubblico indifferenziato, non può escludersi un vaglio di sindacabilità, che può eventualmente trovare fondamento anche nell'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.<sup>549</sup>. In tal caso il divieto di discriminazione può dar luogo ad un obbligo a contrarre?

Sebbene siano innegabili le difficoltà ricostruttive e applicative, se si supera la configurazione dell'obbligo a contrarre come eccezione alla libertà contrattuale, è possibile immaginare che nuove ipotesi possano essere affermate in ragione delle esigenze che un determinato bene è preposto a soddisfare e delle specifiche caratteristiche dei soggetti che si intende tutelare.

Nel caso di specie, significativi spunti di riflessioni possono trarsi in considerazione dell'interesse generale sotteso al divieto di discriminazione, in ragione del quale l'eventuale rifiuto è vietato, nonché della peculiare situazione che si instaura a fronte dell'offerta al pubblico.

---

<sup>545</sup> D. Maffeis, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, cit.

<sup>546</sup> Aspetto che si è già avuto modo di rilevare parlando dell'abuso del diritto. Analoghe riflessioni sono proposte da E. Navarretta, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit.; D. Maffeis, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, cit.

<sup>547</sup> In tali termini si esprime D. Maffeis, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, cit.

<sup>548</sup> D. Maffeis, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, cit.

<sup>549</sup> R. Sacco, *Il contratto*, cit., 299 ss.

## **Conclusioni. Dalla discriminazione economica alla discriminazione sociale**

La libertà di autodeterminarsi nel contratto, di compiere scelte libere e consapevoli, il diritto a non veder lesa la propria dignità nel mercato sono presupposti essenziali del libero esplicarsi della personalità umana, ma anche dell'efficiente operare delle regole economiche. Il rifiuto di contrarre per ragioni discriminatorie, infatti, non incide solo sulla dignità del singolo, ma altera al tempo stesso le dinamiche commerciali. Il libero mercato non è minato solo dalla presenza di intese, cartelli ecc., ma anche dall'esclusione economicamente irrazionale di alcune categorie di soggetti.

Ecco allora che, superato il *discrimen* tra pubblico e privato, gli interessi del mercato e della persona si trovano strettamente connessi<sup>550</sup> e richiedono risposte che non potranno essere date attraverso l'affermazione della prevalenza della libertà contrattuale in luogo dell'eguaglianza o viceversa.

A tal proposito, la disciplina dell'obbligo a contrarre offre degli interessantissimi spunti di riflessione.

L'analisi condotta sul tema ha messo in luce come l'istituto sia stato oggetto di un significativo processo di metamorfosi, attraverso il quale ha perso l'originaria configurazione di eccezione ad una regola generale, per divenire invece una figura di ampia portata.

Pur traendo ispirazione da altri ordinamenti europei, in cui è strettamente correlato a principi generali, quali la responsabilità aquiliana, nell'impianto civilistico italiano è nato dalla mano di un legislatore costantemente preoccupato dal dovere di non scalfire il "dogma" della libertà contrattuale. Le prime applicazioni giurisprudenziali non hanno fatto altro che confermare tale atteggiamento, attraverso un'interpretazione scrupolosamente attenta al dettato normativo.

Al tempo stesso, tuttavia, forme più o meno esplicite di contratti imposti si sono sviluppate nell'ambito di discipline non necessariamente settoriali, ora con l'esigenza di far fronte ad interessi sociali, ora di tutelare il consumatore in quanto

---

<sup>550</sup> S. Haberl, *Riflessioni sparse sul divieto di discriminazione nel diritto dei contratti*, cit.; D. Maffei, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, cit.

parte debole del contratto, ora infine di garantire il corretto esplicarsi della concorrenza. Pur nell'eterogeneità delle *ratio* dichiarate, l'obbligo a contrarre ha progressivamente sviluppato una propria fisionomia unitaria e una significativa forza espansiva, divenendo uno strumento diffusamente utilizzato al fine di *regolare* l'esercizio della libertà contrattuale in considerazione della ponderazione degli interessi coinvolti.

Soprattutto nelle ultime fattispecie considerate è emersa una stretta correlazione con l'abuso del diritto e, in particolare, con l'abuso della libertà contrattuale.

Nell'uno e nell'altro caso viene in rilievo l'esigenza di leggere la libertà entro i confini tracciati dal dettato costituzionale, in particolare dagli articoli 3 e 41 comma 3 della Costituzione; ciò significa riconoscere limiti alla stessa in funzione dell'utilità sociale, nonché la possibilità per il giudice di intervenire rispetto alle concrete modalità di esercizio dei diritti e delle libertà attraverso la clausola generale della buona fede.

Sembra ormai potersi affermare senza particolari dubbi, ad esempio, che, pur in assenza di un'espressa previsione normativa, operi in capo a tutte le imprese esercenti pubblici servizi un generale divieto di discriminazione. Ne deriva che, sebbene la pretesa dell'utente possa incidere sulla sfera di autonomia dell'imprenditore, tale limitazione deve ritenersi legittima in quanto rispondente al perseguimento di quei "fini sociali" di cui all'art. 41 comma 3 della Costituzione<sup>551</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, occorre chiedersi se sia configurabile la sussistenza di obblighi a contrarre attraverso i quali prevenire la discriminazione nel contratto, non tanto nei termini di un limite alla libertà contrattuale, ma come esito di una conformazione della stessa.

Nella difficoltà di dare una risposta, non ci si può che interrogare sulla *ratio* che spinge il legislatore a limitare la libertà contrattuale.

