

LE QUOTE DI GENERE NEI CONSIGLI DI AMMINISTRAZIONE DELLE SOCIETÀ: PROBLEMATICHE COSTITUZIONALI

1. *Le ragioni delle quote negli organi delle società.* — 2. *Un lungo iter legislativo, la legge n. 120 del 2011.* — 3. *Problematiche costituzionali.* — 4. *Le misure della legge n. 120 del 2011 e il diritto dell'Unione europea.* — 5. *Conclusioni.*

1. Le ragioni delle quote negli organi delle società.

Sull'esempio di molti altri paesi europei, è stata approvata anche in Italia una normativa in materia di parità di accesso agli organi delle società.

Al fine di risolvere la situazione di evidente squilibrio di genere ai vertici delle imprese italiane, infatti, la legge n. 120 del 2011¹ impone alle società quotate e alle società controllate dalle pubbliche amministrazioni, di riservare la quota di un terzo del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale al genere meno rappresentato.²

Nonostante siano passati ormai due anni dall'approvazione della legge n. 120 del 2011, il tema del riequilibrio di genere ai vertici delle società è più che mai attuale. Infatti la legge, obbligando le società a rispettare il criterio di riparto solo dal primo rinnovo degli organi sociali, successivo ad un anno dall'entrata in vigore della legge, avvenuta nel luglio del 2012, ha di fatto rimandato l'applicazione effettiva delle quote di ben due anni. Dalla primavera del 2013, stanno avvenendo i primi rinnovi dei consigli, che in forza dell'obbligo legislativo, consentiranno a più di 4000 donne di salire ai vertici di società quotate e a prevalente partecipazione statale.

Facendo un passo indietro, è interessante capire quali sono le ragioni che hanno spinto il legislatore ad introdurre misure vincolanti al fine di incrementare la partecipazione femminile negli organi sociali.

Dalle relazioni illustrative alla legge,³ si evince come il fine perseguito dal legislatore sia quello di risolvere la situazione di evidente squilibrio di genere che caratterizza la composizione degli organi di comando della società.

Stando ai dati forniti dalla Consob, al momento della presentazione della prima proposta di legge alla Camera, nel novembre del 2009, la rappresentanza femminile⁴ negli organi delle società italiane, era ferma al 6,7 %⁵ nelle società quotate, e al 4%⁶ nelle società controllate dalle pubbliche amministrazioni. Tali

* Cultrice della materia in Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano. [ceclia.siccardi@gmail.com]

¹ L. 12 luglio 2011, n. 120, Modifiche al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernenti la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate in mercati regolamentati (GU n.174 del 28-7-2011).

² In generale sulla legge n. 120 del 2011 M. D'AMICO, A. PUCCIO (a cura di), *Le quote di genere nei consigli di amministrazione delle imprese*, Franco-Angeli, Milano, 2013. Inoltre, si veda S. SACCHI, *Donne ai vertici nelle aziende: Che cosa prevede la nuova legge sulle quote di genere. Opportunità, regole, corsi per prepararsi*, Corriere della Sera, Milano, 2012; M. D'ASCENZO, *Fatti più in là. Donne al vertice delle aziende: le quote rosa nei C.d.a.*, Gruppo 24ore, 2011.

³ Relazione alla proposta di legge GOLFO ed altri(c 2426) presentata alla Camera il 9 maggio 2009; Relazione alla proposta di legge MOSCA ed altri (c 2956) presentata alla Camera il 18 Novembre 2009 in materia di "Modifica all'articolo 147-ter del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, in materia di parità di accesso agli organi di amministrazione delle società quotate in mercati regolamentati".

⁴ Per un quadro generale sui dati relativi alle disparità di genere si veda A. CASARICO, P. PROFETA, *Donne in attesa. L'Italia delle disparità di genere*, Egea, Milano, 2010.

⁵ M. BIANCO, A. CIARAVELLA, R. SIGNORETTI, *Women on boards in Italy*, in *Quaderno di finanza n. 70 Consob*, Roma, 2011, p. 11. La ricerca analizza la composizione dei consigli di amministrazione delle società quotate italiane, sino al 2011, indagando in partico-

percentuali, non solo erano ben al di sotto della media europea (12%), ma rappresentavano il valore più basso tra tutti i paesi europei.⁷

Tuttavia, non si tratta solo di una ragione democratica, ma la legge n. 120 del 2011 nasce anche dalla convinzione che il sostegno all'occupazione e alla carriera femminile sia un presupposto necessario per la crescita e lo sviluppo dell'intero sistema produttivo.

Si legge, infatti, nelle relazioni illustrative che "la sotto-rappresentanza femminile nelle posizioni apicali comporta la riduzione dell'ambito di risorse da cui il paese può attingere per il proprio sviluppo".⁸ Dei benefici economici dell'incremento della partecipazione femminile ai vertici dell'impresa è convinta anche la Commissione europea che, nel report "*Les femmes dans les instances de décision économique au sein de l'UE*",⁹ ha invitato gli Stati membri a non abbandonare le politiche di genere, perché è proprio nei momenti di crisi che l'Europa, puntando su una crescita inclusiva e intelligente, non può prescindere del potenziamento dei talenti femminili. Inoltre, consigli eterogenei in termini di genere comporterebbero vantaggi alle singole società in termini di miglioramento della performance finanziarie e di una più efficiente *governance* societaria. Non solo una ragione macroeconomica, ma anche microeconomica.

Uno dei primi studi condotti sul tema dall'associazione canadese *Catalyst*, mostra come società con maggior presenza femminile all'interno del board presentino, in media, performance finanziarie migliori.¹⁰ Alla stessa conclusione è giunta una ricerca del Gruppo *Cerved*, analizzando i risultati di 24.000 società italiane.¹¹

Nonostante non sia possibile stabilire un nesso di causa effetto tra la presenza equilibrata di genere all'interno del consiglio e le migliori performance finanziarie della società, ciò che è ampiamente condivisibile e dimostrato dalla letteratura economica di tutto il mondo, è l'effetto positivo della c.d. *diversity* sulla *governance* societaria. Ovviamente non è la presenza di donne di per sé a rappresentare un punto di forza per la società, ma l'eterogeneità del consiglio, che includendo un ampio raggio di competenze e punti di vista, dovrebbe essere più adatto a rappresentare i diversi interessi degli azionisti e a soddisfarne le richieste.¹²

Anche le Istituzioni europee non sono rimaste indifferenti al problema della sotto-rappresentanza femminile negli organi delle società. Parlamento e Commissione, da qualche anno ormai, hanno concentrato il loro impegno al fine di incrementare la partecipazione femminile nei processi decisionali. Le donne, infatti, pur rappresentando più della metà dei laureati in Europa non riescono a rompere quel "soffitto di cristallo", che le tiene lontane dalle posizioni di potere, non solo delle società, ma anche in politica e nelle pubbliche amministrazioni.

Così, il Parlamento europeo, sin dalla risoluzione parità uomo-donna 2010¹³ esorta, non solo le imprese, ma anche gli Stati ad introdurre misure vincolanti al fine di incrementare la partecipazione femminile ai vertici delle società. Importante pare una risoluzione del luglio del 2011,¹⁴ la quale occupandosi proprio del tema specifico della situazione femminile all'interno delle imprese, non si limitava a rivolgersi agli Stati mem-

lare se alcune caratteristiche societarie possano influire sulle probabilità che almeno una donna entri nel board. Esse sono: 1) presenza di legami familiari con il maggior azionista di controllo 2) dimensione della società 3) modello di controllo 4) settore di attività.

⁶ Dati Consob, rielaborati da *Aliberti Governance Advisors*, aggiornati al 2010.

⁷ COMMISSIONE EUROPEA, *Progressi nella parità tra uomini e donne*, relazione annuale 2010, Sec (2011) 193, Bruxelles, 2011. Per una classifica internazionale delle differenze di genere si veda *The Global gender gap report*, pubblicato annualmente dal *World Economic Forum*.

⁸ Così la relazione alla proposta di legge GOLFO ed altri (c 2426), cit., p. 2.

⁹ COMMISSION EUROPEENNE, *Les femmes dans les instances de décision économique au sein de l'UE, Une initiative Europe 2020*, Lussemburg, 2012. Nello stesso senso anche European Commission, *More women in senior position Key to economic stability and growth*, Bruxelles, 2010.

¹⁰ J. CARTER, H. WAGNER, S. NARAYANAN, *The bottom line: corporate governance and women representation boards on boards*, Catalyst, 2007.

¹¹ CERVED GROUP, *Le donne al comando delle imprese il fattore D*, (a cura di) G. ROMANO, M. DE PAOLA, M. IAQUINTA, F. OLIVIERO, 2009, p. 15. Si vedano anche gli studi di MCKINSEY, *Women Matter*, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012.

¹² A. CASARICO, P. PROFETA, *Donne in attesa. L'Italia delle disparità di genere*, Egea, Milano, 2010, p. 76. Sull'impatto economico delle quote di genere si veda inoltre A. CASARICO, P. PROFETA, *L'impatto economico delle quote per la rappresentanza di genere*, in M. D'AMICO, A. PUCCIO (a cura di), *Le quote di genere nei consigli di amministrazione delle imprese*, cit., p. 79 ss.; A. ALIBERTI, A. PUCCIO, *L'importanza della massa critica delle donne nei consigli di amministrazione: a mo' di conclusione*, ivi, cit., p. 105 ss..

¹³ Risoluzione del Parlamento europeo del 10 febbraio 2010 sulla parità tra donne e uomini nell'Unione europea, 2009 (2009/2101(INI)).

¹⁴ Risoluzione del Parlamento europeo del 6 luglio 2011 sulle donne e la direzione delle imprese (2010/2115(INI)). Si vedano anche Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 marzo 2011 sulla parità tra donne e uomini nell'Unione europea - 2010 (2010/2138(INI)); Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2012 sulla parità tra donne e uomini nell'Unione europea - 2011 (2011/2244(INI)); Risoluzione del Parlamento europeo del 12 marzo 2013 sull'eliminazione degli stereotipi di genere nell'Unione europea (2012/2116(INI)).

bri, ma a causa degli scarsi risultati raggiunti, chiedeva alla Commissione di adottare una normativa vincolante al fine di risolvere l'evidente squilibrio di genere nelle maggiori società europee. Puntuale è stata la risposta della Commissione, la quale dopo aver sottoscritto un impegno formale "per più donne alla guida delle imprese"¹⁵ con le maggiori società europee (tra le quali non figurava neanche una società italiana), ha presentato nell'ottobre del 2012 una proposta di direttiva,¹⁶ che obbliga le società quotate a raggiungere il 40% di donne all'interno dei consigli entro il 2020. Le società pubbliche dovranno raggiungere lo stesso obiettivo entro il 2018.

Dunque, anche se la legge n. 120 del 2011 rappresenta un'assoluta novità nel panorama legislativo italiano, essa si inserisce in un contesto politico internazionale ed europeo favorevole all'introduzione di quote, considerate l'unica via per raggiungere risultati soddisfacenti.

