

Gender diversity negli organi societari: inquadramento
normativo e riflessioni critiche

Maria Gabriella Cucca e Tiziana Ventrella

Marzo 2015

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione.

Sommario¹: 1. Le politiche di *gender diversity* attraverso il “prisma” dei principi costituzionali e del diritto comunitario; - 1.1 L’ambito di intervento delle politiche di *gender*: l’organo di gestione della società per azioni; - 1.2 Interesse sociale e tutela delle minoranze. La dialettica tra e “privato” e “pubblico”; - 1.3 La legittimità del criterio del “genere” in rapporto al principio di eguaglianza (formale e sostanziale); -1.4 La Legge n. 120 del 2011 alla luce dei principi comunitari; -1.5 Le iniziative normative comunitarie a promozione della *gender diversity*; - 2. La disciplina TUF sull’equilibrio tra generi nella composizione degli organi amministrativo e di controllo; - 2.1 Transitorietà della norma; - 2.2 L’adeguamento statutario; - 2.3 Modulazione della disciplina sulle quote di genere nell’ambito dei sistemi alternativi di *governance*; - 2.4 Sostituzione di uno o più componenti dell’organo in corso di mandato; - 2.5 La comunicazione Consob n. 0061499 del 18 luglio 2013.

¹ I paragrafi 1., 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 sono stati redatti dalla Dott.ssa Tiziana Ventrella, i paragrafi 1.5, 2, 2.1, 2.2., 2.3, 2.4, 2.5 dalla Dott.ssa Maria Gabriella Cucca.

1. Le politiche di *gender diversity* attraverso il “prisma” dei principi costituzionali e del diritto comunitario

1.1 L’ambito di intervento delle politiche di *gender*

L’analisi che ci si accinge ad intraprendere mira a valutare in che misura e con quali criticità la l. 120/2011 (c.d. Golfo-Mosca), nell’apprezzabile intento di promuovere la parità tra i sessi all’interno degli organi di amministrazione e controllo delle società quotate, abbia inciso sull’armonia complessiva delle dinamiche intrasocietarie, e se tale impatto abbia o meno comportato ulteriori riverberi sul piano dei principi costituzionali e comunitari.

A tal fine, si rende opportuna una generale panoramica dell’ambito disciplinare su cui verte l’intervento legislativo *de quo*, ossia, le norme sul funzionamento della società per azioni, intesa quale tecnica organizzativa² con cui la persona fisica può esercitare attività d’impresa in forma collettiva.

La società per azioni è infatti, prima che ente-persona giuridica, forma associativa³, riconosciuta dall’ordinamento quale strumento funzionale al perseguimento di finalità meritevoli di tutela. Con la partecipazione in società, si esplica la libertà di iniziativa economica privata⁴ (art. 41 Cost.), la cui piena

² S’intende qui richiamare la nozione di società nell’accezione delineata da IBBA C. «Giuridicamente la società non è altro che una forma o una tecnica organizzativa; forma o tecnica nata a servizio di iniziative economiche collettive e come tale recepita e regolata dalla legge (almeno sino a qualche tempo fa), ma senza che questo precluda alla legge stessa - singolare o generale che sia - di renderla fruibile anche in assenza di un sostrato autenticamente associativo e, dunque, anche da iniziative economiche individuali» (Si riporta testualmente l’opinione dell’Autore quale espressa in *Le società "legali" per la valorizzazione, gestione e alienazione dei beni pubblici e per il finanziamento di infrastrutture: Patrimonio dello Stato e Infrastrutture s.p.a.*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, 447).

³ La società è organizzazione stabile di persone diretta al perseguimento di uno scopo lucrativo. In tal senso, ASCARELLI T., *Cooperativa e società: concettualismo giuridico e magia delle parole*, in *Riv. soc.*, 1957, p. 397

⁴ Da riferirsi sia alla «libertà di investimento», sia alle «decisioni fondamentali dell’impresa», che si risolvono nelle scelte relative all’allocazione del capitale, al quanto produrre, a quanta e quale manodopera assumere, a quale prezzo vendere ecc. Si veda in proposito BALDASSARRE A., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 75.

attuazione passa necessariamente per la garanzia di un esercizio, non solo individuale, ma anche “in comune” dell’attività imprenditoriale.

A livello di principio, si osserva che la separazione tra la proprietà e la gestione dell’affare, particolarmente accentuata nelle società per azioni (soprattutto se quotate⁵), costituisce una potenziale compressione del libero svolgimento dell’attività d’impresa: qui il socio – imprenditore non può gestire direttamente il proprio affare, ma deve “subire”, attraverso la partecipazione sociale, gli effetti di una gestione altrui.

La libertà dell’imprenditore, apparentemente sacrificata nella esclusività⁶ della gestione sociale in capo all’amministratore, si recupera sul crinale della nomina (e della revoca) dell’organo amministrativo. È vero che i soci non possono interferire direttamente nella gestione, ma, riuniti in assemblea, possono liberamente scegliere a chi affidare tale gestione, individuando il soggetto meritevole della propria fiducia.

In tale quadro, non può non rilevarsi come qualsiasi intervento normativo che orienti e indirizzi la composizione dell’organo amministrativo della società, concretandosi pur sempre in una forma di “limitazione” che impinge sulla scelta del socio, si pone quantomeno in astratto conflitto con quel concetto di rapporto fiduciario⁷ che fonda e giustifica l’affidamento del patrimonio alla

⁵ Taluni Autori ravvisano una vera e propria «svalutazione» del ruolo dell’assemblea dei soci, stigmatizzato, tra l’altro, dal forte ricorso all’istituto del voto per delega. Cfr. AULETTA G., MIRONE A., SALANITRO N., *Diritto commerciale, sez. II L’impresa collettiva*, Giuffrè, 2012, p. 252.

⁶ Si evidenzia in dottrina come la riforma del 2003 in materia societaria abbia determinato una sorta di «esaltazione del momento gestionale», secondo un principio di *governance*, contenuto nell’art. 2380 *bis*, 1 c., che vede la gestione della società attribuita esclusivamente agli amministratori. Ciò significa che all’assemblea compete il potere che si concreta nella concessione della fiducia con la nomina e con l’approvazione annuale del bilancio, nonché il potere di revoca *ad libitum*, o, comunque, la facoltà della non riconferma nella carica. In ogni caso, l’assemblea non può interferire nell’azione di governo, se non nella forma radicale della revoca della fiducia (In tal senso BUONOCORE V., *La riforma delle società*, in *Giur. comm.*, 2003, 4, suppl., 8)

⁷ L’incarico dell’amministratore si basa sul *factum fiduciae* che intercorre tra quest’ultimo e la maggioranza dei soci, i quali hanno riposto affidamento sulle capacità e attitudini dell’organo di gestione. In tal senso, Cass. 21 novembre 1998 n.11801 in *Giur. It.* 1999, 562.

gestione altrui⁸. L'esempio per antonomasia è la regola statutaria che introduce il meccanismo del c.d. voto di lista, con cui sostanzialmente si impone la presenza di un amministratore rappresentativo della minoranza dei soci all'interno dell'organo amministrativo.