Partendo dal presupposto che l'autonomia privata si esplica tanto in una libertà dall'ingerenza statale, quanto nella libertà dall'imposizione di una parte sull'altra, il legislatore deve operare un costante bilanciamento tra intervento e non

---

<sup>551</sup> Cfr. M. Libertini, P. M. Sanfilippo, *Obbligo a contrarre*, cit., 483.

intervento. Alla base della decisione di introdurre una regola vi possono essere ragioni distributive, paternalistiche o di efficienza.

Semplificando, può affermarsi che il primo approccio è volto a ristabilire l'equilibrio tra le parti, garantendo all'una un vantaggio a scapito dell'altra; il secondo parte dal presupposto che il legislatore sia in grado di determinare con maggior consapevolezza del singolo cosa sia meglio per lui<sup>552</sup>; nell'ultimo caso, invece, l'intervento è volto a sostituire i parametri di riferimento esistenti, con l'intento di avvantaggiare tutte le parti coinvolte<sup>553</sup>.

Seguire l'uno piuttosto che l'altro metodo operativo, come è evidente, non è privo di conseguenze.

Sebbene la previsione di un obbligo a contrarre sia apparentemente uno strumento tecnico, allora, l'introduzione o meno dello stesso, così come la questione della discriminazione nel contratto, ha un significativo rilievo politico.

Su tale punto l'analisi condotta ha messo in luce una tensione costante tra il principio di libertà contrattuale e quello di parità di trattamento, a fronte del quale la prima ha subito vari contemperamenti che hanno definitivamente (?) messo in discussione il paradigma della corretta formazione della volontà come criterio da solo sufficiente ad assicurare il perseguimento degli interessi economico-sociali.

Riassumere il problema in questa mera contrapposizione risulta riduttivo, se non addirittura fuorviante.

Lontani ormai i tempi in cui gli interessi economici e quelli sociali potevano essere agevolmente affidati gli uni alla sfera privata e gli altri a quella pubblica, gli uni improntati alla volontà, gli altri al *welfare*, emerge oggi l'esigenza di

---

<sup>552</sup> Rispetto ad altri approcci, l'intervento paternalistico tende a suscitare timori e diffidenze, per la convinzione che lo stesso possa essere giustificato solo nel caso di incapacità del beneficiario, con la conseguenza di limitarlo alle ipotesi in cui deve ritenersi assente l'elaborazione di una volontà libera. D. Kennedy, rilevando i limiti di tale impostazione, introduce in proposito il concetto di paternalismo *ad hoc*, assumendo come presupposto dello stesso l'intersoggettività e l'empatia con il destinatario della misura. Parlare di un paternalismo *ad hoc* significa escludere la possibilità di ricorrere ad un test sempre valido in ragione del quale valutare l'opportunità o meno dell'intervento; si pone cioè la necessità di un'attenta analisi degli elementi caratterizzanti il caso specifico, prescindendo da una valutazione in termini di capacità in astratto. Tale approccio depotenzia la pervasività dell'intervento paternalistico e induce a riconoscere come tali anche quei casi in cui vi è una chiara spinta paternalistica, ma la stessa viene celata attraverso la rilevanza accordata ad altri elementi, come la capacità. D. Kennedy, *Distributive and paternalism motives in contract and tort law, with special reference to compulsory terms and unequal bargaining power*, cit.

<sup>553</sup> *Ibidem*.

affrontare il problema dell'esclusione nel suo insieme, considerandone tanto il profilo economico, quanto quello sociale.

Libertà contrattuale e parità di trattamento, non sono gli opposti di una medaglia tra cui scegliere, ma il risultato di una ponderazione degli interessi di volta in volta coinvolti, rispetto alla quale affermare la prevalenza dell'uno non esclude il riconoscimento dell'altro.

La domanda che occorre porsi è se allo stato attuale dell'elaborazione giuridica sussistono strumenti idonei per rispondere all'esclusione sociale così come si è cercato e si è in parte riusciti a fare per l'esclusione economica o se invece il pregiudizio sotteso al comportamento discriminatorio non sia ancora in grado di assumere rilevanza giuridica, almeno nel diritto privato.

Tali considerazioni assumono particolare significato in considerazione dei compiti che vengono progressivamente attribuiti al diritto privato e, in particolare, al diritto dei contratti rispetto alle istanze sociali. In proposito è stato osservato come l'idea di una "società giusta" dipenda almeno in parte dal diritto dei contratti e che quindi il problema della giustizia contrattuale esprime anche una questione di giustizia sociale<sup>554</sup>.

---

<sup>554</sup> M. W. Hesselink, *Five political ideas of European contract law*, in *European Review of Contract Law*, 2011, 295 ss.



## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV. «Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo. Un manifesto. Gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo.» *Rivista critica del diritto privato*, 2005: 99 ss.
- Ajres, Ian. «Fair Driving: Gender and Race Discrimination in Retail Car Negotiation.» *Harvard Law Review*, 1991: 817-872.
- Alpa, Guido. «I principi generali.» In *Trattato di diritto privato*, a cura di Giovanni Iudica, & Paolo Zatti, 63 ss. Milano: Giuffrè Editore, 2006.
- Alpa, Guido. «Libertà contrattuale e tutela costituzionale.» *Rivista critica del diritto privato*, 1995: 49 ss.
- Antonucci, Antonella. «Premio unisex: il paradosso della parificazione semplificata.» *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2011: 493-501.
- Argiolas, Bernardo. «Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche.» *Giornale di diritto amministrativo*, 2001: 191-201.
- Azzariti, Gaetano. «Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei diritti di Nizza.» In *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di Massimo Siclari. Torino: Giappichelli, 2003.
- Barbera, Marzia. «Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità.» In *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, a cura di Marzia Barbera, XIX-XLVI. Milano: Giuffrè Editore, 2007.
- Barbera, Marzia. «Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi.» In *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, a cura di Marzia Barbera, 289-346. Milano: Giuffrè Editore, 2007.
- Barcellona, Mario. «Dei fatti illeciti (art. 2043 c.c., art. 96 c.p.c.).» In *Commentario del Codice civile*, a cura di Ugo Carnevali, 215. Torino, 2011.
- Barcellona, Mario. «L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico.» *Rivista di Diritto Civile*, 2014: 467.