In effetti, sono molti gli Stati in Europa che hanno approvato normative volte a promuovere una rappresentanza equilibrata in termini di genere all'interno delle società.¹⁷

Prima fra tutte la Norvegia, che dal 2003 obbliga società pubbliche e private a riservare il 40% di posti all'interno dei consigli di amministrazione alle donne. Inoltre, recentemente molti Stati hanno introdotto normative proprio sul "modello norvegese", al fine di tener fede alle richieste del Parlamento europeo.

Semplificando, si può affermare che i modelli introdotti dai vari paesi europei al fine di incrementare la partecipazione femminile all'interno degli organi sociali sono principalmente due:¹⁸

1. Introduzione in via legislativa di quote di genere, che a sua volta può presentarsi sotto la diversa forma dell'invito accompagnato da incentivi (es: Spagna), o sotto la forma di obbligo accompagnato da sanzione (es: Norvegia; Francia; Italia);

2. Introduzione di raccomandazioni non vincolanti all'interno dei Codici di corporate *governance* volti ad orientare l'autoregolamentazione delle società sulla base del principio del "conformarsi o giustificarsi" (es: Finlandia; Germania).

I dati mostrano come il modello più efficace sia quello dell'obbligo accompagnato da una sanzione. Infatti, in Norvegia¹⁹ dove le società che non rispettino le condizioni previste dalla legge rischiano lo scioglimento della società,²⁰ la rappresentanza femminile ai vertici delle società è stabile al 40%. In Spagna,²¹ dove al contrario, non sono previste sanzioni, ma solo incentivi economici a favore delle imprese che adottino i c.d. "piani di parità" volti all'incremento della partecipazione femminile ai vertici, la percentuale di donne è ferma all'11%,²² dato ben lontano dall'obiettivo del 40% prefissato dalla legge. Una buona soluzione di compromesso appare la scelta del legislatore francese, il quale pur non prevedendo una sanzione rigida come lo scioglimento, ha raggiunto ottimi risultati. Infatti, la legge francese comporta, da un lato, la nullità delle nomine al consiglio che non rispettino la quota del 40% riservata al genere meno rappresentato, dall'altro prevede la sospensione dei compensi degli amministratori quando la composizione del consiglio non rispecchi le condizioni legislative. Si tratta di una soluzione intelligente ed efficace, che non rischia di compromettere il funzionamento dell'intera società.

¹⁵ "Women on the Board Pledge for Europe", comunicato stampa 11/124 della Commissione Europea, 11 marzo 2011.

¹⁶ COMMISSIONE EUROPEA, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, riguardante il miglioramento dell'equilibrio di genere fra gli amministratori senza incarichi esecutivi delle società quotate in Borsa e relative misure, Bruxelles, 14.11.2012 COM(2012) 614 final, 2012/0299 (COD).

¹⁷ Per un quadro comparatistico delle leggi in materia di parità di accesso agli organi delle società si veda S. LEONE, in M. D'AMICO, A. PUCCIO (a cura di), *Le quote di genere nei consigli di amministrazione delle imprese*, cit., p. 87ss.; Per una visione globale delle soluzioni adottate dagli Stati di tutto il mondo al fine di incrementare la partecipazione femminile negli organi delle società si rimanda a J. SHAW, J. HEINACHER, I. LEE, *Women in boardroom, a global perspective*, Deloitte, 2010.

¹⁸ Così M. D'AMICO, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 110 ss.

¹⁹ Per avere un quadro completo di tutti gli interventi legislativi volti ad assicurare una rappresentanza equilibrata di genere in Norvegia si veda il sito del Ministero, *Ministry of children, equality and social inclusion*, www.regjeringen.no.

²⁰ Lo scioglimento della società è previsto in Norvegia per ogni violazione del *Public Limited corporate Act*. In caso di violazione di un obbligo imposto dalla legge, quindi anche nel caso di mancato rispetto del criterio di riparto nel C.d.a., il giudice può ordinare lo scioglimento della società. Nonostante, questa sanzione è stata da molti considerata eccessiva, bisogna considerare che lo scioglimento della società è una sanzione prevista in Norvegia dal 1976 e le esperienze di 30 anni hanno dimostrato che le società che rischiano lo scioglimento si conformano agli obblighi di legge nel tempo dovuto, evitando così l'intervento del giudice.

²¹ Sulla situazione spagnola si veda MINISTERO DE IGUALDAD, Obiettivo 15, *Informe 3 Estudio sobre la incorporacion de mujeres a consejos de administracion*, 2010, p.10; A. CARRASCO GALLEGU, J. LAFFARGA BRIONES, *La diversidad de genero en elCodigo unificado espanol y la practica empresarial*, Universidad de Sevilla, 2007. In relazione alla Ley de Igualdad M. CARBALLEIRA RIVERA, *La legge Spagnola per la parità tra uomo e donna*, in *Quaderni costituzionali*, 2007.

²² Sui dati relativi alla presenza femminile negli organi delle società di veda SPENCER & STUART, *España*, 2012.

Grazie alla legge n. 120 del 2011, nella risoluzione parità uomo e donna 2012²³, il Parlamento europeo ha citato l'Italia, tra gli esempi positivi da seguire per risolvere lo squilibrio di genere ai vertici delle società. Si tratta di un importante traguardo, per un paese che è sempre stato considerato in Europa, fanalino di coda per l'attuazione delle politiche di genere.

2. Un lungo iter legislativo: la legge n. 120 del 2011.

In un primo momento anche in Italia, come in Spagna e in Germania, si è tentato di introdurre nel Codice di autodisciplina della società quotate della Borsa italiana una raccomandazione non vincolante contenente l'invito a promuovere una rappresentanza di genere equilibrata all'interno degli organi societari.²⁴

Tuttavia, il fallimento di una riforma a livello di autoregolamentazione, il successo del "modello norvegese", la preferenza del Parlamento europeo e della Commissione verso l'introduzione di misure vincolanti hanno fatto propendere verso una riforma a livello legislativo. Nel giro di poco più di un anno, tra maggio 2009 e settembre 2010, sono state presentate due proposte di legge alla Camera (Golfo C.2426, Mosca C. 2956) e quattro disegni di legge al Senato (Germontani S. 1719, Bonfrisco S. 1819, Carlino S. 2194, Thaler Ausserhofer S. 2328), tutti volti ad introdurre misure vincolanti al fine di incrementare la partecipazione femminile all'interno degli organi sociali.

Di questi sei progetti di legge, solo le proposte presentate alla Camera (Golfo C.2426, Mosca C. 2956), confluite in un testo unificato, sono servite da base per l'approvazione definitiva. Alla Camera l'iter legislativo non ha subito particolari rallentamenti e, solo pochi mesi dopo la redazione del testo unificato, da parte della Commissione finanze,²⁵ si è giunti all'approvazione dell'aula.

Il testo unificato²⁶ approvato dalla Camera, come le proposte di legge originarie, era volto a modificare gli artt. 147ter e 148 del "Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria" (TUF), i quali prevedono che i componenti del consiglio di amministrazione, e del collegio sindacale siano eletti sulla base di liste di candidati.

Il provvedimento obbligava le società a prevedere, nei loro statuti, un criterio che assicurasse l'equilibrio tra i generi nell'elezione agli organi sociali, specificando altresì, che l'equilibrio si dovesse ritenere raggiunto quando il genere meno rappresentato avesse ottenuto almeno un terzo dei posti nell'organo sociale. Inoltre, il testo unificato accogliendo gli aspetti peculiari della proposta Mosca, prevedeva che l'applicazione del criterio di riparto avesse carattere temporaneo (3 mandati del consiglio di amministrazione) e allargava l'ambito di applicazione delle disposizioni, non solo alle società quotate in mercati regolamentati, ma anche alle società controllate dalle pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'art. 2359, comma primo e secondo Cod. Civ.

Queste previsioni, incontrando sin da subito l'accordo politico dei gruppi parlamentari di Camera e Senato, sono state accolte in via definitiva dalla legge n. 120 del 2011.

Altri due aspetti del testo approvato dalla Camera, invece, apparivano meno condivisibili. In primo luogo, il testo unificato comportava la decadenza automatica dell'organo sociale in caso di mancato rispetto dell'obbligo legislativo. In secondo luogo, si prevedeva che le società dovessero rispettare la quota di un terzo, dal primo rinnovo degli organi sociali successivo all'entrata in vigore della legge, senza alcuna gradualità nell'applicazione.

Tali criticità venivano messe in luce dalla Commissione Affari Costituzionali del Senato,²⁷ la quale osservava come la sanzione della decadenza rischiasse di comportare un'eccessiva limitazione della libertà

²³ Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2012 sulla parità tra donne e uomini nell'Unione europea - 2011 (2011/2244(INI)).

²⁴ Per la ricostruzione dell'iter legislativo che ha portato alla legge n. 120 del 2011 si veda M. D'AMICO, A. PUCCIO (a cura di), *Le quote di genere nei consigli di amministrazione delle imprese*, cit., p. 27ss..

²⁵ Prima della redazione del testo unificato, sono stati sentiti in Commissione Finanze numerosi esperti di *governance*, alta finanza, e diritto. Fra le audizioni si vedano L. ALIBERTI, *Il livello di rappresentanza e i trend di sviluppo*, in M. D'AMICO, A. PUCCIO (a cura di), *Le quote di genere nei consigli di amministrazione delle imprese*, cit., p. 44 ss.; M. D'AMICO, *Il nodo della costituzionalità, l'azione positiva*, ivi., p. 55 ss.; A. PUCCIO, *Requisiti, competenze e merito nella governance d'impresa e l'impianto sanzionatorio della legge*, ivi, p. 50 ss..

²⁶ Testo unificato C. 2956 "Modifiche al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernenti la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate in mercati regolamentati", approvato il 2 dicembre 2010.

²⁷ Commissione Affari Costituzionali del Senato, *Parere n. 266*, 1 Marzo 2011.

di iniziativa economica degli azionisti, e allo stesso tempo, invitava i gruppi parlamentari ad introdurre dei meccanismi di applicazione graduale della legge, in modo tale da rendere le misure meno invasive rispetto alla *governance* societaria.

In seguito alle osservazioni della Commissione, il Governo presentava due emendamenti²⁸, che hanno rappresentato il maggior ostacolo all'approvazione della legge n. 120 del 2011.

Il Governo, infatti, mirava a sostituire la sanzione della decadenza con sanzioni meramente pecuniarie, nonché a rimandare l'applicazione della legge ad un anno dalla sua entrata in vigore, scandendola in tre fasi temporali: durante il primo mandato si sarebbe applicata la quota di un decimo; nel secondo mandato la quota di un quinto; e solo nel terzo mandato (successivo al 2022) la quota di un terzo. Secondo i firmatari della proposta gli emendamenti del Governo, prevedendo una sanzione meno efficace, e rinviando di molto negli anni l'effettiva applicazione di una significativa quota riservata al genere femminile, snaturavano completamente la portata innovativa del provvedimento, finendo per cristallizzare e perpetuare per gli anni successivi la medesima composizione degli organi delle società quotate, bloccando di fatto ogni spinta al rinnovamento. Nonostante le difficoltà di conciliazione tra le posizioni espresse dal Governo e l'intento dei firmatari della proposta fossero evidenti, i gruppi parlamentari sono riusciti a proseguire nella discussione, e a trovare una soluzione di compromesso, presentando due sub-emendamenti²⁹. Il primo mirava a reintrodurre la sanzione della decadenza, preceduta però da un sistema progressivo composto da due diffide da parte della Consob, e una sanzione pecuniaria. In tal modo, la sanzione della decadenza non sarebbe stata più automatica, ma sarebbe intervenuta solo in caso di perpetrata inosservanza dell'obbligo. Il secondo di tali emendamenti, era invece volto a ridurre, da tre a due, le fasi di applicazione temporale della legge, prevedendo per il primo mandato la quota di un quinto, e per il secondo la quota di un terzo. Il parere negativo da parte del Governo, in relazione a quest'ultimo emendamento ha costretto il rinvio della votazione finale prevista proprio in occasione della festa della donna.