Peraltro, nonostante la potenziale compromissione della libertà di scelta dei soci, l'istituto del voto di lista è oramai ritenuto pacificamente legittimo. In dottrina e in giurisprudenza, la figura dell'amministratore di minoranza è stata infatti percepita come funzionale all'esigenza di garantire, all'interno dell'organo collegiale, quel «pluralismo» necessario ad agevolare la ricerca dell'«interesse sociale» (o dei soci) risultante dalla dialettica tra le diverse istanze espresse in seno all'assemblea⁹.

A conferma di tale ricostruzione, si segnala che, con specifico riferimento alle società quotate, l'art. 147-ter TUF ha reso persino obbligatorio il meccanismo del voto di lista all'interno degli statuti, evidenziando come il legislatore ritenga che anche solo l'astratta possibilità, per gli azionisti di minoranza, di poter partecipare attivamente alla nomina dei membri dell'organo amministrativo, mediante la garanzia apprestata dal voto di lista, rappresenti un valore cui

⁸ Con specifico riferimento alla «inopportunità» del meccanismo del voto di lista si veda JAEGER P.G., *Privatizzazioni, "Public companies"; Problemi societari in Giur. Comm.*, 1995, 5 e ss., secondo il quale «l'inclusione nel consiglio di amministrazione, considerato come l'organo gestore della società, di rappresentanti della minoranza, incontra obiezioni di fondo, quale quella che è altrettanto irragionevole immettere costoro nell'organo di governo della società, quanto lo sarebbe dare il benvenuto ai membri dell'opposizione nel governo di uno Stato».

⁹ Cfr. ANGELICI C., *La società per azioni, vol. I, Principi e problemi in Trattato di diritto civile e commerciale Cicu - Messineo - Mengoni*, diretto da Piero Schlesinger, Giuffrè, 2012, p. 388-389, il quale afferma che la circostanza che è preclusa agli azionisti la possibilità di intervenire in modo vincolante per gli amministratori sulla gestione dell'impresa evidenzia che ai soci risulta preclusa la possibilità di determinare come «in concreto si atteggia» l'interesse sociale. Sicché compito dell'amministratore diviene quello di ricercare tale interesse e la questione, dato il contesto pluralistico in cui tale ricerca deve avvenire, consiste nell'individuare i «criteri» utilizzabili allo scopo. Ad avviso dell'Autore forse anche in ciò si spiega la plausibilità di soluzioni che «consentono o addirittura impongono tecniche di scelta degli amministratori funzionali a caratterizzarli per la loro diversa provenienza», come può avvenire con il voto di lista e la conseguente nomina di amministratori di minoranza. Nello stesso senso anche M. STELLA RICHTER JR., *La collegialità del consiglio di amministrazione fra ponderazione dell'interesse sociale e composizione degli interessi sociali*, in LIBONATI (a cura di) *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, Milano, 1995, p. 277 ss.

improntare la disciplina delle società quotate, «una tutela imprescindibile per gli azionisti, *in primis*, ma anche per il mercato»¹⁰.

È in tale panorama normativo che si inserisce la l. 120/ 2011, atto con cui il legislatore ordinario ha modificato il testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria stabilendo il principio dell'equilibrio tra generi nella composizione degli organi sociali: principio da attuarsi attraverso un'apposita modifica delle relative norme contenute nei singoli statuti delle (sole) società quotate.

Obiettivo del presente contributo è valutare se e in che limiti la suddetta legge, che ha introdotto un vero e proprio sistema di quote di genere all'interno degli organi sociali, possa essere ragionevole e giustificabile, non solo in una prospettiva di mera opportunità, valutata rispetto alle esigenze del buon funzionamento del mercato, ma anche in un'ottica di coerenza con le scelte della nostra Legge Fondamentale, in particolare in relazione ai limiti tracciati dalla Costituzione per definire la categoria delle misure di attuazione del principio di uguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.).

1.2 Interesse sociale e tutela delle minoranze. La dialettica tra e “privato” e “pubblico”

Sotto il primo profilo, è opinione di chi scrive che il condizionamento della composizione del consiglio di amministrazione collegato al meccanismo del

¹⁰ Cfr. DRAGANI V. R., SEMINARA V., *Old-plating e semplificazione regolamentare: le novità introdotte dalla delibera consob n. 18214 del 9 maggio 2012* in *Riv. Soc.*, 2013, p. 1281 e ss. assicurare la partecipazione delle minoranze al procedimento decisionale contribuisca, da un lato, a rafforzare la fiducia dei risparmiatori nel mercato, e, dall'altro, garantisca una maggiore efficienza della *corporate governance* e del mercato stesso, favorendo l'assunzione della decisione (economicamente) migliore, proprio in quanto scaturigine del raffronto e della ponderazione tra le diverse alternative prospettabili. In senso favorevole all'istituto del voto di lista si veda anche NAZZICONE L., PROVIDENTI S., *Amministrazione e controlli nella società per azioni*, in *Il nuovo diritto societario* - a cura di Giovanni Lo Cascio, Milano, 2010, 77, secondo cui tale meccanismo «è modalità elettiva proficua specialmente perché permette ai soci di conoscere in anticipo il curriculum dei candidati, da chiunque espressi».

voto di lista, abbia natura e *ratio* profondamente differenti rispetto all'istituto delle quote di genere.

Difatti, se nel primo caso l'elezione dell'organo gestionale è modulata con riferimento ad un parametro "endosocietario", ossia, la rappresentatività, alternativamente, dei soci di minoranza o di maggioranza, nel secondo caso il criterio che viene in rilievo ha portata eminentemente "extrasocietaria", consistendo nella mera appartenenza al genere maschile o femminile: un parametro che nulla ha a che vedere con il fenomeno societario e che attiene unicamente alle caratteristiche personali del componente.

Infatti, il parametro della "rappresentatività" dei soci, di minoranza piuttosto che di maggioranza, nasce ed esaurisce il proprio significato unicamente all'interno della compagine dei soci; viceversa, l'appartenenza al genere è una qualità personale dell'individuo, inteso quale membro della "società civile".

Il genere, maschile o femminile, è "neutro" rispetto al *business*.

La produttività della società scaturisce dalla bontà economica delle decisioni del *board*: bontà che, verosimilmente, è corroborata dal confronto non tra le diverse identità sessuali dei suoi membri, ma tra i diversi programmi di investimento (di maggioranza o di minoranza) di cui ciascuno si rende portavoce.