- Barcellona, Mario. «L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali.» In *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, a cura di Cesare Salvi, 155-172. Torino: Giappichelli Editore, 2012.
- Barcellona, Pietro. *Libertà contrattuale, (voce)* . Vol. XXIV, in *Enciclopedia del diritto*, 489. Milano, 1974.
- Barcellona, Pietro. *Obbligo di contrarre, disciplina anti-trust e tutela del consumatore-acquirente*. Palermo: Ires, 1969.
- Berizzi, Paolo. «Niente soldi per la casa a coppia gay: "non siete come marito e moglie".» *LaRepubblica.it*. 14 02 2013. [http://www.repubblica.it/cronaca/2013/02/14/news/niente\\_soldi\\_per\\_la\\_casa\\_a\\_coppia\\_gay\\_non\\_siete\\_come\\_marito\\_e\\_moglie-52588532/](http://www.repubblica.it/cronaca/2013/02/14/news/niente_soldi_per_la_casa_a_coppia_gay_non_siete_come_marito_e_moglie-52588532/) (consultato il giorno 08 2013, 10).
- Berselli, Edmundo. *L'economia giusta*. Torino: Einaudi, 2010.
- Betti, Emilio. «Il negozio giuridico in un'apubblicazione recente.» *Giurisprudenza italiana*, 1947.
- Betti, Emilio. «Teoria generale del negozio giuridico.» In *Trattato Vassalli*. Torino, 1960.
- Bianca, Cesare Massimo. «Il contratto» In *Diritto civile*, 371. 2004.
- Bianchini, Maurizio. « Positivismo e non nel diritto dell'impresa: a proposito dei fondamenti dell'abuso dell'autonomia contrattuale nel "tempo dell'economia" (con particolare riguardo ai rapporti B2C).» In *Res iudicata. Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*, a cura di Claudio Sarra, & Daniele Velo Dalbrenta, 33-122. Padova: Padova University Press, 2013.
- Biscaretti Di Ruffia, Paolo. *Uguaglianza (principio di)*. Vol. XIX, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1089 ss. Torino, 1973.
- Bouchard, Marco. «Discriminazione a Milano: rifiuto di stipulare contratti di locazione con extracomunitari di colore.» *Questione giustizia*, 2000: 594-596.

- Braga, Gianluca. «Il principio di eguaglianza nell'ordinamento europeo.» In *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, a cura di Stelio Mangiameli, 299-329. Milano: Giuffrè, 2006.
- Breccia, Umberto. «L'abuso del diritto.» In *Diritto privato*. 1997.
- Cafaro, Susanna. «L'abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali.» *Diritto dell'Unione Europea*, 2003: 291.
- Calderai, Valentina. «Giustizia contrattuale.» *Enciclopedia del diritto*, 2014: 447-476.
- Camardi, Carmelita. «I contratti di distribuzione come contratti di "rete".» In *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di Paola Iamiceli, 225. 2009.
- Camardi, Carmelita. «La distribuzione "vigilata" dei cosmetici nel mercato unico. Aspetti contrattuali.» *Ricerche giuridiche*, 2014: 69-96.
- Camardi, Carmelita. «Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo.» *Europa e diritto privato*, 2008: 831-891.
- Cantaro, Antonio. «Diritti sociali e neocostituzionalismo europeo.» In *Diritti e società di mercato nella scienza giuridica europea*, a cura di Delia La Rocca, 91-135. Torino: Giappichelli Editore, 2006.
- Capuzzo, Giacomo. «"In mani esperte": il ruolo della legal expertise nei sistemi transnazionali.» *Rivista critica del diritto privato*, 2014: 523.
- Caragnano, Roberta. «La Corte di giustizia interviene sulla parità di trattamento tra uomini e donne e sulla rilevanza del genere quale fattore di rischio nelle prestazioni assicurative.» *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2011: 1194-1202.
- Carapezza Figlia, Gabriele. *Divieto di discriminazione e autonomia privata*. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2013.
- Carbone, Sergio Maria. «Brevi riflessioni sull'abuso del diritto comunitario: commercio internazionale ed esercizio delle libertà individuali.» *Diritto commerciale internazionale*, 2011: 67-83.
- Carusi, Donato. «Il principio di eguaglianza nel diritto civile: vecchie e nuove prospettive.» In *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti*

- discriminatori*, a cura di Paolo Morozzo della Rocca, 7-17. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.
- Carusi, Donato. *Principio di eguaglianza, diritto singolare e privilegio. Rileggendo i saggi di Pietro Rescigno*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998.
- Caruso, Daniela. «Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union After the New Equality Directives.» *Harvard International Law Journal*, 2003: 353.
- Caruso, Daniela. «Private Law and State-Making in the Age of Globalization.» *New York University Journal of International Law and politics*, 2006.
- Castronovo, Carlo. «Autonomia privata e Costituzione europea.» *Europa e diritto privato*, 2005: 29 ss.
- Celotto, Alfonso, Raffaele Bifulco, e Marco Olivetti. *Commentario alla Costituzione*. Torino: Utet, 2006.
- Checchini, Bianca. «Eguaglianza, non discriminazione e limiti dell'autonomia privata: spunti per una riflessione.» *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2012: 186-198.
- Cirillo, Francesco Maria. «La progressiva conoscenza del genoma umano: tutela della persona e problemi giuridici connessi con la protezione dei dati genetici.» *Rivista di diritto civile*, 2002: 399-420.
- Clarich, Marcello, e Raffaele Cassano. «Diritto delle comunicazioni elettroniche.» *Enciclopedia Treccani*. 2009. [http://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-delle-comunicazioni-elettroniche\\_\(XXI\\_Secolo\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-delle-comunicazioni-elettroniche_(XXI_Secolo)/) (consultato il giorno luglio 2015).
- Colangelo, Giuseppe. «Subfornitura, dipendenza economica ed obbligo di contrarre.» *Danno e responsabilità*, 2009: 997.
- Criscuolo, Fabrizio. «Autonomia negoziale e autonomia contrattuale.» In *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, a cura di Pietro Perlingieri. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2008.
- Cruciani, Luca. «Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso di diritto.» *Rivista critica del diritto privato*, 2011: 473-502.