Tuttavia il Governo, pochi giorni dopo, tornava sui suoi passi, consentendo il riavvio dei lavori parlamentari. Così, nel giro di pochi mesi si arrivava all'approvazione definitiva della legge n. 120 del 2011, con il favore di tutte le forze politiche, ad eccezione dei parlamentari radicali, da sempre contrari alle quote.

Le soluzioni approvate in via definitiva rispecchiano il testo approvato dal Senato e rappresentano un compromesso tra la volontà dei gruppi parlamentari e le richieste governative.

Per quanto concerne la gradualità della legge, le norme approvate in via definitiva, da un lato, accolgono la volontà dei gruppi parlamentari di scandire l'applicazione in due fasi temporali, prevedendo per il primo mandato di applicazione la quota di un quinto, e per il secondo la quota di un terzo. Dall'altro la legge n. 120 del 2011, adeguandosi alle richieste governative, rinvia l'applicazione al primo rinnovo degli organi sociali, successivo ad un anno dall'entrata in vigore della legge. Si tratta di un aspetto non di poco conto, che come anticipato, ha di fatto rinviato l'effettiva applicazione dell'obbligo legislativo, alla primavera del 2013.

Per quanto riguarda il regime sanzionatorio, le norme della legge n. 120 del 2011 rispecchiano pienamente il contenuto del sub-emendamento presentato in Senato, al fine di mediare alla volontà governativa.

Infatti, la legge n. 120 del 2011 in caso di mancato rispetto del criterio di riparto da parte delle società quotate non prevede la decadenza automatica del C.d.a., ma dispone un sistema sanzionatorio progressivo e graduale. Più precisamente, qualora la composizione del consiglio di amministrazione non rispetti il criterio di riparto, la Consob diffida la società interessata affinché si adegui a tale criterio entro il termine massimo di quattro mesi dalla diffida. In caso di inottemperanza alla diffida, la Consob applica una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 100.000 a euro 1.000.000, e fissa un nuovo termine di tre mesi ad adempiere. In caso di ulteriore inottemperanza rispetto a tale nuova diffida, i componenti eletti decadono dalla carica. Lo stesso sistema sanzionatorio si applica in caso di mancato rispetto del criterio di riparto nel collegio sindacale. Tuttavia, in questo caso le sanzioni pecuniarie previste sono meno gravose: da euro 20.000 a euro 200.000. (art. 1 comma 3).

I criteri e le modalità rilevanti ai fini dell'applicazione della sanzione sono stati previsti, per quel che riguarda le società quotate, con regolamento adottato dalla Consob, la quale ha introdotto nel regolamento

²⁸ Atti Senato VI Commissione Permanente, *Resoconto sommario n. 229, emendamento del Governo n. 1.1000 a modifica dell'articolo 1, comma 1, alinea 1-ter e n. 2.1000 a modifica dell'articolo 2 del ddl s 2482*, 22 febbraio 2011.

²⁹ Atti Senato VI Commissione Permanente, *Resoconto sommario n. 235, Emendamento della relatrice Germontani 1.100/100*, 2 Marzo 2011.

emittenti³⁰ l'art. 144-undecies, proprio al fine di dare attuazione alle nuove disposizioni del TUF. La legge stabilisce inoltre, che lo stesso regolamento debba statuire in ordine alla violazione, all'applicazione ed al rispetto delle disposizioni in materia di parità di accesso agli organi delle società quotate. Il legislatore ha dunque, voluto circoscrivere l'intervento su assetti di natura economica e privata, affidando il controllo sull'applicazione, all'autorità meglio attrezzata per vigilare sul rispetto delle normativa da parte delle società quotate, incentivando al tempo stesso, il processo di autoregolamentazione.

Per quanto riguarda, invece, le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni, la legge demanda ad un regolamento governativo la definizione di termini e modalità di attuazione delle prescrizioni in tema di equilibrio dei generi negli organi sociali, con lo scopo di recare una disciplina uniforme per tutte le società interessate.

Il D.P.R. n. 251 del 2012,³¹ approvato con grande ritardo, attribuisce il compito di vigilare sul rispetto delle disposizioni della legge al Presidente del Consiglio dei Ministri o al Ministro delegato per le pari opportunità. Inoltre, è previsto anche un controllo diffuso. La situazione di squilibrio all'interno degli organi sociali, infatti, può essere fatta pervenire da "chiunque vi abbia interesse". Tale previsione faciliterà il compito del Dipartimento delle Pari opportunità, che nel vigilare sulle migliaia di società a partecipazione pubblica, troverà il sostegno delle associazioni femminili, dei media, dagli esperti di *governance*, dei dipendenti delle società e di tutte le persone convinte della necessità di un equilibrio di genere all'interno dei consigli.

Il sistema sanzionatorio invece, a differenza di quello previsto per le società quotate, non prevede l'applicazione di alcuna sanzione pecuniaria, ma in caso di mancata osservanza di due diffide da parte del Ministero delle Pari opportunità a ristabilire la situazione di equilibrio, i componenti del consiglio di amministrazione della società inadempiente decadono dalla carica.

La legge n. 120 del 2011 ha dato avvio ad un percorso normativo che dimostra l'impegno nel nostro legislatore nella promozione della pari opportunità fra uomini e donne, non solo nel mondo economico, ma anche nella politica e nelle professioni.

3. Problematicità costituzionali.

La legge n. 120 del 2011, introducendo veri e propri sistemi di quote all'interno degli organi sociali, apre problematiche costituzionali ampie e rilevanti in relazione al principio di uguaglianza e, in particolare, in relazione ai limiti costituzionalmente consentiti delle misure di attuazione dell'art. 3, comma 2., Cost.

Prima di affrontare il cuore del problema, è necessario tenere in considerazione che l'introduzione di sistemi di quote nell'ambito economico e dell'impresa genera problematiche che vanno al di là della normale dimensione del principio di uguaglianza, incidendo su altri diritti e interessi costituzionalmente garantiti.³² In questo caso, l'esigenza di parità effettiva tra i generi all'interno degli organi sociali sembrerebbe entrare in conflitto con la libertà degli azionisti di scegliere gli amministratori che ritengono più idonei e competenti a gestire l'impresa, o che meglio rappresentano i loro interessi.

Se misure volte a promuovere le pari opportunità fra uomini e donne nel settore economico sono già state valutate positivamente dalla Corte costituzionale, in quanto "svolgimento immediato del dovere fondamentale - che l'art. 3, secondo comma, della Costituzione assegna alla Repubblica" (Corte Cost. sent. n. 109 del 1993)³³ e "quale presupposto del pieno esercizio dei diritti fondamentali" (Corte Cost. sent. n. 422 del 1995),³⁴ le norme della legge n. 120 del 2011 potrebbero rientrare tra quei provvedimenti che legittimamente

³⁰ Regolamento di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli emittenti.

³¹ D.P.R., 30 novembre 2012, n. 251, Regolamento concernente la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo nelle società costituite in Italia, controllate da pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'articolo 2359, commi primo e secondo, del Codice civile, non quotate in mercati regolamentati, in attuazione dell'articolo 3, comma 2, della legge 12 luglio 2011, n. 120 (GU n.23 del 28-1-2013).

³² Sull'ammissibilità delle azioni positive nel settore privato A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, CEDAM, Parma, 2002, p. 309 ss.

³³ Corte Cost. sent. 26 marzo 1993, n. 109, in *Giur. Cost.* 1993, p.873 ss.; con osservazioni di A. ANZON, *L'additività di principio nei giudizi in principale*, ivi, p. 890 ss.; M. AINIS, *L'eccezione e la sua regola*, ivi, p.891ss.

³⁴ Corte Cost. sent. 12 settembre 1995, n. 422, in *Giur. Cost.* 1995, p. 3255 ss.; a commento della sentenza U. DE SIERVO, *La mano pesante della Corte sulle quote nelle liste elettorali*, ivi, 1995, p. 3268 ss.; G. BRUNELLI, *Elettorato attivo e passivo (e applicazione estesa dell'illegittimità consequenziale) in due recenti pronunce costituzionali*, ivi, p. 3273 ss.; G. CINANNI, *Le leggi elettorali e azioni positive in favore delle donne*, ivi, p. 3283 ss.. Inoltre, si veda M. D'AMICO, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, cit., p. 28 ss.; A. D'ALOIA, *Le quote elettorali in favore delle donne: il nuovo contesto costituzionale e il precedente*, in *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, (a cura di) R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Torino, 2002, p. 51 ss.; E. ROSSI, *Tra eguaglianza formale*

stimolano e coordinano l'attività privata a fini sociali (art. 41, comma 3, Cost.). Alla luce del carattere obbligatorio, e non meramente promozionale della legge n. 120 del 2011, tali considerazioni meriterebbero un'analisi approfondita.³⁵ Tuttavia, in questa sede, si ritiene preferibile concentrarsi sulle problematiche relative al principio di uguaglianza, le quali maggiormente mettono in discussione la legittimità costituzionale delle misure in esame.

Partendo dall'analisi della norma, è necessario notare che la legge n. 120 del 2011 non attribuisce esplicitamente alle sole donne la riserva di posti all'interno del consiglio di amministrazione, bensì si riferisce al "genere meno rappresentato". Infatti, nonostante la dichiarata finalità del legislatore "di riequilibrare l'accesso alle cariche direttive delle sole società quotate in borsa che, (...) sono quasi «off-limits» per le donne",³⁶ la legge consente di attribuire la riserva di posti indifferentemente a candidati di genere maschile, come a candidati di genere femminile, alla sola condizione che essi facciano parte del genere meno rappresentato nell'ambito della tornata elettorale. In tal modo, il legislatore ha voluto evitare il rischio della discriminazione diretta nei confronti del genere maschile, e consentire anche agli uomini in quei contesti sociali dove risultino svantaggiati di poter beneficiare di tal misura. La scelta del legislatore è apprezzabile anche alla luce dei principi espressi dalla Corte costituzionale.³⁷

Se in un primo momento la Corte, ponendo l'accento sull'intenzione del legislatore di favorire l'accesso femminile alle assemblee elettive, ha considerato qualsiasi disposizione tendente ad introdurre riferimenti al sesso contraria al principio di uguaglianza formale (Corte Cost. sent. n. 422 del 1995), ha poi cambiato orientamento, e l'utilizzo della formulazione neutra diviene fondamentale alla luce della sentenza n. 49 del 2003³⁸.