Pare dunque ragionevole sostenere che il condizionamento del voto di lista sia funzionale al perseguimento dell'interesse dei soci, inteso quale interesse eminentemente patrimoniale¹¹, risultante dal temperamento ottimale tra le istanze di maggioranza e minoranza assembleare. Viceversa, tale funzione non pare sostenibile con riferimento ad una "spartizione di poltrone" improntata al criterio del genere. Infatti, salvo supporre, aprioristicamente, che il genere

¹¹ Si veda sul punto ANGELICI C., *Società per azioni e in accomandita per azioni*, voce XLII, *Enc. Dir.*, Milano, 1990, il quale, delineando il ruolo dell'interesse sociale quale parametro di valutazione dell'attività dell'amministratore, afferma che, per l'organo amministrativo si tratta della cura di interessi ad esso esterni, «che si puntualizzano essenzialmente con riferimento alla consistenza "patrimoniale" della società. In questo senso non sembra azzardato (..) osservare che, anche qualora si ritenesse di riconoscere spazio in tale quadro ad esigenze ulteriori rispetto a quelle dei soci, pur esse dovrebbero essere intese in questi termini patrimoniali.»

femminile goda (per una qualche indimostrabile propensione biologica) di più spiccate attitudini manageriali, non è detto che una maggiore presenza della componente femminile all'interno del *boards* tradurrà necessariamente in un miglior perseguimento dello scopo lucrativo¹².

Dunque, la scelta del legislatore, volta a favorire la diversità di genere all'interno dell'organo gestionale delle società quotate, non può che ricollegarsi al perseguimento di interessi "extrasociali" e, pertanto, *lato sensu* pubblicistici. Il che, peraltro, non è fenomeno sconosciuto all'ordinamento, posto che il perseguimento dell'interesse pubblico non è ontologicamente incompatibile con l'interesse privato del profitto, ma può ben affiancarsi a quest'ultimo, senza snaturarne l'essenza¹³.

Ciò che lascia interdetti, piuttosto, è la modalità con cui il legislatore ha deciso di perseguire l'obiettivo della diversità di genere all'interno del consiglio di amministrazione.

Infatti, diversamente da quanto avviene per l'amministratore di minoranza, la cui nomina resta comunque subordinata all'effettiva presentazione di liste¹⁴, «conriguardo agli esponenti di genere, il legislatore impone il rispetto del dettato normativo a prescindere dalla presentazione delle liste, invitando le società ad adoperarsi affinché, all'esito della procedura elettiva, sia raggiunta

¹² In senso parzialmente contrario si segnala l'opinione di CASARICO A., PROFETA P., *Donne in attesa. L'Italia delle disparità di genere*, Egea, Milano, 2010, p. 76; 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.

¹³ Sulla piena confluenza dell'interesse pubblico nell'interesse sociale, si veda l'autorevole opinione di OPPO G., *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, 156, il quale, con specifico riferimento al caso di società partecipate da enti pubblici, afferma che l'interesse (pubblico) di cui è portatrice la partecipazione dell'ente può essere ricondotto alla funzione concreta della società e quindi alla sua causa concreta; difatti «l'interesse pubblico può servirsi del diritto privato, ma non può chiedere al diritto privato più di quanto esso può dare e deve accettare del diritto privato ciò che gli è essenziale» (cfr. OPPO G., *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1994, 41).

¹⁴ Il voto di lista costituisce un'opportunità che viene offerta alle minoranze azionarie e non una condizione imprescindibile di corretta composizione del consiglio, il quale, ove un'unica lista sia stata effettivamente presentata, sarà composto da membri tratti esclusivamente dalla medesima. Cfr. CHIAPPETTA F., *Diritto del governo societario*, Padova, 2010, 134.

la necessaria rappresentanza»¹⁵. La l. 120/2011, dunque, introduce un onere di carattere obbligatorio e non meramente promozionale, non limitandosi a garantire parità di *chances* nella competizione fra i candidati al consiglio, ma assicurando al genere meno rappresentato il risultato dell'elezione¹⁶.

Tale *modus operandi* non può che suscitare perplessità, laddove si consideri che l'istituto del quote di genere, pur essendo le stesse formulate in modo apparentemente neutro¹⁷, non si limita ad evitare una semplice discriminazione nella fase di “accesso” alla nomina, ma, al contrario, imponendo che le norme statutarie siano formulate in modo da garantire un certo risultato (successivamente) all'elezione, pare comportare, *ictu oculi*, un'autentica deroga al principio di uguaglianza formale cristallizzato nell'art. 3, comma 1, Cost.

Una deroga, quella da ultimo richiamata, che, per le ragioni che si avrà modo di illustrare nel paragrafo successivo, non sembra trovare (sufficiente) legittimazione nell'ambito delle misure attuative del principio di eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost)¹⁸.

¹⁵ Cfr. Circ. Assonime n. 16/2012, *La parità di accesso agli organi di amministrazione e controllo delle società quotate*, in *Riv. soc.*, 2012, 816 e ss. .

¹⁶ Cfr. SICCARDI C., *Le quote di genere nei consigli di amministrazione delle società: problematiche costituzionali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹⁷ L'art. 147-ter del TUF fa riferimento al «genere meno rappresentato».

¹⁸ Sui limiti costituzionali entro cui la legge può stimolare e coordinare l'attività privata a fini sociali, si veda D'ALOIA A., *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale, Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Parma, 2002, cit., p. 321. L'Autore 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, PACE A., *L'iniziativa economica e privata*, in AA.VV. *Studi in Memoria di Franco Piga*, vol. II, Milano, p. 1624, che ritiene preferibile l'introduzione di discipline che tendano a sviluppare l'attività economica attraverso strumenti indiretti, incentivi economici e sgravi fiscali.

1.3 La legittimità del criterio del “genere” in rapporto al principio di eguaglianza (formale e sostanziale)

Da quanto sinora esposto, è logico inferire che la legittimità/illegittimità costituzionale della l. 120/2011 dipende strettamente dalla portata interpretativa che s'intenda attribuire al principio di eguaglianza, e, in particolare, al rapporto intercorrente tra le due accezioni, formale e sostanziale, del medesimo principio.

L'operazione ermeneutica non è priva di insidie: basti rilevare che lo stesso dato letterale dell'art. 3, comma 1, secondo cui «tutti sono uguali davanti alla legge senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali», integra di per sé una potenziale antinomia con l'obiettivo dell'eguaglianza sostanziale, ponendosi, *stricti verbis*, come regola di «irrilevanza giuridica» del sesso e delle altre diversità contemplate¹⁹.

A tale irrilevanza fa però da contrappunto il successivo comma 2, che sancisce l'impegno della Repubblica a «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale» che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini: ostacoli che, evidentemente, ben possono consistere nell'appartenenza ad un genere, ad una fede religiosa, ad una minoranza linguistica, ecc.