- D'Amico, Giovanni. «L'abuso della libertà contrattuale: nozione e rimedi.» In *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, di D'Amico Giovanni, & Stefano Pagliantini, 49-65. Torino: Giappichelli Editore, 2013.
- D'Amico, Giovanni. *Profili del nuovo diritto dei contratti*. Milano: Giuffrè Editore, 2014.
- D'Amico, Giovanni. «Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto.» *I Contratti*, 2010: 5-23.
- D'Amico, Giovanni. «L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori.» In *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, di Giovanni D'Amico, & Pagliantini Stefano, 1-447. Torino: Giappichelli Editore, 2013.
- D'Antonio, Virgilio. «I dati genetici.» In *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, a cura di Francesco Cardarelli, Salvatore Sica, & Vincenzo Zeno-Zencovich, 340 ss. Milano: Giuffrè Editore, 2004.
- De Martini, Angelo. «Obbligo a contrarre (voce).» In *Novissimo digesto italiano*, 693. Torino, 1965.
- Delli Priscoli, Lorenzo. «Abuso di dipendenza economica e abuso del diritto.» *Atti dei convegni associativi*. [www.orizzontideldirittocommerciale.it](http://www.orizzontideldirittocommerciale.it), 2011.
- Di Majò, Adolfo. «Obbligo di contrarre.» In *Enciclopedia giuridica*. 1991.
- Di Marzio, Fabrizio. «Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa.» *Rivista di diritto civile*, 2011: 491.
- Di Marzio, Fabrizio. «Teoria dell'abuso e contratti del consumatore.» *Rivista di diritto civile*, 2007: 10681.
- Fabbio, Philipp. «Abuso di dipendenza economica.» *Diritto on line, Enciclopedia Treccani*. 2012. [http://www.treccani.it/enciclopedia/abuso-di-dipendenza-economica\\_\(Diritto\\_on\\_line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/abuso-di-dipendenza-economica_(Diritto_on_line)/) (consultato il giorno 08 10, 2015).
- Ferrara, Gianni. «L'uguaglianza oggi.» In *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, a cura di Guido Alpa, & Vincenzo Roppo, 275-297. Roma: Editori Laterza, 2013.
- Foucault, Michel. *Gli anormali. Corso al Collège de France (1974-1975)*. Milano: Feltrinelli, 2009.
- Fredman, Sandra. «Equality: a New Generation?» *Industrial Law Journal*, 2001.

- Gagliardi, Maria. «L'interesse generale nel diritto comunitario e l'obbligo a contrarre nella r.c. auto: una “ventata” di solidarismo.» *Rivista di Diritto Civile*, 2011.
- Galasso, Alfredo. «Una riflessione introduttiva.» *Rivista critica del diritto privato*, 2012: 9-14.
- Galgano, Francesco. *Il diritto privato fra codice e Costituzione*. Bologna: Zanichelli, 1978.
- Galgano, Francesco. «Qui suo iure abutitur neminem laedet?» *Contratto e impresa*, 2011: 311.
- Garzia, Maria Antonia, e Bernadette Nicotra. «Nota alla sentenza del Tribunale di Padova del 19.5.05.» s.d.  
[http://www.pariopportunita.gov.it/images/stories/documenti\\_vari/UserFiles/Il\\_Dipartimento/UNAR/Giurisprudenza/nota\\_a\\_sentenza\\_padovana.pdf](http://www.pariopportunita.gov.it/images/stories/documenti_vari/UserFiles/Il_Dipartimento/UNAR/Giurisprudenza/nota_a_sentenza_padovana.pdf).  
 (consultato il giorno 07 10, 2015).
- Gattuso, Marco. «Ecco il nuovo testo sulle Unioni Civili.» *Articolo29*. 17 Marzo 2015. <http://www.articolo29.it/2015/testo-sulle-unioni-civili/> (consultato il giorno Luglio 20, 2015).
- Gattuso, Marco. «Orientamento sessuale, famiglia, eguaglianza.» *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011: 586 ss.
- Gazzoni, Francesco. *Equità e autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1970.
- Gazzoni, Francesco *Manuale di diritto privato*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.
- Gazzoni, Francesco *Obbligazioni e contratti*. Edizioni Scientifiche Italiane, 1996.
- Gentili, Aurelio. «Il diritto come discorso.» In *Trattato di diritto privato*, a cura di Giovanni Iudica, & Paolo Zatti. Milano: Giuffrè Editore, 2013.
- Gentili, Aurelio. «Il principio di non discriminazione nei rapporti civili.» *Rivista critica del diritto privato*, 2009: 207.
- Giovanardi, Elisabetta. «Bonus bebè, disparità di trattamento e “singolare” rimozione degli effetti discriminatori.» *Il Corriere del Merito*, 2009: 629-632.
- Giubboni, Stefano. «I diritti sociali nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona: paradossi, rischi e opportunità.» In *Diritto civile e principi*