Tuttavia, le norme della legge n. 120 del 2011, pur essendo formulate in modo neutro, non sono volute ad evitare una semplice discriminazione, ma al contrario, esse comportano una deroga al principio di uguaglianza formale in attuazione degli scopi di cui al secondo comma dell'art. 3, comma 2, Cost. Ciò è reso evidente dal fatto che, a differenza delle norme oggetto della sent. n.49 del 2003, esse non si limitano ad agire sulle liste di candidati nella "misura minima di non discriminazione", bensì attribuiscono una vera e propria quota direttamente all'interno dell'organo sociale. In altre parole, la legge n. 120 del 2011 non si limita a garantire parità di chances nella competizione fra i candidati al consiglio, ma garantisce al genere meno rappresentato il risultato dell'elezione. E tale considerazione sembrerebbe rafforzata dal fatto che la legge prevede ingenti sanzioni per il mancato rispetto del criterio di riparto.

Si è, dunque, in presenza di una misura molto forte che, nonostante la formulazione neutra parrebbe presentare tutte le caratteristiche delle azioni positive c.d. forti, o di risultato.³⁹

Misure di tal genere parrebbero mal conciliarsi con i principi espressi dalla Corte costituzionale in relazione ai limiti di attuazione del principio di eguaglianza sostanziale, ed in particolare al principio secondo il quale "non paiono coerenti con le finalità del secondo comma dell'art 3 le misure che non si propongono di rimuovere gli ostacoli che impediscono alla donne di raggiungere determinati risultati bensì di attribuire loro direttamente quei risultati medesimi" (Corte Cost. sent. n. 422 del 1995).⁴⁰ Pur riferendosi allo specifico campo della rappresentanza politica, la Corte ricorda che, quando si è trovata a valutare positivamente misure di attuazione del principio di eguaglianza sostanziale, come le azioni positive in materia di imprenditoria

ed eguaglianza sostanziale: la sentenza n. 422/95 nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in *Le pari opportunità nella rappresentanza politica e nell'accesso al lavoro. I sistemi di quote al vaglio di legittimità*, (a cura di) S. SCARPONI, TRENTO, 1997, p. 107 ss.

³⁵ Così A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, cit., p. 321. L'A. sostiene che rimanendo al di sopra del contenuto minimo dell'iniziativa economica e privata, non appare impraticabile la sperimentazione anche nel settore privato (...) di un modello obbligatorio di azioni positive. Diversamente, A. PACE, *L'iniziativa economica e privata*, in AA.VV. *Studi in Memoria di Franco Piga*, vol. II, Milano, p. 1624, ritiene preferibile l'introduzione di discipline che tendano a sviluppare l'attività economica attraverso strumenti indiretti, incentivi economici e sgravi fiscali.

³⁶ Relazione alla proposta di legge GOLFO, cit., 2009.

³⁷ Così M. D'AMICO, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, cit., p. 115.

³⁸ Corte Cost. sent. 13 febbraio 2003, n. 49, in *Giur. Cost.* 2003, p. 353 ss.; con note di L. CARLASSARE, *La parità di accesso alle cariche elettive nella sentenza n. 49: la fine di un equivoco*, ivi, p. 364 ss.; S. MABELLINI, *Equilibrio dei sessi e rappresentanza politica: un revirement della Corte*, ivi, p. 372 ss.. A commento della sent. n. 49 del 2003 si veda anche M. D'AMICO, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, cit., p. 34 ss.; G. BRUNELLI, *Un overruling in tema di norme elettorali antidiscriminatorie*, in *Le Regioni*, 2003, p. 902 e ss.; A. DEFFENU, *Parità tra i sessi in politica e controllo della Corte: un revirement circondato da limiti e precauzioni*, in *Le Regioni*, 2003, p. 918 ss.; M. CAIELLI, *Le azioni positive in materia elettorale: un revirement della Corte Costituzionale?*, in *Giur. It.*, 2003, p. 236 ss..

³⁹ Sui modelli di azioni positive si veda L. GUAGLIONE, *Le azioni positive modelli e tipologie*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1994, p. 28 ss.; L. GAETA, L. ZOPPOLI, *Il diritto diseguale, la legge sulle azioni positive*, Torino, 1992.

⁴⁰ Così anche M. D'AMICO, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, cit., p. 114 ss.

femminile (legge 25 febbraio 1992, n. 215)⁴¹, si è sempre trattato di misure “volte a promuovere l’eguaglianza dei punti di partenza e a realizzare la pari dignità sociale di tutti i cittadini, secondo i dettami della Carta Costituzionale.”

Sulla stessa linea della Corte di giustizia, dunque, la Corte costituzionale sembra chiudere ogni porta all’ingresso nel nostro ordinamento delle azioni positive forti, riproponendo la nota distinzione coniata dalla dottrina tra azioni positive ammissibili, poiché volte a garantire parità di chances fra gli individui e, azioni positive inammissibili poiché volte a garantire direttamente un risultato.⁴²

Il rifiuto della politica delle quote nasce proprio dall’interpretazione da parte della giurisprudenza costituzionale della formula linguistica dell’art 3, comma 2, Cost. “rimozione degli ostacoli” come garanzia delle parità di chances tra gli individui, e dalla convinzione secondo la quale misure volte all’attribuzione di un risultato, non sarebbero idonee a rimuovere gli ostacoli e a compensare le diseguaglianze materiali fra i cittadini.

Questo, tuttavia, non è sempre vero. Infatti, vi sono dei casi in cui misure volte all’attribuzione diretta di un risultato, non solo sono idonee a rimuovere gli ostacoli, ma rappresentano anche l’unica via per consentire un’effettiva parità, la quale in mancanza di strumenti adeguati, rischierebbe di divenire solo un miraggio. La sola parità dei punti di partenza non comporta, di per sé e in tutte le situazioni, il raggiungimento di una situazione di uguaglianza effettiva.⁴³ Ed è forse proprio il caso del mondo delle società dove, misure promozionali volte al riequilibrio dei punti di partenza, sono sì necessarie per attenuare gli ostacoli alla carriera femminile e a promuovere l’avanzamento in carriera delle donne fino ad arrivare alle posizioni apicali, ma non consentono di per sé, il riequilibrio di genere all’interno dei consigli. L’ostacolo principale al riequilibrio di genere all’interno dei consigli di amministrazione attiene alle modalità di selezione degli amministratori, i quali vengono spesso cooptati e scelti tra una ristrettissima cerchia di uomini, già conosciuti nell’ambiente. Per dirlo con le parole del Ministro norvegese Gabrielsen: *“ho visto come vengono scelti i membri dei board, vengono tutti dallo stesso circolo stretto di persone, vanno a caccia e a pesca insieme sono amici. Per cambiare queste abitudini è necessario l’intervento del legislatore”*.⁴⁴ Dunque, la presenza di un’elevata percentuale di donne con i requisiti richiesti per la carica di amministratore (quindi negli stessi punti di partenza degli uomini) non comporta automaticamente l’ingresso di donne nei consigli. È evidente che sarebbe preferibile risolvere le cause strutturali che determinano la sotto-rappresentanza femminile nelle posizioni apicali e dirigenziali delle società, senza dover ricorrere alle quote. Tuttavia, nella visione del legislatore sarà proprio l’ingresso di un maggior numero di donne nei consigli, a comportare l’attenuazione degli ostacoli alla carriera femminile, determinando un cambio di mentalità nelle politiche aziendali.

Sorge a questo punto una domanda: quando misure promozionali, volte al riequilibrio dei punti di partenza, non paiono adeguate a raggiungere gli scopi prefissati dall’art 3, comma 2, Cost., il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica economica e sociale del Paese, è possibile intervenire con strumenti adeguati e proporzionati alla situazione che si intende modificare?

Tale possibilità è esclusa con fermezza dalla Corte costituzionale nell’ambito della rappresentanza politica.⁴⁵ Infatti, se da un lato, anche grazie all’intervento di riforme costituzionali, l’evoluzione giurisprudenziale riguardo a misure volte al riequilibrio di genere nelle assemblee elettive è evidente, dall’altro rimane fermo il principio secondo il quale “non paiono coerenti con le finalità del secondo comma dell’art 3 le misure che non si propongono di rimuovere gli ostacoli che impediscono alla donne di raggiungere determinati risul-

⁴¹ L. 25 febbraio 1992, n. 215, Azioni positive per l’imprenditoria femminile, (GU n.56 del 7-3-1992).

⁴² Ci si riferisce in particolare alla pronunce *Kalanke c. Bremen* C-450/95, sentenza del 17 ottobre 1975, Racc. I-3051, p.196 ss.. Per un’analisi congiunta delle due pronunce G. OLIVIERO, *Lavoro femminile e quote riservate*, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 1997, n. 1, p.37 ss.; M. V. BALLESTRERO, *Azioni positive e quote nel giudizio di due autorevoli Corti*, in *Le pari opportunità nella rappresentanza politica e nell’accesso al lavoro. I sistemi di quote al vaglio di legittimità*, (a cura di) S. SCARPONI, Trento, 1997, p. 43; M. BARBERA, *L’eccezione e la regola, ovvero l’eguaglianza come apologia dello status quo*, in *Donne in quota*, (a cura di) B. BECCALLI, Milano, 1999, p.91 ss.

⁴³ M. V. BALLESTRERO, *Azioni positive e quote nel giudizio di due autorevoli Corti*, cit., p. 43.

⁴⁴ Così il Ministro in un’intervista al *The Guardian* nel 2005, subito prima dell’approvazione della legge norvegese in materia di parità di accesso agli organi delle società. GWLADYS FOUCHÉ, *A women Place on Board*, *The Guardian*, 10 August, 2005.

⁴⁵ In generale sulla rappresentanza di genere nelle assemblee elettive M. D’AMICO, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, cit., 2011. M. D’AMICO, S. CATALANO, *Le sfide della democrazia paritaria. La parità dei sessi fra legislatore, Corte costituzionale e Giudici*, in *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, (a cura di) G. D’ELIA, G. TIBERI, M. P. VIVIANI SHLEIN, Giuffrè, Milano, 2012.

tati, bensì di attribuire loro direttamente quei risultati medesimi". (Corte Cost. sent. n. 422 del 1995; n. 49 del 2003; n. 4 del 2010⁴⁶).

Tuttavia, è necessario tenere in considerazione che nell'ambito della rappresentanza politica l'esigenza di parità effettiva tra i generi non può arrivare a sacrificare principi supremi del nostro ordinamento, quale il carattere unitario e infrazionabile della rappresentanza,⁴⁷ o diritti fondamentali e inderogabili dei cittadini, quali il diritto di voto ed il diritto all'elettorato passivo⁴⁸.

In effetti, dall'analisi della giurisprudenza costituzionale si evince che misure volte al riequilibrio di genere nelle assemblee elettive incontrano due ordini di limiti differenti. Da un lato, esse non possono attribuire direttamente un risultato senza fuoriuscire dai limiti dell'art. 3, comma 2, Cost. Dall'altro, esse non possono alterare il contenuto di diritti fondamentali e inderogabili degli individui.