Il profilo problematico²⁰ è palese: gli elementi che per il primo comma non devono fondare distinzioni di trattamento normativo tra gli individui, possono tuttavia acquistare valore giuridico quali ostacoli da rimuovere attraverso

¹⁹ Cfr. Corte cost., 12 settembre 1995, n. 422, in *Giust. civ.*, 1995, 2583B, con nota di SOTGIU S., *La corte costituzionale e le donne: tutela ma non potere al sesso debole*. Specifica in particolare la Corte che «Il principio di eguaglianza davanti alla legge, inoltre, sarebbe vanificato se, in nome di una pretesa eguaglianza sostanziale, il legislatore potesse assumere disposizioni di favore in ragione delle diverse condizioni personali elencate nel primo comma, o in ogni caso assumere quelle diverse condizioni personali come elemento di discriminazione fine a se stessa».

²⁰ È opinione diffusa, già nella più risalente dottrina, che la previsione dell'art., 3 commi 1 e 2, Cost., incarni quella fondamentale contrapposizione tra libertà ed eguaglianza, tra omologazione e differenziazione, che, agli inizi degli anni '90, è stata definita come il problema «della dialettica a simmetria tra diritti formalmente eguali e possesso diseguale dei medesimi» RODOTÀ S., *Repertorio di fine secolo*, Roma - Bari, 1992, 91-92.

interventi “positivi” del legislatore, che neutralizzino l’effetto limitativo che il singolo elemento (sesso, religione, razza ecc.) comporta nel godimento del diritto o della libertà.

L’azione positiva del legislatore costituisce dunque una peculiare ipotesi di c.d. «rovesciamento», derivante dal fatto che la tecnica dell’espressa discriminazione, storicamente usata per emarginare, viene qui utilizzata per attribuire benefici in via esclusiva a soggetti da sempre colpiti da trattamenti deteriori, in modo da compensare gli svantaggi subiti sino a quel momento²¹.

Resta però da chiarire fino a che punto sia possibile spingere l’interpretazione del concetto di azione positiva senza che ciò finisca col comportare una «discriminazione al contrario», così violando, indirettamente, il principio di eguaglianza formale²².

Con specifico riferimento alle azioni volte a promuovere la parità di genere, va premesso che il primo orientamento della Corte Costituzionale in materia era parso particolarmente restrittivo, in quanto la Consulta del 1995 ha dichiarato la illegittimità costituzionale di norme che imponevano 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 elettivi²³.

²¹ Cfr. PIERONI S., *La «Rappresentanza Di Genere» Negli Organi Collegiali Degli Enti Locali*, in *Giur. Merito*, 2010, 1683 e ss., secondo cui «Le azioni positive si presentano, pertanto, come misure di favore generatrici di diritto diseguale, nella logica del principio di eguaglianza sostanziale sancito dall’art. 3 comma 2 Cost».

²² Sul rapporto tra primo e secondo comma come sviluppo progressivo del livello di eguaglianza, si veda PIERONI S., *La «Rappresentanza Di Genere» Negli Organi Collegiali Degli Enti Locali*, op. cit., che riprende l’opinione espressa da MONTELLA G., *Pari opportunità*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., II, Torino, 2008, 585 e ss, secondo cui «la contesa sull’interpretazione del principio di eguaglianza si svolge in gran parte sulla differenza tra eguaglianza formale e sostanziale, individuandosi sei possibili significati della eguaglianza giuridica: 1) generalità di regole, 2) unicità del soggetto giuridico, 3) eguaglianza di fronte alla legge, 4) divieto di discriminazioni, 5) eguaglianza nei diritti fondamentali, 6) pari opportunità di perseguire progetti di vita e partecipare all’organizzazione della società. In questo prospetto ciascun significato del principio di eguaglianza risulta formale rispetto a quelli che lo seguono e sostanziale rispetto a quelli che lo precedono». Posto che il criterio seguito nell’elencare i sei significati è quello «dell’incremento progressivo dei requisiti dell’eguaglianza», le pari opportunità si collocano al livello più alto di tutela sostanziale, il che implica la massima attenzione del legislatore per la soluzione dei problemi di discriminazione (non solo di genere).

²³ Si veda Corte cost. 12 settembre 1995, n. 422, cit.

Tuttavia, come acutamente sottolineato dalla dottrina, la posizione della Corte si è rivelata meno *tranchant* di quanto in un primo momento potesse sembrare, in quanto il fondamento dell'illegittimità costituzionale delle quote di genere va ravvisato, nel caso di specie, non tanto nella violazione del principio di eguaglianza formale, quanto piuttosto nella specificità del contesto di riferimento (rappresentanza politica) su cui dette misure vanno ad incidere. In particolare, «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, o diritti fondamentali e inderogabili dei cittadini, quali il diritto di voto²⁴ ed il diritto all'elettorato passivo»²⁵. Dunque, sostiene la Consulta, nell'ambito della competizione elettorale, le azioni positive non sono ammissibili, in quanto rischierebbero di scalfire i principi supremi dell'ordinamento costituzionale e i diritti inderogabili degli individui²⁶; viceversa, nell'ambito socio economico «la compensazione delle diseguaglianze» risulta pienamente ammissibile quale «svolgimento immediato di cui all'art. 3, comma 2, Cost.», secondo quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella diversa sentenza n. 109 del 26 marzo 1993²⁷.

²⁴ Sull'eguaglianza formale del voto come limite alle politiche egualitarie si veda DWORKING R., *Discriminazione alla rovescia*, cit. 1982, p. 298; AINIS M., *Azioni positive e principio d'eguaglianza*, in *Giur. Cost.* 1992, p. 586 ss.; l'Autrice 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.»

²⁵ Cfr. SICCARDI C., *Le quote di genere nei consigli di amministrazione delle società: problematiche costituzionali*, op. cit., che segnala come la Corte costituzionale individui nell'inizio della competizione elettorale, il momento in relazione al quale le azioni positive non sono ammissibili.

²⁶ Si veda Corte cost., 29 dicembre 1988, n. 1146, in *Giur. Cost.*, 1988, 5565, secondo cui «la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali». Tali «sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana».

²⁷ In *Regioni*, 1993, 1705. La Corte ha affermato, in questa occasione, che le azioni positive in materia di imprenditoria femminile introdotte dalla legge 25 febbraio 1992, n. 215, perseguono

In base a tale criterio, l'istituto delle quote di genere all'interno dei consigli di amministrazione delle società quotate dovrebbe risultare pienamente conforme al dettato costituzionale, in quanto, incidendo su un contesto squisitamente socio economico, qual è la disciplina della società per azioni, non rischia di interferire con la sfera di applicazione dei principi costituzionali supremi.

Tuttavia, ad una più attenta analisi, emerge come sia proprio la "struttura" della misura adottata dal legislatore, a palesare profili di incompatibilità con il dettato costituzionale, esorbitando dai limiti di applicabilità di cui all'art. 3 comma 2. La legge n. 120 del 2011 ha infatti operato introducendo, *ex abrupto*, una garanzia di parità nei risultati, piuttosto che nell'accesso alla competizione: un *modus* che, secondo l'interpretazione della Corte Costituzionale, si pone in stridente contrasto con quella nozione (molto più "*soft*") di «rimozione degli ostacoli» che il comma 2 dell'art. 3 Cost. identifica come modalità attuativa del principio di eguaglianza sostanziale. Ciò, quantomeno, è quanto si deduce dalle stesse affermazioni della Consulta, la quale ha escluso che possano essere legittimamente introdotte nell'ordinamento misure che «non si propongono di "rimuovere" gli ostacoli che impediscono alle donne di raggiungere determinati risultati, bensì di attribuire loro direttamente quei risultati medesimi»²⁸, ponendosi come intrinsecamente incoerenti con le finalità del secondo comma dell'art 3.