- costituzionali europei e italiani*, a cura di Cesare Salvi, 95-119. Torino: Giappichelli Editore, 2012.
- Giubboni, Stefano. «L'ambigua "novità" dei diritti sociali europei.» In *Diritti e società di mercato nella scienza giuridica europea*, a cura di Delia La Rocca, 137-148. Torino: Giappichelli Editore, 2006.
- Giuliano, Fonderico. «Il servizio universale, l'elenco abbonati e gli obblighi di cooperazione tra i concorrenti.» *Giornale di Diritto amministrativo*, 2005: 832.
- Grisi, Giuseppe. *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*. Milano: Giuffrè, 1999.
- Grondona, Mauro. «Il contratto, l'ordinamento giuridico e la polemica tra Emilio Betti e Giuseppe Stolfi.» *Comparazione e diritto civile*, 2010: 1-30.
- Grosso, Patrizia. «Mercato unico europeo e concorrenza nel settore r.c. auto: l'obbligo a contrarre e i suoi limiti.» *Contratto e impresa/ Europa*, 2007: 814-832.
- Guiglia, Giovanni. «Non discriminazione ed uguaglianza: unite nella diversità.» *Gruppo di Pisa*, 2012.
- Haberl, Sonja Elisabeth. «Antidiscriminazione e stato liberale di diritto. Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto tedesco dei contratti.» *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009: 233-258.
- Haberl, Sonja Elisabeth. «Riflessioni sparse sul divieto di discriminazione nel diritto dei contratti.» *Politica del diritto*, 2011: 79-91.
- Hesselink, Martijn Willem. «Five Political Ideas of European Contract Law.» *European Review of Contract Law*, 2011: 295 ss.
- Hesselink, Martijn Willem. «The Values Underlying the Draft Common Frame of Reference: What Role for Fairness and "Social Justice"?» 2008. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2008/408312/I\\_POL-JOIN\\_ET%282008%29408312\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2008/408312/I_POL-JOIN_ET%282008%29408312_EN.pdf) (consultato il giorno 07 09, 2015).
- Kant, Immanuel. «Principi metafisici della dottrina del diritto .» In *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, di Immanuel Kant, a cura di

- Norberto Bobbio, Luigi Firpo, & Vittorio Mathieu, Traduzione di Gioele Solari, & Giovanni Vidari. Torino: Utet, 1965.
- Kelsen, Hans. *La dottrina pura del diritto (trad. it)*. Torino, 1963.
- Kennedy, Duncan. «Distributive and Paternalism Motives in Contract and Tort Law, With Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power.» *Maryland Law Review*, 1982.
- Kennedy, Duncan. «Form and Substance in Private Law Adjudication.» *Harvard Law Review*, 1976: 1685.
- Kennedy, Duncan. «The Political Stakes in “Merely Technical” Issues of Contract Law.» *European Review of Private Law*, 2001: 7-28.
- Kennedy, Duncan. «The Stage of the Decline of the Public/Private Distinction.» *University of Pennsylvania Law Review*, 1982: 1349.
- Kennedy, Duncan. «Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000.» In *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, a cura di D. M. Trubek, & A. Santos, 19-73. Massachusetts: Cambridge University Press, 2006.
- La Rocca, Delia. *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*. Torino: Giappichelli Editore, 2008.
- La Rocca, Delia. «Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi.» In *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, di Marzia Barbera, 289-346. Milano: Giuffrè, 2007.
- Laghi, Pasquale. *L'incidenza dei diritti fondamentali sull'autonomia negoziale*. Padova: CEDAM, 2012.
- Lanzilotta, Eugenio. «Sulla formazione del concetto di democrazia.» In *Alle radici della democrazia*, a cura di Eugenio Lanzilotta, & Antonio D'Atena. Roma: Carocci, 1998.
- Las Casas, Antonio. «Tratti essenziali del modello dell'abuso del diritto nei sistemi giuridici europei e nell'ordinamento comunitario.» *Comparazione e diritto civile*, 2013: 1-45.
- Libero Nocera, Ivan. «Buona fede e art. 41 Cost.: alla ricerca di un diritto contrattuale "giusto".» *IANUS*, 2011: 169-197.



- Libertini, Mario. «L'abuso di posizione dominante.» In *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Carlo Castronovo, & Salvatore Mazzamuto, 271 ss. Milano: Giuffrè, 2007.
- Libertini, Mario, e Sanfilippo, Pierpaolo. «Obbligo a contrarre.» Torino : UTET, 1995.
- Lucarelli, Francesco. *Solidarietà e autonomia privata*. Napoli: Jovene, 1970.
- Maffei, Daniele. *Discriminazione (diritto privato)*. Vol. IV, in *Enciclopedia del Diritto. Annali*, a cura di Paolo Grossi, Enzo Cheli, & Angelo Falzea, 490-509. Milano: Giuffrè Editore, 2011.
- Maffei, Daniele. «Il contraente e la disprità di trattamento delle controparti.» *Rivista di diritto privato*, 2006: 281.
- Maffei, Daniele. «Il contratto nella società multietnica: è un atto illecito la determinazione di un prezzo doppio per i clienti extracomunitari .» *Giurisprudenza italiana*, 2006: 951-962.
- Maffei, Daniele. «Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti .» *Nuove leggi civili commentate*, 2015: 161 ss.
- Maffei, Daniele. «Il divieto di discriminazione.» In *I "principi" del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, a cura di Giovanni De Cristofaro. Torino: Giappichelli, 2009.
- Maffei, Daniele. «Libertà contrattuale e divieto di discriminazione.» *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2008: 401-435.
- Maffei, Daniele. *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*. Milano: Giuffrè Editore, 2007.
- Marchetti, Piergaetano. *Boicottaggio e rifiuto di contrarre*. Padova: CEDAM, 1969.
- Marella, Maria Rosaria. «Il diritto di famiglia tra status e contratto: il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio.» In *I contratti di convivenza*, a cura di Enrico Moscati, & Andrea Zoppini. Torino: Giappichelli Editore, 2002.
- Marella, Maria Rosaria. «Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti.» *Rivista critica del diritto privato*, 2007: 67-103.