La Corte costituzionale, infatti, individua nell'inizio della competizione elettorale, il momento in relazione al quale le azioni positive non sono ammissibili. Infatti, nel momento in cui si avvia la competizione elettorale esse avrebbero come effetto quello di incidere sulla parità di chances fra i singoli candidati, incidendo quindi, sul contenuto di diritti fondamentali (Corte Cost. n. 422 del 1995; Corte Cost. n. 49 del 2003). Il limite della "candidabilità" rimane fermo anche quando, nella sent. n. 4 del 2010, la Corte arriva a ricollegare in modo esplicito⁴⁹ il principio di eguaglianza sostanziale in relazione all'accesso alle cariche elettive, come sancito dal nuovo art. 51⁵⁰ e dall'art. 117, comma 7, Cost.⁵¹

Si tratta di capire, dunque, se l'ammissibilità di misure volte a garantire direttamente un risultato dipenda da logiche interne al principio di eguaglianza sostanziale, o se al contrario, essa possa dipendere anche dai diritti che tali misure rischierebbero di sacrificare nello specifico ambito di riferimento.⁵²

Ed è la stessa Corte, a mettere in evidenza la rilevanza dell'ambito di riferimento quando afferma che se le azioni positive "possono certamente essere adottate per eliminare situazioni di inferiorità sociale ed economica, o, più in generale, per compensare e rimuovere le diseguaglianze materiali tra gli individui (quale presupposto del pieno esercizio dei diritti fondamentali), non possono invece incidere direttamente sul contenuto stesso di quei medesimi diritti, rigorosamente garantiti in egual misura a tutti i cittadini in quanto tali" (Corte Cost. sent. n. 422 del 1995).

⁴⁶ Corte cost., sent. 14 gennaio 2010, n. 4, in *Giur. cost.*, 2010, p. 79 ss.; con note di L. CARLASSARE, *La legittimità della preferenza di genere una nuova sconfitta della linea del Governo*, ivi, p. 81 ss., e S. LEONE, *La preferenza di genere come strumento per ottenere indirettamente ed eventualmente il risultato di un'azione positiva*, ivi, p. 93 ss. Inoltre, si veda M. D'AMICO, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, cit., p. 43 ss.; L. CALIFANO, *L'assenso coerente della Consulta alla preferenza di genere*, in *Forum dei quaderni costituzionali*, 2010; M. RAVERAIRA, *Preferenza di genere: azione positiva o norma antidiscriminatoria?*, in *Federalismi.it*, 2010; V. COCOZZA, *Memoria per l'udienza del 15/12/2009*, in *Federalismi.it*, 2010; G. FERRI, *Le pari opportunità nell'accesso alle cariche elettive e la preferenza di genere in Campania*, in *Forum dei quaderni costituzionali*, 2010;

⁴⁷ Nel nostro ordinamento il carattere unitario della rappresentanza politica è derogato a tutela delle minoranze linguistiche, mediante norme di rango costituzionale, come lo Statuto speciale della Regione del Trentino Alto Adige. Per un confronto tra la sentenza n. 422 del 1995 e le sentenze in materia di tutela alle minoranze linguistiche si veda G. CINANNI, *Liste elettorali e azioni positive in favore delle donne*, cit., p. 3283 ss.; R. TONIATTI, *Identità, eguaglianza e azioni positive*, in *Le pari opportunità nella rappresentanza politica e nell'accesso al lavoro. I sistemi di quote al vaglio di legittimità*, a cura di S. SCARPONI, Trento, 1997, p. 86 ss.;

⁴⁸ Sull'eguaglianza formale del voto come limite alle politiche egualitarie si veda R. DWORKING, *Discriminazione alla rovescia*, cit. 1982, p. 298; M. AINIS, *Azioni positive e principio d'eguaglianza*, in *Giur. Cost.* 1992, p. 586 ss.; l'A. ritiene che l'art 48 rappresenti "un'eccezione all'eccezione: e ciò dimostra che la regola dell'eguaglianza nei diritti torna a prevalere su quella sostanziale quando viene sorretta da altre disposizioni costituzionali."

⁴⁹ La Corte, pur non entrando nel merito della questione, aveva già contribuito a mettere fuori gioco le interpretazioni più restrittive dell'art 51 con l'ord. n. 35 del 2009, la quale ha dichiarato inammissibile una questione sollevata in materia di pubblico impiego proprio poiché non teneva conto del mutato quadro costituzionale. Si veda Corte cost., ord. 27 gennaio 2005, n. 39, con nota di A. DI BLASI, *Anche il Consiglio di Stato inciampa sulla parità dei sessi*, in *Giur. cost.*, 2005, 315 ss.; M. D'AMICO, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, cit., p. 41 ss..

⁵⁰ Sulla revisione costituzionale si veda M. AINIS, *La riforma dell'art. 51 e i suoi riflessi nell'ordinamento*, in *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, cit., p. 13 ss.; M. D'AMICO, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, cit., p. 37 ss.

⁵¹ Sulla portata dell'art. 117, comma 7, Cost. si veda L. CARLASSARE, *L'integrazione della rappresentanza: un obbligo per le regioni*, in L. CARLASSARE, A. DI BLASI, M. GIAMPERETTI, *La rappresentanza democratica delle leggi elettorali nelle scelte elettorali delle Regioni*, CEDAM, Padova, 2002, p. 6 ss.; M. CARTABIA, *Il principio di parità tra uomini e donne nell'art. 117, comma 7*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti Locali nel nuovo Titolo V*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 129 ss.

⁵² G. CINANNI, *Leggi elettorali e azioni positive*, cit., p.3290; sostiene che "se le norme che impongono di assicurare alle donne una riserva di posti nelle liste dei candidati, allo scopo di favorire un riequilibrio della rappresentanza politica fra i due sessi nei collegi elettivi sono costituzionalmente illegittime, ciò non deriva da una lesione del principio di uguaglianza formale che, in quanto tale, imporrebbe che i diritti fondamentali siano rigorosamente garantiti in misura eguale a tutti i cittadini. Tale illegittimità dovrebbe essere desunta dalla particolare dimensione che il principio di eguaglianza assume in relazione alla rappresentanza politica.(..) Probabilmente proprio questo avrebbe dovuto essere il motivo principale su cui costruire l'intero impianto della sentenza."

Se nella competizione elettorale, le azioni positive si porrebbero in contrasto con principi supremi del nostro ordinamento costituzionale e diritti inderogabili degli individui, nell'ambito socio economico "la compensazione delle disuguaglianze" non è solo ammessa, ma diviene "svolgimento immediato di cui all'art. 3, comma 2, Cost." (Corte Cost. sent. n. 109 del 1993), e presupposto all'esercizio di diritti fondamentali.

A riguardo, la Corte richiama le azioni positive in materia di imprenditoria femminile (legge 25 febbraio 1992, n. 215), che come la legge n. 120 del 2011, si propongono di rimediare alla situazione di evidente squilibrio di genere nell'ambito socio-economico e dell'impresa.

Nell'ambito socio-economico, le azioni positive possono legittimamente intervenire "anche in deroga al principio di parità di trattamento" rappresentando "il più potente strumento a disposizione del legislatore, che, nel rispetto della libertà e dell'autonomia dei singoli individui, tende a innalzare la soglia di partenza per le singole categorie di persone socialmente svantaggiate - fondamentalmente quelle riconducibili ai divieti di discriminazione espressi nel primo comma dello stesso art. 3 (sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali) - al fine di assicurare alle categorie medesime uno statuto effettivo di pari opportunità di inserimento sociale, economico e politico" (Corte Cost. sent. n. 109 del 1993).

Quando le azioni positive sono volte ad eliminare "situazioni di inferiorità sociale ed economica" sarebbero coerenti con "il dettato del secondo comma dell'art. 3 della Costituzione - in quanto dirette a rimuovere gli ostacoli che impediscono l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione economica e sociale del Paese" (Corte Cost. sent. n. 38 del 1960⁵³; Corte Cost. sent. n. 88 del 1998⁵⁴), non solo quando sono semplicemente volte "ad innalzare la soglia di partenza fra gli individui", ma anche quando esse sono volte a garantire direttamente un risultato⁵⁵.

Si potrebbe, dunque, giungere ad una prima conclusione: il sindacato di legittimità delle azioni positive c.d. forti cambia a seconda dell'ambito di riferimento, e in relazione ai diritti e agli interessi che entrano in gioco in quel particolare ambito.

Tuttavia, il sindacato di costituzionalità in relazione a misure volte a garantire direttamente un risultato, cambia anche in riferimento alla particolare situazione di debolezza in cui versano i soggetti destinatari del beneficio, e ai parametri costituzionali che entrano in gioco nel caso specifico.

Così, il dovere di rimozione degli ostacoli è tale da ricomprendere misure forti, volte a garantire direttamente un risultato, poiché esse sono "dirette ad assolvere un onere e un compito della collettività al fine di consentire a detti beneficiari, in base a condizioni e criteri prestabiliti, un più agevole reperimento dell'occupazione" in forza degli artt. 38, 3, comma 2, e 4 (Corte Cost. sent. n. 88 del 1998).

La tutela rafforzata, in questo caso, non trova giustificazione nel solo art. 3, comma 2, ma anche nell'art. 38 ed è coerente "con il principio informatore dell'art. 4 della Costituzione", in quanto attua "le condizioni che rendono possibile a persone appartenenti a particolari categorie svantaggiate, che siano in possesso di attitudini lavorative e professionali, l'inserimento nell'ambiente del lavoro dal quale altrimenti potrebbero restare escluse."

I parametri costituzionali di riferimento, dunque, danno forma al dovere di rimozione degli ostacoli di cui all'art. 3, comma 2, della Costituzione, e se in relazione all'art. 51 Cost.,⁵⁶ esso non può che limitarsi a promuovere la parità nei punti partenza, in relazione all'art. 38 Cost. esso non può che garantire direttamente un risultato.⁵⁷

Nel caso delle misure della legge n. 120 del 2011, si rende necessario ragionare sul principio di parità fra donne e uomini nel mondo del lavoro, e capire se l'art. 37 Cost., in combinato disposto con l'art. 3, comma 2 Cost.⁵⁸, sia idoneo a giustificare l'introduzione di misure volte a garantire direttamente un risultato, tenendo presente che per raggiungere l'obiettivo del bilanciamento di genere nei consigli di amministrazione,

⁵³ Corte Cost. sent. 15 giugno 1960, in *Giur. Cost.* 1960, p. 625 ss.

⁵⁴ Corte Cost. sent. 1 aprile 1998, n. 88, in *Giur. Cost.* 1998, p. 815 ss.; con nota di G. CATTARINO, *ivi*, p. 822 ss.

⁵⁵ Ci si riferisce alle norme che prevedono il collocamento obbligatorio a favore delle persone con disabilità. Più precisamente, oggetto del giudizio di legittimità costituzionale della pronuncia n. 88 del 1998 era l'art. 12, ultimo comma, della legge 2 aprile 1968, n. 482, Disciplina generale delle assunzioni obbligatorie presso le pubbliche amministrazioni e le aziende private, (GU n.109 del 30-4-1968).

⁵⁶ Anche gli autori che ammettono la sperimentazione di forme di tutela differenziata "di risultato" ne escludono la legittimità nell'ambito della rappresentanza politica. In questo senso A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale, contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, cit., p. 360.