Tale limite vale, evidentemente, per tutte le azioni positive, che si giustificano all'interno dell'ordinamento costituzionale nella misura in cui neutralizzino i fattori di diversità *ex ante*, al momento dell'accesso ai benefici, non *ex post*,

finalità che sono svolgimento immediato del dovere fondamentale - che l'art. 3, secondo comma, della Costituzione assegna alla Repubblica. Riconosce inoltre la Corte che «le "azioni positive", sono 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.»

attribuendo direttamente ed automaticamente²⁹ un risultato alla categoria svantaggiata³⁰.

Ciò posto, è opinione di chi scrive che l'istituto delle quote di genere, come delineato nella legge n. 120 del 2011, possa seriamente configurare un *vulnus* al principio di eguaglianza, formale e sostanziale, come sinora interpretato dalla giurisprudenza costituzionale.

1.4 La Legge n. 120 del 2011 alla luce dei principi comunitari

Occorre ora valutare la sostenibilità delle quote di genere anche alla luce di quel fondamentale “tassello” dell'ordinamento giuridico rappresentata dal diritto comunitario.

Nel diritto UE il principio della parità dei sessi è attualmente cristallizzato nell'art. 157 del TFUE (ex art. 141 TCE), per quanto la Corte di Giustizia CE avesse già precedentemente elaborato il principio di parità uomo-donna in via pretoria, qualificandolo quale «espressione specifica del principio generale di uguaglianza che vieta di trattare in maniera diversa situazioni analoghe, a meno che tale differenza di trattamento non sia obiettivamente giustificata».³¹

²⁸ Cfr. Corte Cost., 14 gennaio 2010, n. 4, in *Giur. Cost.*, 2010, 93, con nota di LEONE S., *La preferenza di genere come strumento per «ottenere, indirettamente ed eventualmente, il risultato di un'azione positiva»*.

²⁹ Si noti 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.

³⁰ In questo senso LEONE S., op. cit. *supra*, secondo cui le azioni positive sono misure che comportano l'adozione di discipline giuridiche differenziate a favore delle categorie sociali svantaggiate, ma fermo restando il limite che le stesse incontrano: il vantaggio può essere solo diretto a «innalzare la soglia di partenza» e non, quindi, ad attribuire il risultato.

³¹ Cfr. PICCONE V., *Commento* (art. 157 TUFUE), in *Trattati dell'Unione Europea* a cura di Tizzano A., Milano, 2014, 1459 e ss., secondo cui il principio della parità uomo donna si colloca, insieme a quello delle classiche libertà di circolazione, tra i principi più tradizionali e radicati nell'ordinamento giuridico europeo. Peraltro, i corollari di tale principio, e segnatamente la parità di trattamento ed il divieto di discriminazione, erano originariamente concepiti in chiave strumentale, e cioè quali misure finalizzate a garantire il funzionamento del mercato concorrenziale. L'attuale formulazione dell'art. 157 consente invece di attribuire loro una rilevanza autonoma, in quanto principi costitutivi della dimensione sociale della

La Corte di Lussemburgo aveva infatti affrontato già negli anni '90 il tema dell'ammissibilità, nel contesto comunitario, della predisposizione di misure specifiche a favore delle donne. L'originario orientamento della Corte (Corte giust. 17 ottobre 1995, causa C-450/93, *Kalanke*³²) era stato particolarmente restrittivo, e si era espresso nella dichiarazione di contrarietà al principio di non discriminazione tra i sessi di una disposizione tedesca che stabiliva automaticamente, a parità di qualificazioni dei candidati, una preferenza all'assunzione di donne in settori in cui, in quel momento, le stesse non fossero sufficientemente rappresentate (in quanto non ricoprivano almeno la metà dei posti in organico)³³.

La posizione della Corte si è poi "ammorbida" in una successiva sentenza (Corte giust. 11 novembre 1997, causa C-409/95, *Marshall*³⁴) in cui i Giudici comunitari hanno sì riconosciuto la legittimità di trattamenti differenziati diretti al conseguimento di una presenza equilibrata di uomini e donne all'interno delle diverse posizioni professionali, ma hanno anche precisato che tali misure, per la loro intrinseca connotazione discriminatoria, costituiscono eccezioni rispetto al diritto di ogni individuo a non essere discriminato in ragione del sesso, e sono pertanto consentite solo nel rispetto di precisi limiti.

In particolare, sono da considerarsi ammissibili solo le misure che, da un lato, attivano il trattamento preferenziale in caso di pari qualifiche tra i candidati; e

cittadinanza dell'Unione e fondativi di libertà individuali e diritti fondamentali che trovano la comune radice nella tutela della dignità della persona.

³² In *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 1996, 671, con nota di GRASSI A. *La sentenza Kalanke: un'inversione di rotta nelle politiche comunitarie sulla pari opportunità?*

³³ Il fatto che la normativa fosse stata ritenuta dalla Corte contrastante con il principio di non discriminazione per ragioni di sesso, metteva in discussione il ricorso agli strumenti di tutela attiva del sesso sottorappresentato ed in particolare il sistema delle 'quote'. Cfr. PICCONE V., op. cit. Successivamente, la Commissione [COM (96) 88] precisò che la Corte aveva sanzionato la legislazione tedesca solo nella misura in cui essa prevedeva un'automaticità assoluta ed incondizionata nella procedura di assunzione e promozione delle donne, e presentò contestualmente una proposta di modifica della direttiva per precisare che avrebbero dovuto reputarsi non contrastanti con la stessa le misure che «includono il riconoscimento di una preferenza, riguardo all'accesso al lavoro o alla promozione, a favore di una persona del sesso insufficientemente rappresentato, purché tali misure non escludano la valutazione delle circostanze particolari delle singole fattispecie»

che, dall'altro, prevedono una "clausola di riserva" tale da garantire ai candidati di sesso maschile un esame obiettivo delle candidature: esame che dovrà prendere in considerazione tutti i criteri relativi alla persona dei candidati e che non dovrà tener conto della precedenza accordata ai candidati di sesso femminile qualora uno o più di tali criteri facciano propendere per il candidato di sesso maschile.