- Marella, Maria Rosaria. «The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe.» *European Review of Contract Law*, 2006: 257-274.
- Marella, Maria Rosaria, e Giovanni Marini. *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*. Bari: Editori Laterza, 2014.
- Marini, Giovanni. «Distribuzione e identità nel diritto dei contratti.» *Rivista critica del diritto privato*, 2010: 63-94.
- Marini, Giovanni. «Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale.» *Rivista critica del diritto privato*, 1986: 288.
- Maugeri, Maria Rosaria. «Reti contrattuali e abuso di dipendenza economica: alla ricerca di nuove discipline?» In *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di Paola Iamiceli, 309. 2009.
- Mazzamuto, Salvatore. *Il contratto di diritto europeo*. Torino: Giappichelli Editore, 2012.
- Meli, Marisa. «Contratti di distribuzione.» *Diritto on line, Enciclopedia Treccani*. 2012. [http://www.treccani.it/enciclopedia/contratti-di-distribuzione\\_%28Diritto-on-line%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/contratti-di-distribuzione_%28Diritto-on-line%29/) (consultato il giorno 09 08, 2015).
- Mengoni, Luigi. «Atonomia privata e Costituzione.» *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997: 1-20.
- Mengoni, Luigi. «Fondata sul lavoro: lavoro: la repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà.» *Jus*, 1998: 48 ss.
- Mengoni, Luigi. «Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione.» In *Persona e mercato. Lezioni*, a cura di Giuseppe Vettori. Padova, 1996.
- Messineo, Francesco. *Il contratto (voce)*. Vol. IX, in *Enciclopedia del diritto*, 803. Milano, 1961.
- Messinetti, Davide. «Abuso del diritto.» *Enciclopedia del diritto*, 1998: 1.
- Montesano, Luigi. *Obbligo a contrarre*. Vol. XXIX, in *Enciclopedia del Diritto*, 527. Milano, 1979.
- Morozzo della Rocca, Paolo. «Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 e 44 del t.u. sull'immigrazione.» *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2002: 112-147.
- Morozzo della Rocca, Paolo. «Il principio di dignità come clausola generale.» In *Il concetto di dignità nella cultura occidentale*, a cura di Giuseppe

- Giliberti, Gabriella Morisco, & Dolores Morondo Taramundi, 25 ss. Ares Edizioni, 2006.
- Mura, Loredana. «Il principio di eguaglianza nel diritto dell'Unione europea alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di assicurazioni.» *Studi sulla integrazione europea*, 2011: 555-583.
- Natoli, Roberto. «Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica.» *Contratti*, 2010: 524.
- Natoli, Ugo. «Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano.» *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958: 37.
- Navarretta, Emanuela. «Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo.» *Rivista di diritto civile*, 2005: 10507.
- Navarretta, Emanuela. «Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto.» *Rivista di diritto civile*, 2014: 560.
- Nervi, Andrea. *I contratti di distribuzione tra causa di scambio e causa associativa*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.
- Nicotra, Bernadette. «Diritto degli immigrati alla non discriminazione nell'accesso alle prestazioni di assistenza sociale.» s.d. <http://www.pariopportunita.gov.it/index.php/giurisprudenza/195-cittadinanza-e-diritti-sentenza-della-corte-costituzi>.
- Ninatti, Stefania. «Ieri e oggi delle tradizioni costituzionali comuni: le novità nella giurisprudenza comunitaria.» In *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, a cura di Giuseppe D'Elia, Giulia Tiberi, & Maria Paola Viviani Schlein. Milano: Giuffrè, 2012.
- Nivarra, Luca. «La disciplina della concorrenza: il monopolio. Art. 2597.» In *Il codice civile. Commentario*, a cura di Piero Schlesinger. Milano: Giuffrè, 1992.
- Nivarra, Luca *L'obbligo a contrarre e il mercato*. Milano: CEDAM, 1989.
- Nocera, Ivan Libero. «Buona fede e art. 41 Cost.: alla ricerca di un diritto contrattuale "giusto".» *IANUS*, 2011: 169-197.
- Olivetti, Marco. «Uguaglianza (voce).» In *Dizionario dei diritti umani*, a cura di Marcello Flores D'Arcais. Torino: Utet, 2007.