⁵⁷ A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale, contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, cit., p. 64.

⁵⁸ Sulle azioni positive che trovano fondamento nell'art. 37 Cost. si veda A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, cit., p. 248 ss.; S. SANTUCCI, L. ZOPPOLI, *Finalità della legge e questioni di costituzionalità*, in *Il diritto diseguale, la legge sulle azioni positive*, Torino, 1992, p. 42 ss..

il legislatore ha scelto di predisporre una misura forte, ma limitata dalla temporaneità, in modo da consentire in un periodo determinato di tempo il risolversi dello squilibrio, evitando che lo svantaggio nei confronti dei soggetti non favoriti possa tradursi in una discriminazione ingiustificata e sproporzionata.

Se l'art 38 Cost., nel caso precedentemente esaminato, consente misure "permanenti" a tutela rafforzata, l'art 37 Cost. può giustificare misure temporanee orientate all'attribuzione di un risultato, le quali si propongono di rimediare ad una situazione di squilibrio, come le misure della legge n. 120 del 2011?

Pur non consentendo l'art. 37 Cost. di introdurre misure volte a garantire un risultato, esso potrebbe, invece, legittimare l'adozione di norme temporanee per la parità di accesso al lavoro, e forse, anche se esse attribuiscono un risultato.

Se da un lato il ragionamento appena esposto risulta coerente con i principi espressi dalla Corte in relazione ad azioni positive di risultato, dall'altro appare scontato precisare che lo scopo della legge n. 120 del 2011 sia troppo diverso per essere messo a confronto con la ratio di "tutela" che ha spinto la Corte a sancire la legittimità di misure volte a garantire direttamente un risultato.

In effetti, quando la Corte costituzionale si è trovata a valutare la legittimità di misure, che esattamente come la legge n. 120 del 2011 erano volte a "a colmare o, comunque ad attenuare un evidente squilibrio a sfavore delle donne" nel mondo economico e dell'impresa, ne ha valutato la legittimità solo in relazione al principio di uguaglianza sostanziale.

In questo caso le azioni positive non sono solo volte a risolvere "un manifesto squilibrio a danno dei soggetti di sesso femminile", ma anche ad eliminare "discriminazioni accumulate nel corso della storia passata per dominio di determinati comportamenti sociali e modelli culturali, hanno portato a favorire le persone di sesso maschile nell'occupazione delle posizioni di imprenditore o di dirigente d'azienda, nonché a superare il rischio che diversità di carattere naturale o biologico si trasformino in discriminazioni di destino sociale" (Corte Cost. sent. 109 del 1993).

La Corte, sembra far propria la logica risarcitoria, tipica dell'*affirmative actions policy*.⁵⁹ Nel nostro ordinamento, "discriminazioni positive" che reagiscono ad altre discriminazioni, non possono che essere giustificate alla luce del principio di eguaglianza sostanziale, il quale, invece, non trova un corrispettivo nell'ordinamento americano.

Non appare inconferente, dunque, dare peso a quei requisiti espressi dalla Corte Suprema americana, in relazione a misure che si propongono di rimediare a situazioni di discriminazione storicamente perpetrate.⁶⁰ Le misure della legge n. 120 del 2011 infatti, sembrerebbero rispondere ai requisiti di giustificabilità, temporaneità e proporzionalità, tali da escludere un'irragionevole discriminazione nei confronti dei soggetti non preferiti.⁶¹

La legge, infatti, è giustificabile alla luce dell'evidente situazione di squilibrio di genere che caratterizza la composizione dei consigli di amministrazione; è proporzionata poiché, come dimostrato dalle esperienze degli altri paesi europei, le quote accompagnate dalla previsione della sanzione rappresentano il mezzo più adeguato per raggiungere lo scopo legislativo; è temporanea poiché il criterio di riparto si applica solo per tre mandati al consiglio di amministrazione.

La giustificabilità rientra necessariamente nel giudizio in relazione alle misure di attuazione del principio di eguaglianza sostanziale. Presupposto necessario per l'attivazione di un trattamento di favore, infatti, è l'accertamento nel caso concreto di una situazione di svantaggio. Ed è la stessa Corte ad utilizzare questa chiave di lettura, nella sentenza n. 109 del 1993, quando afferma che le azioni positive intervenendo "in relazione a un settore di attività caratterizzato da una composizione personale che rivela un manifesto squilibrio a danno dei soggetti di sesso femminile", introducono "un trattamento di favore nei confronti di una categoria di persone, le donne, che, sulla base di una non irragionevole valutazione operata dal legislatore, hanno subito in passato discriminazioni di ordine sociale e culturale e, tuttora, sono soggette al pericolo di analoghe discriminazioni."⁶²

Per quanto riguarda il requisito della proporzionalità sembra inutile precisare che esso possa rientrare nel normale giudizio di ragionevolezza, in relazione all'adeguatezza dei mezzi rispetto allo scopo legislativo.

⁵⁹ Così S. LEONE, *Tempo di bilanci per l'affirmative actions policy statunitense (e per ragionare nuovamente dei suoi riflessi sulla concezione italiana e comunitaria di azione positiva)*, in www.forumcostituzionale.it, 2009.

⁶⁰ Così M. D'AMICO, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, cit., p. 115.

⁶¹ In generale sui requisiti delle azioni positive M. AINIS, *Cinque regole per le azioni positive*, in *Quad. cost.*, 1999, 368 e ss.

⁶² Così in relazione alla sent. n. 109 del 1993 M. AINIS, *L'eccezione e la sua regola*, in *Giur. Cost.* 1993, p. 893 ss.

L'ultimo dei requisiti pare quello più rilevante, ma anche più problematico. La temporaneità delle azioni positive è fondamentale per escludere il rischio della discriminazione alla rovescia nei confronti dei soggetti non preferiti. Se l'obiettivo delle azioni positive forti è ristabilire una situazione di equilibrio la loro efficacia deve cessare nel momento in cui tale obiettivo è raggiunto poiché non sussistendo più la ragion d'essere del trattamento differenziato a favore della categoria di soggetti svantaggiati, la loro perpetrata utilizzazione diventerebbe arbitraria e discriminatoria. Tuttavia, come noto, se la dottrina si è a lungo interrogata sulla rilevanza del requisito della temporaneità in relazione all'ammissibilità delle azioni positive, lo stesso non si può affermare per la giurisprudenza costituzionale, la quale, sino ad oggi, sembrerebbe dare peso ad altri elementi: la distinzione punti di partenza-risultato, l'ambito di riferimento, la rilevanza dei parametri costituzionali che entrano in gioco, e la categoria protetta.

In sostegno della temporaneità delle azioni positive, invece, si potrebbero richiamare i principi espressi dalla Corte in relazione ad altri regimi provvisori, come quello relativo alla continua proroga del regime di occupazione di fatto delle frequenze televisive (Corte cost. sent. n. 466 del 2002)⁶³ o alle misure anti-terrorismo degli anni di piombo (Corte cost. sent. n. 15 del 1982)⁶⁴.⁶⁵ Se la situazione di emergenza giustifica l'adozione di misure "insolite" e necessariamente temporanee, limitative della libertà personale, anche le azioni positive ribaltano "il principio d'eguaglianza nei diritti, ma allo scopo di restaurare le condizioni minime senza le quali non avrebbe più alcun senso predicare la formale parità di ognuno; sicché una volta che tale risultato venga effettivamente conseguito, non c'è più ragione più ragione che la misure eccezionale resti in vigore".⁶⁶

4. Le misure della legge n. 120 del 2011 e il diritto dell'Unione europea.

È necessario valutare la compatibilità delle misure della legge n. 120 del 2011 con il diritto dell'Unione europea, poiché esse parrebbero porsi in difficile equilibrio con i principi espressi dalla Corte di giustizia, in relazione ai trattamenti preferenziali per l'accesso al lavoro.

Le norme che vengono in evidenza in relazione alle misure della legge n. 120 del 2011 sono l'art 157, par. 4, TFUE (ex. art. 141, par. 4, TCE), e l'art. 23 della Carta di Nizza.

Il primo legittima l'adozione di trattamenti preferenziali nello specifico ambito lavorativo, mentre il secondo consente l'introduzione di tali misure in "tutti i campi" della vita sociale.

La formulazione del tutto analoga delle due norme, le quali sottolineano che "il principio di parità di trattamento non osta all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del genere meno rappresentato", sembrerebbe consentire l'adozione da parte degli Stati membri di misure, volte a garantire direttamente un risultato.

In effetti, come sottolineato dall'Avvocato generale Saggio nelle conclusioni relative alla sentenza *Badeck*,⁶⁷ in seguito all'introduzione dell'art. 141, par. 4, TCE da parte del Trattato di Amsterdam,⁶⁸ non si possono "considerare in via di principio esclusi dal diritto comunitario quei provvedimenti nazionali che comportino l'effettiva assunzione o promozione dei candidati di sesso femminile (...). Tali misure possono essere finalizzate non solo a garantire alle donne pari opportunità nei punti di partenza, creando le condizioni che permettono loro di concorrere adeguatamente per ogni singolo posto, ma ad agire concretamente sull'inserimento sociale delle medesime."⁶⁹

⁶³ Corte Cost. sent. 20 novembre 2002, n. 466, in *Giur. Cost.* 2002, p. 3861 ss.; con osservazione di P. COSTANZO, *La disciplina della libertà di informazione non può attendere, ma la Corte continua ad ammettere il transitorio pur censurando l'indefinito*, ivi, p. 3896 ss..

⁶⁴ Corte Cost. sent. 1 febbraio 1982, n. 15, in *Giur. Cost.* 1982, p. 85 ss.; con note di L. CARLASSARE, *Una possibile lettura in positivo della sentenza n. 15?*, ivi, p. 98 ss.; A. PACE, *Ragionevolezza abnorme e stato di emergenza?*, ivi, p. 108 ss..

⁶⁵ Così M. AINIS, *L'eccezione e la sua regola*, in *Giur. Cost.* 1993, p. 893 ss.; R. BIN, *Donne e autoreferenzialità della politica*, in www.forumcostituzionale.it, 2003.

⁶⁶ M. AINIS, *L'eccezione e la sua regola*, in *Giur. Cost.* 1993, p. 893 ss.

⁶⁷ *Badeck* e altri C-158/97, sentenza del 28 marzo 2000, *Racc.* I-1875, p. 127 ss.

⁶⁸ L'art. 141, par. 4, TCE è stato introdotto dal Trattato di Amsterdam il quale secondo molti autori ha rappresentato una svolta nella disciplina dei trattamenti preferenziali, e per le politiche sociali dell'Unione europea. Si veda A. ANIDOLFI, *Le innovazioni previste dal Trattato di Amsterdam in tema di politica sociale*, in *Dir. Un. Eur.*, 1998, p. 617 ss.; M. BARBERA, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Promodis, Brescia, 2000, p. 49 ss.; FOGLIA R., *La politica sociale dopo Amsterdam*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1998, p. 30 ss.; O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Milano, 2005, p. 132 ss.