In altri termini, sembra dire la Corte, l'azione positiva non è discriminatoria, a condizione che la preferenza si attivi solo tra soggetti che presentino parità di "meriti": una condizione che, evidentemente, mal si attaglia al meccanismo delle quote nei consigli di amministrazione, in quanto la composizione dell'organo gestionale non passa attraverso una fase di "confronto" tra i diversi candidati sotto il profilo della rispondenza a particolari requisiti professionali.³⁵

L'ulteriore apertura (da molti salutata come «definitiva»³⁶) alle azioni positive in materia di genere, si è poi verificata nel 2000 (Corte giust. 28 marzo 2000, causa C-158/97, *Badeck*³⁷) quando la Corte si è trovata a dover valutare l'ammissibilità di meccanismi di quote³⁸ previsti da una legge tedesca sul pubblico impiego.

Anche quest'ultima decisione, tuttavia, non pare far gioco al legislatore italiano, perché per quanto la Corte abbia incontrovertibilmente dichiarato l'astratta compatibilità delle quote di genere con il diritto comunitario, non può sfuggire all'interprete che tale compatibilità sia stata riconosciuta proprio in ragione del carattere di «flessibilità» che improntava in misura "dominante" il sistema di

³⁴ In *Riv. Giur. Lav* 1998, 45 e ss con nota di SCARPONI S., *La sentenza Marschall continuità e discontinuità rispetto a Kalanke*.

³⁵ Si veda in proposito SICCARDI C., op. cit., che sottolinea come la legge n. 120 del 2011 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.

³⁶ In tal senso PICCONE V., op. cit., p. 1474.

³⁷ In *Corriere giuridico* 2000, 825. Per un commento alla sentenza si veda anche POLLICINO O., *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario* Milano, 2005, 48 ss.

quote architettato dalla legge tedesca: carattere che, invece, pare “recessivo” (*rectius* del tutto assente) nel sistema di quote introdotte dal legislatore italiano con la legge 120 del 2011³⁹.

La difficoltà di ricondurre l'intervento del legislatore italiano nell'alveo dei principi comunitari emerge dalle stesse argomentazioni adoperate dalla Corte di giustizia nella sentenza *Badeck*, laddove si evidenzia che la misura promozionale tedesca è conforme al diritto UE in quanto, da un lato, consiste in «una quota finale flessibile», che «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 [dall'altro] 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»⁴⁰.

In estrema sintesi, è proprio l'automaticità del risultato⁴¹ previsto dalla legge n. 120 del 2011 che impedisce di ricondurre le quote di genere italiane al prototipo delle azioni positive delineato dalla giurisprudenza comunitaria. Un'automaticità che, a prescindere dalla finalità di apprezzabile supplenza all'“immaturità” del tessuto sociale italiano rispetto alla condizione femminile, pone la nostra disciplina societaria in una condizione di (duplice) conflittualità, non solo sul versante interno/costituzionale, ma anche su un altro fronte, qual è appunto quello comunitario, in cui le “inadeguatezze” del legislatore rischiano di avere una risonanza ben più ampia, specialmente in termini di competitività dell'ordinamento sul mercato internazionale.

³⁸ La legge tedesca prevedeva una serie di disposizioni volte a favorire la presenza di donne in particolari settori professionali, tra cui, in particolare, norme che riservavano delle quote al genere femminile nella partecipazione a corsi di formazione e nei colloqui di assunzione.

³⁹ Si noti che la Corte di giustizia, nella sentenza *Badeck* cit., evidenzia come le misure preferenziali che la legge tedesca introduce a vantaggio del genere femminile, «non comportano il conseguimento di un risultato definitivo di assunzione o promozione, ma offrono possibilità supplementari alle donne in possesso di qualifiche per agevolarne l'ingresso nel mondo del lavoro e la carriera»,

⁴⁰ Cfr. Corte giust. 28 marzo 2000, causa C-158/97, *Badeck*, cit.

1.5 Le iniziative normative comunitarie a promozione della *gender diversity*

Dopo aver analizzato l'orientamento scaturente dalle pronunce della Corte di Giustizia, occorre ora analizzare la "reazione", da parte del legislatore comunitario, alla sotto-rappresentanza del genere femminile nelle cariche implicanti un coinvolgimento diretto e attivo nell'ambito di processi decisionali di importante rilevanza economica, in primo luogo nei consigli di amministrazione delle società quotate⁴².

Tale reazione si è estrinsecata, in un primo momento, con l'emanazione di due raccomandazioni del Consiglio⁴³ che hanno, da un lato, incentivato il settore privato ad incrementare il numero di donne da coinvolgere nei processi decisionali, e, dall'altro, hanno esortato la Commissione a intraprendere iniziative aventi rilevanza normativa a tal riguardo. Peraltro, è proprio la composizione dei consigli di amministrazione delle società che presenta un più forte disequilibrio, specialmente avendo riguardo alle imprese pubbliche⁴⁴, rispetto ad altri settori.

Sebbene alcuni progressi siano stati raggiunti, questi non paiono significativi e, comunque, si caratterizzano per un lentezza che manifesta l'inadeguatezza delle misure intraprese⁴⁵. Gli Stati membri che hanno introdotto delle misure

⁴¹ Un terzo dei posti del CDA viene assegnato, sin dall'inizio e in maniera automatica, al genere meno rappresentato.

⁴² In base a dati elaborati nell'ambito dello studio *Women in economic decision making in the EU* il 13,7% di membri degli consigli di amministrazione delle maggiori società quotate in Borsa sono donne, il 15% relativamente alla carica di amministratore non esecutivo. http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/women-onboards_en.pdf.

⁴³ GU L 331 del 19.12.1984, p. 34 e GU L 319 del 10.12.1996, p. 11.

⁴⁴ Nella Proposta di Direttiva riguardante il miglioramento dell'equilibrio di genere fra gli amministratori senza incarichi esecutivi delle società quotate in Borsa e relative misure, COM (2012) 614, si legge «30% di donne ai livelli più alti delle amministrazioni pubbliche nazionali; 33% di donne fra i membri delle più alte corti giudiziarie. Negli istituti di ricerca, il 22% dei membri dei consigli d'amministrazione sono donne (2007). Solo le banche centrali nazionali sono rimaste, contro ogni tendenza, roccaforti quasi esclusivamente maschili: l'83% dei membri nei loro consigli d'amministrazione sono uomini, e attualmente non vi è una sola donna amministratrice di una banca centrale nell'UE».

⁴⁵ *Women in economic decision making in the EU* cit.

vincolanti, e non si sono limitati a promuovere iniziative di autoregolamentazione, hanno presentato miglioramenti più significativi, seppur insufficienti a far rientrare il *gender gap* nell'ordine della fisiologia.

In ogni caso, appare chiaro come, l'utilizzo di approcci e politiche normative differenti abbia dato luogo a discrepanze non soltanto in termini di tassi di miglioramento tra i diversi stati membri, ma anche problematiche a livello di mercato interno, poiché non vi è omogeneità circa i requisiti imposti alle società quotate in materia di governo societario relativamente a tale tematica (si pensi alle società il cui *business* si estrinseca a livello transfrontaliero).