- Orlandi, Mauro. «Contro l'abuso del diritto.» *Obbligazioni e contratti*, 2010: 172.
- Osti, Cristoforo. *Nuovi obblighi a contrarre*. Torino: Giappichelli Editore, 2004.
- Paladin, Livio. *Eguaglianza (dir. Cost.)*. Vol. XIV, in *Enciclopedia del Diritto*. Milano, 1965.
- Pardolesi, Roberto. «Le intese verticali.» 2013. <http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-COMP-43-2013.pdf> (consultato il giorno 09 08, 2015).
- Pardolesi, Roberto. «Nuovi abusi contrattuali: percorsi di una clausolagenerale.» *Danno e responsabilità*, 2012.
- Pasetti, Giulio. *Parità di trattamento e autonomia privata*. Padova: CEDAM, 1970.
- Patti, Salvatore. «Autonomia contrattuale e diritto privato europeo.» *Contratto e impresa*, 2013: 663.
- Pignatelli, Nicola. «La convivenza “senza matrimonio” nella giurisprudenza costituzionale.» In *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario di Perugia del 18 marzo 2005*, a cura di Carlo Calvieri. Torino: Giappichelli, 2006.
- Pinelli, Cesare. «Il preambolo, i valori, gli obiettivi.» In *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, a cura di Franco Bassanini, & Giulia Tiberi, 67-74. Bologna: Il Mulino, 2010.
- Pino, Giorgio. «L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto.» *Ragion pratica*, 2005: 161-180.
- Piras, Antonio. «Principi del diritto comunitario e obbligo a contrarre nel ramo r.c. auto.» *Responsabilità civile e previdenza*, 2009: 2263.
- Pugliatti, Salvatore. «Della proprietà.» In *Commentario Codice Civile*, di Mariano D'Amelio, & Enrico Finzi. Firenze, 1942.
- Raiser, Ludwig. «Il compito del diritto privato.» A cura di Cosimo Marco Mazzoni, Traduzione di Michele Graziadei. Milano: Giuffrè Editore, 1990.
- Repetto, Giorgio. «“Non perdere il proprio mondo”. Argomenti dei giudici e matrimonio “same sex” tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale.» *Rivista critica del diritto privato*, 2010: 525 ss.

- Rescigno, Pietro. «Il matrimonio “same-sex” al giudizio di tre Corti.» *Corriere giuridico*, 2012: 861 ss.
- Rescigno, Pietro. «L'abuso del diritto (una significativa rimediazione delle Sezioni Unite).» *Corriere giuridico*, 2008: 745.
- Rescigno, Pietro. «L'abuso del diritto.» *Rivista di diritto civile*, 1965: 205.
- Rescigno, Pietro. *L'abuso del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1998.
- Rescigno, Pietro. *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*. Bologna: Il Mulino, 1966.
- Resta, Giorgio. «La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti).» *Rivista di Diritto Civile*, 2002.
- Restivo, Carmelo. *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*. Milano: Giuffrè Editore, 2007.
- Rodolfi, Marco. «Il sistema delle assicurazioni rc-auto non contrasta con la direttiva europea - L'obbligo di contrarre per le compagnie è giustificato dal perseguimento di obiettivi sociali .» *Il sole 24 ore*, 2009: 111.
- Rodolfi, Marco. «L'obbligo di contrarre per le compagnie è giustificato dal perseguimento di obiettivi sociali.» *Il sole 24 ore*, 2009: 111.
- Rodotà, Stefano. «Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile.» *Rivista di diritto commerciale*, 1967.
- Rodotà, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Bari: Editori Laterza, 2012.
- Rodotà, Stefano. «I nuovi diritti che hanno cambiato il mondo.» *La Repubblica*, 26 10 2004.
- Rodotà, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2004.
- Rodotà, Stefano. «Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela.» *Rivista critica del diritto privato*, 2000: 571-604.
- Romagnoli, Gianluca. «Obbligo a contrarre. Compatibilità con il diritto UE.» *Danno e responsabilità*, 2009: 903.
- Roppo, Vincenzo. *Diritto privato*. Torino: Giappichelli Editore, 2012.
- Rossetti, Marco. «Tanto tuonò che non piovve: come sopravvisse l'obbligo di contrattare.» *Corriere Giuridico*, 2010: 455.

- Sacco, Rodolfo. «Il contratto.» In *Tratatto di Diritto civile*, di Giorgio De Nova, & Sacco Rodolfo, a cura di Rodolfo Sacco. Torino: UTET, 2004.
- Sacco, Rodolfo. «L'abuso della libertà contrattuale.» In *Diritto privato*. 1997.
- Sacco, Rodolfo. «L'esercizio e l'abuso del diritto.» In *Trattato di diritto civile. Il diritto soggettivo*, di Guido Alpa, Michele Graziadei, Attilio Guarneri, Ugo Mattei, Pier Giuseppe Monateri, & Rodolfo Sacco. Torino: UTET, 2001.
- Sacco, Rodolfo. «Obbligazioni e contratti.», in *Trattato di diritto privato*, a cura di Pietro Rescigno, 363. Torino: UTET, 2002.
- Salvi, Cesare. «Abuso del diritto e abuso dei poteri del giudice.» *Rivista critica del diritto privato*, 2014: 27.
- Salvi, Cesare. «Abuso del diritto. Diritto civile.» In *Enciclopedia Giuridica* . 1988.
- Salvi, Cesare. «Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani: il problema.» A cura di Cesare Salvi, 1-21. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.
- Salvi, Cesare. «La proprietà privata e l'Europa.» *Rivista critica di diritto privato*, 2009.
- Salvi, Cesare. *Percorsi di diritto civile*. Perugia: Morlacchi, 2015.
- Santoro Passarelli, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. Napoli, 1989 (rist).
- Santosuosso, Amedeo. «Genetica, diritto e giustizia: un futuro già in atto.» In *I giudici davanti alla genetica*, a cura di Amedeo Santosuosso, Alberto Redi, & Silvia Garagna, 13-66. Pavia: Ibis, 2002.
- Scaffidi Runchella, Livio. «Ultreya coppie samesex! La Corte europea dei diritti umani sul caso Oliari e altri v. Italia.» *Articolo29*. 3 Agosto 2015. <http://www.articolo29.it/2015/ultreya-coppie-same-sex-corte-europea-dei-diritti-umani-caso-oliari-v-italia-2/> (consultato il giorno Agosto 22, 2015).
- Scaglione, Francesco. «L'abuso del diritto nel contratto.» In *Studi in onore di Lelio Barbiera*, 1313. Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.
- Schlesinger, Pietro. «L'autonomia privata e i suoi limiti.» *Giurisprudenza italiana*, 1999: 229-232.