⁶⁹ Cfr. p.to 27 conclusioni AG relative alla sentenza *Badeck*.

Tuttavia, è bene sottolineare che la Corte di giustizia non è mai arrivata a sancire esplicitamente l'ammissibilità di misure volte a garantire direttamente un risultato. Dunque, per comprendere se le misure della legge n. 120 del 2011 possano ritenersi compatibili con il diritto dell'Unione europea, non essendo presenti pronunce recenti in materia, è necessario analizzare le pronunce aventi ad oggetto normative nazionali contenenti misure preferenziali per l'accesso al lavoro: i casi *Kalanke*, *Marschall*⁷⁰, *Badeck* e *Abrahamsson*⁷¹. Nei primi tre casi, la Corte ha utilizzato come parametro di riferimento l'art 2, par., 4 della direttiva n. 76/207. Nel caso *Abrahamsson*, invece, la Corte ha utilizzato, per la prima volta, il parametro dell'art 141, par 4, TCE.

La prima pronuncia da prendere in considerazione è la sentenza *Kalanke*⁷² che, sulla base di argomentazioni molto simili a quelle della Corte costituzionale italiana, sembra sancire l'incompatibilità di misure volte a garantire direttamente un risultato. Infatti, secondo la Corte di Giustizia, l'art 2, par. 4, della direttiva n. 76/207 autorizza esclusivamente quei provvedimenti che, pur apparendo discriminatori, mirino effettivamente a eliminare o a ridurre le disparità di fatto nella realtà della vita sociale.⁷³ La Corte dunque, pare accogliere l'impostazione presentata dall'Avvocato generale Tesauro nelle sue celebri conclusioni.⁷⁴ Secondo l'Avvocato solo misure volte al raggiungimento dei medesimi punti di partenza, avrebbero l'effetto di garantire un'effettiva uguaglianza sostanziale. Al contrario, misure a carattere più forte, attribuendo direttamente un risultato, non sarebbero in grado di rimuovere le disuguaglianze tra gli individui, costituendo mere discriminazioni alla rovescia. A ben guardare, la Corte, pur accogliendo in larga parte le considerazioni dell'Avvocato generale e basando la decisione su un'interpretazione restrittiva dell'art 2 comma 4 della direttiva, in quanto deroga ad un diritto individuale, non chiude totalmente le porte alle azioni positive forti volte a garantire direttamente un risultato. Infatti, come è stato giustamente osservato da alcuni autori⁷⁵, la sentenza *Kalanke* non affronta il problema delle quote in generale, bensì di un caso specifico di quote.

Più precisamente, non si può sostenere che ogni misura volta a garantire direttamente un risultato sia in contrasto con i principi espressi dalla Corte, bensì parrebbero incompatibili con l'art 2, comma 4, della direttiva n. 76/207, esclusivamente quei trattamenti preferenziali che accordino la promozione in moto automatico, assoluto e incondizionato.

La normativa del *Land di Brema*, oggetto del giudizio, non parrebbe accordare l'attivazione del trattamento preferenziale a favore del genere femminile senza condizioni, ma anzi la promozione viene subordinata alla presenza di due requisiti precisi: la sotto-rappresentanza femminile nel settore di interesse e l'equivalenza delle qualifiche tra i candidati. Rimane, dunque, non chiaro quali misure rientrino tra quelle misure assolute, incondizionate e automatiche ritenute illegittime dalla Corte.

Al fine di chiarire tale principio, è intervenuta anche una comunicazione della Commissione europea⁷⁶, la quale propone una rilettura "manipolativa" del portato della sentenza. Proprio al fine di limitare gli effetti della sentenza, la Commissione sottolinea che, non ogni sistema di quote è da considerarsi contrario al diritto dell'Unione, bensì esclusivamente quelli che presentino i caratteri di rigidità e automaticità tali da non lasciare alcuna possibilità di valutazione e apprezzamento delle circostanze individuali.

⁷⁰ *Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, C-409/95, sentenza dell' 11 novembre 1997, *Racc.*, I-6363, p.127 ss..

⁷¹ *Abrahamsson* C-407/98, sentenza del 6 Luglio del 2000, *Racc.* I- 5539, p. 127 ss.

⁷² Tra i tanti commenti si veda in particolare O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, cit. p. 59 ss.; A. INGANGI, *Il sistema delle quote, ago della bilancia nelle pari opportunità*, in *ADL*, 1998, p. 555; M. BARBERA, *L'eccezione e la regola, ovvero l'eguaglianza come apologia dello stauts quo*, in *Donne in quota*, a cura di B. BECCALLI, Milano, 1999, p. 119 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Azioni positive e quote nel giudizio di due autorevoli Corti*, cit., 1997, p. 37 ss.; L. CHARPENTIER, *La sentenza Kalanke e il discorso dualista della parità*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Industr.* 1966, n. 69. A. PETERS, *A comparative study on affirmative action for women under American, German, European and International law*, Kluwer international, London, 1999, p. 235 ss.

⁷³ La Corte aveva già espresso tale principio nella pronuncia Commissione c. Francia C-312/86, sentenza del 25 ottobre 1988, *Racc.*, p. 6315 ss.. Per un approfondimento della giurisprudenza pre-*Kalanke* si veda O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, cit., p. 32 ss.

⁷⁴ Conclusioni dell'AG Tesauro del 6 Aprile 1995 relative alla sentenza *Kalanke*. Stupisce la vicinanza tra Conclusioni AG Tesauro e la sentenza della Corte Costituzionale n.422 del 1995.

⁷⁵ A. D'ALOIA., *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale, contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, cit., p. 337; G. OLIVIERO, *Lavoro femminile e quote riservate*, cit., p.37; C. ASSANITI, *Pari opportunità: privato e pubblico a confronto. I principi di eguaglianza nel diritto comunitario*, *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*,1997, p. 464; M. V. BALLESTRERO, *Azioni positive punto e capo*, in *LD*, 1996, p. 127 ss..

⁷⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio COM (96) 88.

Ma è solo con la sentenza *Marschall*⁷⁷ del 1997, che vengono chiariti i limiti che incontrano nell'ordinamento dell'Unione europea i trattamenti preferenziali per l'accesso al lavoro, senza rappresentare un'eccessiva limitazione del principio di parità di trattamento.

La Corte di giustizia, infatti, precisa che sono da considerarsi contrarie ai principi espressi dalla sentenza *Kalanke*, poiché accordano la promozione in modo automatico, assoluto e incondizionato, le misure che: a) attivano il trattamento preferenziale in caso di pari qualifiche tra i candidati; b) prevedono una "clausola di riserva" tale da garantire in ciascun caso individuale, ai candidati di sesso maschile un esame obiettivo delle candidature che prenda in considerazione tutti i criteri relativi alla persona dei candidati e non tenga conto della precedenza accordata ai candidati di sesso femminile quando uno o più di tali criteri facciano propendere per il candidato di sesso maschile.

Due sono, dunque, le novità rispetto al portato di *Kalanke*.

In primo luogo, la Corte riconoscendo che, a causa di circostanze che storicamente tendono a rendere più difficoltoso l'ingresso della donna nel mercato del lavoro, come la maternità, la difficoltà di conciliare vita familiare e lavorativa e taluni pregiudizi sul ruolo e sulle capacità della donna nella vita attiva, afferma che "il fatto che due candidati di sesso diverso abbiano pari qualificazioni non implica, in sé e per sé, che essi abbiano pari opportunità". Dunque, una normativa che preveda l'applicazione di un trattamento preferenziale a parità di qualifiche tra i candidati può considerarsi volta a garantire pari opportunità non fuoriuscendo, di per sé, dai limiti previsti dalla direttiva.

In secondo luogo, ed è questo l'elemento più importante, che ha fatto propendere la Corte per la conformità al diritto comunitario della normativa oggetto del giudizio, consiste nel fatto che tale normativa presenta una differenza rilevante rispetto alla normativa del *Land di Brema*, ovvero il trattamento preferenziale viene accordato esclusivamente "a meno che non prevalgano motivi inerenti alla persona di un candidato di sesso maschile". Se, come affermato nella sentenza *Kalanke*, una normativa che assicuri alle donne una precedenza assoluta e incondizionata, eccede i limiti dell'art 2, par. 4, della direttiva n. 76/207, al contrario una disposizione che contenga una clausola di riserva tale da garantire ai candidati di sesso maschile un esame obiettivo delle candidature, tenendo conto di tutti i criteri relativi alla persona degli altri candidati, deve considerarsi legittima e conforme al diritto comunitario.

Ebbene, entrambi i requisiti stabiliti dalla sentenza *Marschall* si pongono in difficile equilibrio con le misure della legge n. 120 del 2011. Infatti, come noto, la legge non richiede per l'attivazione della quota all'interno del consiglio né che i candidati al consiglio abbiano pari qualifiche, né che vengano presi in considerazione i requisiti della persona dei candidati del genere più rappresentato. Tuttavia, sembra di potersi affermare che le normative oggetto dei casi *Kalanke* e *Marschall* e le misure della legge n. 120 del 2011 siano troppo differenti per poter essere messe a confronto. In primo luogo, il requisito dell'equivalenza delle qualifiche è difficilmente applicabile al campo dei consigli di amministrazione, dove l'elezione del consiglio e la formazione delle liste rispondono a logiche troppo diverse rispetto alla competizione tra due candidati per l'assegnazione di un posto nel pubblico impiego. Inoltre, è necessario sottolineare che il requisito della parità di qualifiche pare perdere rilevanza nelle sentenze *Badeck* e *Ambrahamson*. Nella prima tra queste pronunce, infatti, il requisito dell'equivalenza delle qualifiche tra i candidati viene sostituito dal requisito dell'idoneità della qualifica allo scopo, lasciando presumere dunque che un candidato femminile considerato più idoneo possa essere preferito anche al candidato di genere maschile con qualifiche migliori. Nella sentenza *Abrhamsson*, invece la Corte non pronunciandosi in relazione al requisito della parità di qualifiche, sembrerebbe ammettere implicitamente la legittimità di normative che accordino il trattamento preferenziale anche in assenza di qualifiche equivalenti, purché in ogni caso considerate sufficienti.

Per quanto concerne il requisito della clausola di riserva, anche quest'ultimo sembra ben più adatto a meccanismi di priorità o promozione,⁷⁸ nei quali la competizione si svolge tra due candidati, piuttosto che a sistemi di quote.

⁷⁷ Tra i tanti commenti si veda in particolare O. POLLOCINO, Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario, cit., p. 108 ss.; S. SCARPONI, La sentenza Marschall continuità e discontinuità rispetto a Kalanke, in Riv. Giur. Lav. 1998, 45 ss.; S. SCARPONI, La sentenza Marschall sui sistemi di quote, in Riv. Giur. Lav. Prev. Soc., 1998, p.45 ss.; A. INGANGI, Il sistema delle quote, ago della bilancia nelle pari opportunità, cit., p. 555 ss.; A. CERRI, Le azioni positive dopo la sentenza Marschall, in DLRI, 1998; G. OLIVIERO, Lavoro femminile e quote riservate, in Riv. Giur. Lav. Prev. Soc., 1997, n.1, p. 37 ss.; A. PETERS, A comparative study on affirmative action for women under American, German, European and International law, Kluwer international, London, 1999, p. 237 ss.