L'assenza di trasparenza nei processi di selezione, nonché nelle competenze richieste per l'attribuzione dei posti in consiglio, rappresenta uno degli aspetti maggiormente critici rispetto all'instaurazione di una più sviluppata *gender diversity*, e questo non fa che incidere negativamente sulla libertà di circolazione dei candidati, sulle possibilità per le donne, pur in possesso delle qualificazioni necessarie, di candidarsi e, più in generale, sulla fiducia degli investitori, soprattutto a livello transnazionale.

Più in generale, è la crescita economica a risentire del mancato ricorso alle *skills* offerte dalle donne: per un'economia pienamente globalizzata, per la promozione di competitività rispetto ai paesi extraeuropei e per un migliore approccio allo sviluppo demografico, è indubbiamente necessario impiegare tutte le risorse umane a disposizione⁴⁶.

Proprio alla luce di tale contesto, la Comunità ha intrapreso numerose iniziative normative volte allo sfondamento di quello che è stato definito come il “soffitto di cristallo”⁴⁷, cioè di tutte quelle barriere socio-culturali che risultano in una cronica riluttanza a nominare membri di sesso femminile ai

⁴⁶ Proposta direttiva cit.

⁴⁷ *Inter alia*: Cotter D. A., Hermsen J. M., Ovadia S., Vanneman R. *The glass ceiling effect*, in *Social Forces*, 2001, Vol. 80 No. 2, p. 655–81; Catherwood Library reference librarians, *Question of the Month: Where did the term 'glass ceiling' originate?*, 2005, Cornell University, ILR School; Davies-Netzley S. A., *Women above the Glass Ceiling: Perceptions on Corporate Mobility and Strategies for Success*, in *Gender and Society*, 1998, Vol. 12, No. 3, p. 340.

livelli apicali delle società (e, più in generale, che rendono difficoltoso l'accesso e l'avanzamento in una qualsiasi organizzazione lavorativa).

I persistenti bassi livelli di rappresentanza delle donne rappresentano uno dei sintomi di una più generale mancanza in termini di *diversity* che caratterizza la composizione degli organi societari.

La Commissione europea ha manifestato il proprio sostegno ad una maggiore *gender diversity* nella composizione degli organi societari, e comunque tra le posizioni apicali, in ultimo nell'ambito della Carta per le donne⁴⁸ e nella Strategia per la parità tra donne e uomini 2010-2015⁴⁹. Si ricordi ancora il Patto europeo per la parità di genere 2011-2020, adottato dal Consiglio volto a sollecitare azioni positive per la promozione della parità nella partecipazione ai processi decisionali tra donne e uomini quale elemento fondamentale per la crescita economica, prosperità e competitività.

Anche il Parlamento europeo ha in più occasioni esortato ad un cambiamento in tale settore, invitando non solo gli Stati ma la stessa Commissione a proporre una soluzione legislativa volta alla regolamentazione delle quote, così da raggiungere l'obiettivo del 30% di presenza femminile negli organi di gestione entro il 2015 e del 40% entro il 2020⁵⁰.

La Commissione, nel novembre 2012, ha risposto a tale istanza con una proposta di direttiva⁵¹, volta appunto ad aumentare significativamente il numero di donne membri degli organi amministrativi delle società quotate fino alla misura minima del 40% tra gli amministratori non esecutivi e a stabilire per le società che non raggiungono tale quota l'obbligo di introduzione, nell'ambito delle procedure di selezione, di criteri volti al raggiungimento di tale obiettivo. La scelta di incrementare la presenza del sesso sotto-rappresentato tra i membri non esecutivi dell'organo si radica, dunque, nel compromesso tra l'

⁴⁸ COM(2010) 78 definitivo.

⁴⁹ COM(2010) 491 definitivo.

⁵⁰ Cfr., *inter alia*, Risoluzione del 6 luglio 2011 sulle donne e la direzione delle imprese (2010/2115(INI)); Risoluzione del 13 marzo 2012 sulla parità tra donne e uomini nell'Unione europea – 2011 (2011/2244(INI)).

incremento della *diversity* nella composizione e la necessità di non ingerire eccessivamente nella routine gestoria della società.

Tale spiegazione, seppure sostenibile in chiave di opportunità (per le motivazioni che abbiamo in precedenza sottolineato, di non imporre forti vincoli alla proprietà rispetto alla scelta dei soggetti che vanno a decidere circa l'amministrazione dell'impresa sociale), pare tuttavia in contraddizione con l'intento primario del legislatore, che è quello di coinvolgere in maggior misura il sesso sotto-rappresentato nei processi decisionali. Infatti, tale scelta pare in qualche modo incentivare il fenomeno della "segregazione" delle donne in incarichi privi di deleghe esecutive: un ruolo che, nei fatti, rischia di essere passivo rispetto alle scelte gestorie. Di altro avviso pare essere la Commissione, la quale ritiene che, in realtà, tale scelta abbia delle ricadute positive sulla *gender diversity* a tutti i livelli della gerarchia interna, poiché gli amministratori non esecutivi hanno poteri significativi sia in materia di nomine di incarichi a livelli apicali sia nella *policy* inerente alla materia delle risorse umane.

Va inoltre segnalato che sovente il legislatore comunitario, nell'ambito delle iniziative richiamate, ha puntato il dito contro un'alta probabilità, a fronte di una scarsa *diversity* nella composizione degli organi sociali, che si riscontri la creazione del cosiddetto "pensiero di gruppo"⁵², ossia, di quel fenomeno psicologico che si verifica quando il desiderio di consenso generale di opinione nell'ambito di un processo decisionale prevale sull'attitudine dei membri coinvolti di valutare ulteriori alternative effettive: una tendenza che, evidentemente, rischia di condurre a una riduzione in termini di creatività, di inibire tendenze innovative e di determinare *performance* non ottimali.

Innalzare il livello di diversità tra i membri del gruppo, rappresenta chiaramente una possibile soluzione per inibire tale fenomeno. Eppure, una mera iniezione di *diversity* non sembra essere un rimedio definitivo al rischio che si crei un forte pensiero di gruppo: se, forse, in gruppi di piccole

⁵¹ Proposta di Direttiva cit.

dimensioni può essere un sistema efficace, in grandi e complesse organizzazioni la “mera” *diversity* potrebbe comunque non incidere nell'*outcome* del processo decisionale. Peraltro, il “gruppo” tende ad autoreplicare se stesso e, quindi, se la decisione concernente la nomina di un nuovo membro nel gruppo spetta al gruppo stesso, l'organizzazione, pur a fronte di un *improvement* nel livello di *diversity*, non ne trarrà alcun beneficio.

Si aggiunga che *diversity* non significa mera eterogeneità nella provenienza geografica e nel genere. Un'organizzazione può, infatti, presentare una forte diversità sociologica a fronte di una scarsissima eterogeneità ideologica. Non si può desumere semplicisticamente che una maggiore *diversity* sociologica comporti necessariamente un miglioramento dal punto di vista del livello di ideologia condivisa.