- Smorto, Guido. «La giustizia contrattuale. Contributo alla definizione di un concetto.» In *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a cura di G. Tarello, 221. Il Mulino, 2008.
- Somma, Alessandro. «Principio di non discriminazione e cittadinanza nel diritto privato europeo.» In *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, a cura di Guido Alpa, Ubaldo Perfetti, Paolo Zatti, & Giovanni Iuduca, 259-280. CEDAM, 2009.
- Somma, Alessandro. *Temi e problemi di diritto comparato*. Torino: Giappichelli Editore, 2003.
- Sorrentino, Federico. *Eguaglianza*. Torino: Giappichelli, 2011.
- Stolfi, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*. Padova, 1947.
- Torrente, Andrea. «Emulazione (dir. civ.,).» *Novissimo digesto italiano*, 1975: 520.
- Troisi, Bruno. «Profili civilistici del divieto di discriminazione.» *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista. Atti del I convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile*. Napoli: S.I.S.Di.C., 2005. 304.
- Troisi, Claudia. *Divieto di discriminazione e forme di tutela. Profili comparatistici*. Torino: Giappichelli Editore, 2012.
- Tucci, Giuseppe. «Principio di eguaglianza e discriminazione per nazionalità e cittadinanza: "bonus bebè" e razzismo "padano".» *Rivista critica del diritto privato*, 2010: 677-699.
- Vettori, Giuseppe. «Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi.» In *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, a cura di Cesare Salvi, 135-153. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.
- Villanacci, Gerardo. «Autonomia privata e buona fede nella complessa relazione evolutiva con la normativa consumeristica.» *Contratto e impresa*, 2013: 919.
- Zatti, Paolo. *Maschere del diritto volti della vita*. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

## **DECISIONI**

### **CORTE DI GIUSTIZIA**

- 3 dicembre 1974, C-33/74, *van Binsbergen - Bedrijfsvereniging Voor De Metaalnijverheid*;
- 8 ottobre 1980, C-810/79, *Peter Uberschar – Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*;
- 11 dicembre 1980, C-31/80, *NV l'Oreal e SA l'Oreal c. PVBA de nieuwe AMCK*;
- 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros*;
- 10 febbraio 2000, C-50/96, *Deutsche Telekom AG c. Lilli Schroder*;
- 14 dicembre 2000, C-110/99, *Emsland-Stärke*;
- 19 ottobre 2004, C-200/02, *Chen*;
- 25 novembre 2004 - Causa C-109/03, *KPN Telecom BV c. Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA), Denda Multimedia BV e Denda Directory Services BV*;
- 22 novembre 2005, C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*;
- 5 luglio, 2007, C-321/05, *Hans Markus Kofoed contro Skatteministeriet*;
- 28 aprile 2009, C-518/06, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*;
- 1 marzo 2011, C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*.

### **TRIBUNALE DI PRIMO GRADO DELLE COMUNITÀ EUROPEE**

- 12 dicembre 1996, *Groupement d'achat Édouard Leclerc c. Commissione delle Comunità europee*, Causa T-19/92.

### **CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

- 27 novembre 2007, *Luczak c. Poland*, n. 77782/01;
- 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, ric. n. 30141/04;
- 21 luglio 2015, *Oliari e altri c. Italia*, nn. 18766/11 e 36030/11.



## **CORTE COSTITUZIONALE**

- 27 febbraio 1962, n. 7;
- 26 luglio 1979, n. 98;
- 24 maggio 1985, n. 161;
- 7 aprile, 1988, n. 404;
- 2 dicembre 2005, n. 432;
- 15 aprile 2010, n. 138.

## **CASSAZIONE CIVILE**

- 29 maggio 1993, n. 6031, Ss. Uu.;
- 20 aprile 1994, n. 3775;
- 4 luglio 1997, n. 6039;
- 25 marzo 1999, n. 2815;
- 25 luglio 2007, n. 16417;
- 18 settembre 2009, n. 20106;
- 15 marzo 2012, n. 4184;
- 9 febbraio 2015, n. 2400.

## **CONSIGLIO DI STATO**

- 12 febbraio 2014 n. 693, sez.VI, *Pfizer Italia s.r.l. et al. c. AGCM*.

## **TRIBUNALI**

- 30 marzo 2000, ord., Milano;
- 21 marzo 2002, ord., Milano;
- 19 maggio 2005, Padova;
- 10 giugno 2005, decr., Latina;
- 26 gennaio 2009, ord., Brescia;
- 20 febbraio 2009, ord., Brescia;
- 09 luglio 2009, ord., Bronte;
- 15 dicembre, 2009, Milano;

- 17 maggio 2010, ord., Bergamo;
- 23 luglio 2010, decr., Varese;
- 26 luglio 2010, ord., Milano;
- 29 settembre 2010, ord., Milano.

## **CORTI STRANIERE**

- 17 giugno 1968, Supreme Court of The United States 392 U.S. 409, *Jones v. Alfred H. Mayer Co.* (No. 645);
- 18 maggio 1986, *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537;
- 27 ottobre 1995, Cons. Etat., Ass., *Ville d'Aix-en-Provence*;
- 27 ottobre 1995, Cons. Etat., Ass., *Commune de Morsang-sur-Orge*;
- 4 gennaio 2011, Bristol County Court, *Martin Hall And Steven Preddy v. Peter Bull And Hazel Mary Bull*, case No 9BS02095;
- 10 febbraio 2012, Court of Appeal (Civil Division) on Appeal from Bristol Civil Justice Centre, *Bull & Bull v. Hall & Preddy*, [2012] EWCA Civ 83, Case No: B2/2011/0313 and B2/2011/0314;
- 18 ottobre 2012, Judiciary of England and Wales, *Michael Black and John Morgan v. Susanne Wilkinson*, Claim No 0UD02282.