⁷⁸ Nello stesso senso A. D'ALOIA, Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale, cit., p. 339.

In effetti, il requisito della clausola di riserva assume rilievo in meccanismi di promozione tra due candidati poiché, senza tale previsione, i criteri relativi alla persona dell'altro genere non verrebbero in nessun modo presi in considerazione e il posto sarebbe assegnato, incondizionatamente, al candidato di genere femminile. Questa considerazione difficilmente può valere in un sistema di quote.

Se è pur vero che, nel caso delle misure della legge n. 120 del 2011, un terzo dei posti del consiglio viene assegnato in modo assoluto e incondizionato al genere meno rappresentato, i criteri di selezione che tengono di tutti i requisiti della persona degli altri candidati avranno spazio per i restanti due terzi dei posti in consiglio.

Tale considerazione potrebbe "salvare" le misure della legge n. 120 del 2011, le quali pur non presentando il requisito della clausola di riserva, così come richiesto dalla sentenza *Marschall*, potrebbero essere considerate non eccessivamente lesive di diritti degli altri candidati, i quali possono competere liberamente per i restanti due terzi dei posti in consiglio.

Tuttavia, quando la Corte, nella sentenza *Badeck*⁷⁹, si trova a valutare la legittimità di veri e propri sistemi di quote, previsti da una legge sul pubblico impiego del *Land di Assia* (HIG), non pone l'attenzione sul requisito della clausola di riserva, bensì sulla flessibilità del meccanismo.

Oltre a due disposizioni dell'HIG⁸⁰ che prevedono sistemi di quote nei corsi di formazione e nei colloqui di assunzione, le quali sono state considerate dalla Corte conformi all'art 2, par. 4, della direttiva poiché rientranti nella promozione della parità delle opportunità e poiché "non comportano il conseguimento di un risultato definitivo assunzione o promozione, ma offrono possibilità supplementari alle donne in possesso di qualifiche per agevolare l'ingresso nel mondo del lavoro e la carriera", tutte le altre norme sembrano essere salvate dalla Corte alla luce del criterio di flessibilità.⁸¹

Più precisamente, la Corte avalla il provvedimento basandosi sulla considerazione che si è in presenza di una "quota finale flessibile" in quanto la normativa oggetto del giudizio "non stabilisce unitariamente le quote valide per tutti i servizi interessati bensì ritiene determinanti le particolarità di essi ai fini della fissazione degli obiettivi vincolanti e poiché non prevede necessariamente dall'inizio, in maniera automatica, che il risultato di ogni singola procedura di selezione debba obbligatoriamente essere a favore del candidato di sesso femminile."

Ebbene, è difficile poter considerare le misure della legge n. 120 del 2011 meccanismi flessibili così come intesi dalla sentenza *Badeck*, poiché, come noto, la legge n. 120 del 2011 prevede sin dall'inizio e in maniera automatica che un terzo dei posti venga assegnato al genere meno rappresentato.

Tuttavia, è necessario considerare che, nonostante i principi espressi in queste tre pronunce non siano mai stati superati dalla Corte di giustizia, il parametro di riferimento non è più rappresentato dalla direttiva n. 207/76, bensì dall'art. 157 TFUE e dall'art. 23 della Carta di Nizza, i quali comportano novità di rilievo nella disciplina dei trattamenti preferenziali.

In primo luogo, a differenza dell'art 2, par. 4, della direttiva n.76/207, l'art 157 TFUE e l'art. 23 della Carta di Nizza, non si limitano a definire le misure preferenziali come genericamente finalizzate a promuovere le pari opportunità ma, molto più specificamente essi si riferiscono a misure che prevedono vantaggi specifici diretti allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne. In secondo luogo, l'adozione da parte degli Stati membri di misure preferenziali è prevista da due norme di rango primario: l'art. 157 TFUE e l'art. 23 della Carta di Nizza⁸². Si tratta di una novità di fondamentale importanza che consente di superare l'interpretazione restrittiva basata sullo schema della regola/eccezione, condotto dalla Corte nelle sentenze *Kalanke*, *Marschall* e *Badeck*. Più precisamente, l'art 2, par. 1, sanciva la regola, ovvero il prin-

⁷⁹ A commento della sentenza O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, cit., 148 ss.

⁸⁰ Acronimo per *Hessische Gesetz über die Gleichberechtigung von Frauen und Männer und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichen Verwaltung*, normativa del *Land di Assia* sulla parità di trattamento tra donne e uomini e sulla rimozione delle discriminazioni del pubblico impiego.

⁸¹ Così l'art 5, par. 7, HIG, che prevedeva una quota nel settore scientifico, è stato considerato conforme all'art 2 par. 4 della direttiva n. 207/76 poiché "non fissa un limite in modo assoluto, bensì con riferimento al numero di persone che abbiano acquisito una formazione professionale appropriata, il che equivale ad assumere come parametro quantitativo un dato reale per istituire la preferenza a favore delle donne". L'art 14 HIG invece è stato considerato compatibile al diritto comunitario poiché nonostante si trattasse di una quota finale rigida si trattava, secondo la Corte, di una disposizione avente valore meramente programmatico e in quanto tale essa lascerebbe "un certo margine per prendere in considerazione criteri diversi."

⁸² Per l'impatto dell'art 23 della Carta di Nizza sulla disciplina dei trattamenti preferenziali prima del Trattato di Lisbona si veda O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, cit., p. 140 ss. Per le novità in materia di pari opportunità apportate dal Trattato di Lisbona M. D'AMICO, *Trattato di Lisbona: principi diritti e tono Costituzionale*, in M. D'AMICO, P. BILANCIA, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Torino, 2010.

cipio di parità di trattamento implica l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, tanto direttamente quanto indirettamente, mentre i successivi tre commi consentivano la non applicazione del principio stesso in casi eccezionali.

Tale impostazione e, soprattutto la mancanza di una normativa di rango primario, hanno indotto la Corte di giustizia, a considerare l'art 2, par. 4, della direttiva, una deroga al principio di parità di trattamento espressamente sancito dai trattati (art. 119 TCE), e come tale da interpretare restrittivamente. Se da un lato, è evidente che tale considerazione non possa di per sé superare i limiti sanciti in riferimento alla direttiva n. 76/207, dall'altro il giudizio della Corte sui trattamenti preferenziali per l'accesso al lavoro dovrà necessariamente evolvere, non potendosi più basare sull'interpretazione restrittiva che ha caratterizzato le tre pronunce prese in considerazione.

In effetti la Corte, nella prima pronuncia (il caso *Abrahamsson*)⁸³ in cui ha utilizzato il parametro di riferimento dell'art. 141, par. 4, TCE (identico all'attuale 157 TFUE), non si muove più secondo lo schema della regola/eccezione, che ha caratterizzato l'interpretazione restrittiva dell'art 2, par., 4 della direttiva, ma valuta la legittimità della normativa oggetto del giudizio secondo un criterio differente: il criterio di proporzionalità rispetto allo scopo.

La normativa svedese, oggetto del giudizio, viene considerata non compatibile con il diritto dell'UE poiché, essendo sproporzionata rispetto allo scopo da raggiungere, comprimerebbe eccessivamente e ingiustamente i diritti degli altri candidati.

Nell'analisi dei trattamenti preferenziali la Corte, dunque, sembra preferire un approccio concreto volto a verificare se, nei contesti che di volta in volta le si presentano, le normative oggetto del giudizio posano o meno comportare un'eccessiva limitazione dei diritti dei soggetti non preferiti.

Se si accetta tale conclusione, non è detto che le misure della legge n. 120 del 2011 vengano valutate secondo il criterio della flessibilità, ma potranno essere presi in considerazione altri elementi al fine di valutare il grado di compressione dei diritti degli altri candidati.

In tal senso, ci si potrebbe chiedere se la quota di un terzo prevista dalla legge sia da ritenersi eccessivamente lesiva dei diritti degli altri candidati, anche se consente ai restanti due terzi di competere liberamente per un posto in consiglio.

Su un piano diverso da quello della flessibilità, invece, ci si potrebbe domandare se la temporaneità delle misure della legge n. 120 del 2011 sia tale da escludere una compressione eccessiva dei diritti degli altri candidati, i quali si vedranno limitare i loro diritti solo per un periodo di tempo necessario a ristabilire la situazione di equilibrio.

5. Conclusioni.

In conclusione si può affermare che la legittimità delle misure della legge n. 120 del 2011 viene messa in discussione in relazione ai principi espressi dalla Corte costituzionale italiana, riguardo ai limiti di attuazione del principio di uguaglianza sostanziale, nonché in relazione ai principi sanciti dalla Corte di giustizia, riguardo ai trattamenti preferenziali per l'accesso al lavoro.

Tuttavia, le Corti non potranno non considerare, quantomeno per ragioni di coerenza del sistema, come il contesto politico, nazionale ed europeo, sia profondamente cambiato dalle ormai datate pronunce *Kalanke*, e n. 422 del 1995.

A livello nazionale, da qualche anno, l'impegno del legislatore è rivolto alla promozione della parità di genere in tutti i campi. Ciò è dimostrato, ad esempio, dalla legge n. 215 del 2012⁸⁴, volta al riequilibrio di genere nelle assemblee elettive e negli organi non elettivi delle Regioni e degli Enti locali, nonché dalla riforma forense⁸⁵, la quale ha introdotto veri e propri sistemi di quote negli organi direttivi dell'Avvocatura.

⁸³ A commento della pronuncia M. CAIELLI, *Un'altra sentenza della Corte di Giustizia sulle azioni positive a favore del sesso femminile*, in DPCE, 2000; O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Milano, 2005, p. 165 ss.; C. SALAZAR, *La "ragionevole irragionevolezza", da ossimoro a endiadi? Un'importante decisione della Corte di giustizia sulle azioni positive in favore delle donne*, in DPCE, 2000, 975 ss.

⁸⁴ Disposizioni per promuovere il riequilibrio delle rappresentanze di genere nei consigli e nelle giunte degli enti locali e nei consigli regionali. Disposizioni in materia di pari opportunità nella composizione delle commissioni di concorso nelle pubbliche amministrazioni (GU n.288 del 11-12-2012).

⁸⁵ Legge 31 dicembre 2012, n. 247, recante Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense (GU n. 18 del 18-1-2013).

Nel quadro europeo, la parità di genere rientra tra gli obiettivi primari dell'Unione, e due norme di rango primario, l'art 157 TFUE e l'art 23 della Carta di Nizza, legittimano l'adozione di trattamenti preferenziali da parte degli Stati membri.

Inoltre, le risoluzioni del Parlamento europeo, e la proposta di direttiva della Commissione, confermano il favore verso l'introduzione di quote negli organi societari, considerate strumento necessario. Infatti, come si è visto sono molti gli Stati che hanno adottato normative proprio al fine di incrementare la partecipazione femminile negli organi di comando delle società.

Le Corti, dunque, potranno scegliere se ancorarsi a principi ormai superati nei fatti, o affrontare il problema dei limiti delle misure positive per l'accesso al lavoro, che sembrano entrate a far parte del patrimonio costituzionale europeo.