È questo viene sostanzialmente colto dal legislatore comunitario, sebbene con quale incertezza ed ambiguità. Il riferimento è alla recente Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio *recante modifica delle direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune società e di taluni gruppi di grandi dimensioni*, n. COM(2013) 207, in cui si fa riferimento non esclusivamente alla diversità di genere, ma anche ad altri fattori che influiscono sul manifestarsi del pensiero di gruppo⁵³.

⁵² Come definito da Janis I. L. nell'opera "*Groupthink*", in *Psychology Today*, 1971, 5, p. 43–46, 74–76

⁵³ Al paragrafo 2 di tale provvedimento, si legge «I consigli delle società i cui membri hanno seguito un analogo percorso formativo e professionale, hanno la stessa origine geografica e la stessa età o sono dello stesso sesso possono essere dominati da un “pensiero di gruppo” ristretto. Questa situazione può contribuire a impedire che le decisioni della dirigenza siano effettivamente messe in discussione, perché la mancanza di punti di vista, valori e competenze diversi rischia di smorzare il dibattito, di impoverire le idee e di scoraggiare la critica. Può inoltre rendere più difficile l'accettazione di idee innovative proposte dalla dirigenza. L'insufficiente diversità nella composizione dei consigli è dovuta soprattutto al fatto che il mercato non offre incentivi sufficienti alle società per indurle a cambiare la situazione. A tale riguardo, l'inadeguatezza delle pratiche di nomina degli amministratori, che vengono spesso scelti tra una rosa troppo ristretta di persone, contribuisce a perpetuare la scelta di membri del consiglio dal profilo simile. Un altro elemento che accentua il problema è l'insufficiente trasparenza sulla diversità nella composizione del consiglio, visto il livello spesso insufficiente delle informazioni e della misura in cui sono messe a disposizione del pubblico. Questa

In ogni caso, come già messo in luce, non sta a legislatore entrare nel merito della scelta dei soci, quali proprietari dell'impresa societaria, in riferimento ai soggetti a cui affidare la gestione dell'affare.

Sebbene sia chiaro come la scarsa *diversity* aumenti il rischio che il pensiero di gruppo si manifesti, l'imposizione di obblighi di eterogeneità, in termini non solo di genere ma più in generale di estrazione socio-culturale, non pare la strada più idonea al raggiungimento dell'obiettivo, posto che l'amministratore nominato dai soci è (e deve essere) naturale espressione dell'autonomia negoziale dei privati.

Più in generale, a fronte dell'investimento in un affare, è necessario garantire la piena libertà, nel momento in cui l'investitore non sia in grado di gestire in prima persona, che questo possa affidare la gestione dell'affare a persone che egli crede essere le migliori rispetto alla cura dello stesso, e non in funzione di fattori estrinseci quale quello del genere di appartenenza.

2. La disciplina TUF sull'equilibrio tra generi nella composizione degli organi amministrativo e di controllo

Passiamo ora ad alcune considerazioni analitiche, in chiave di diritto interno, sulla legge 120/201e, la quale, come più volte anticipato, è volta a garantire, sul piano del genere, la parità di accesso agli organi di amministrazione e controllo delle *public companies*⁵⁴, con lo scopo di sostenere una maggiore rappresentatività del genere femminile.

insufficiente diversità nella composizione del consiglio e la mancanza di trasparenza al riguardo possono essere all'origine della cattiva gestione delle società, del loro ridotto carattere inclusivo e innovativo, che ne riduce il contributo alla crescita».

⁵⁴ Tranne per quanto riguarda le società quotate che adottino il sistema di amministrazione monistico, rispetto alle quali il legislatore prevede l'applicazione della disciplina in esame solo con riferimento al consiglio di amministrazione (art. 147-ter, comma 1-ter, TUF) e non anche al comitato per il controllo sulla gestione.

La *ratio legis* si sostanzia, pertanto, nel bilanciamento della rappresentanza tra generi nella composizione degli organi a prescindere dal meccanismo che governa la nomina dei loro membri.

Il principio si declina concretamente nell'obbligo, in sede statutaria, di modulare la ripartizione dei componenti gli organi di amministrazione e controllo da eleggere, in modo tale da rispettare l'equilibrio tra generi; in ogni caso, il riparto deve essere tale che il genere meno rappresentato ottenga almeno un terzo dei componenti degli organi di amministrazione e controllo⁵⁵.

A fronte del mancato rispetto di tale parametro di riparto è previsto un procedimento sanzionatorio promosso dalla Consob, caratterizzato da graduale progressività, consistente in un'iniziale diffida ad adeguarsi alla normativa entro quattro mesi, in una successiva sanzione pecuniaria da centomila a un milione di euro, qualora l'emittente persista nell'inottemperanza, e, in caso di un ulteriore mancato adeguamento entro i successivi tre mesi, decadenza dei membri eletti dalla carica di amministratore ovvero di sindaco, a seconda dell'organo la cui composizione non sia conforme alla disciplina sulle quote di genere.

Il legislatore ha privilegiato un'introduzione non immediata di tale disciplina, prevedendo l'obbligo di adeguamento della composizione degli organi alle descritte disposizioni a partire dal primo rinnovo successivo ad un anno dall'entrata in vigore della stessa legge e prevedendo che, per il primo mandato di applicazione, vada riservato al genere meno rappresentato almeno un quinto dei componenti gli organi di amministrazione e controllo.

Non è detto, però, che il numero dei componenti sia divisibile rispettivamente per cinque, con riferimento al primo mandato, e per tre nei successivi due mandati. A questo proposito il Regolamento Consob specifica che “qualora dall'applicazione del criterio di riparto tra generi non risulti un numero intero di componenti degli organi di amministrazione e controllo appartenenti al

genere meno rappresentato, tale numero è arrotondato per eccesso all'unità superiore” (art. 144-*undecies*,1, comma 3, Regolamento Emittenti)⁵⁶.

Nel caso l'elezione dell'organo amministrativo sia scaglionata in più tempi, l'applicazione della norma è più complessa⁵⁷. Tale questione si è posta in concreto nei primi casi di applicazione della disciplina sulle quote di genere: il caso era quello di due società quotate i cui statuti prevedono, in sede di rinnovo dell'organo nella sua totalità, un rinnovo scaglionato dei membri dello stesso nel triennio nella misura di un terzo per ciascun anno⁵⁸.

In particolare, la Consob aveva aperto, nel maggio 2013, un procedimento amministrativo di diffida nei confronti della Banca Popolare di Sondrio S.c.p.a. poiché, a seguito della deliberazione da parte dell'assemblea ordinaria della stessa Banca sulla “nomina per il triennio 2013-2015 di cinque amministratori”, l'organo amministrativo risultava essere composto da quindici membri di cui solo uno espressione del genere meno rappresentato. Come sottolineano nella comunicazione di avvio del procedimento di diffida, nel caso di rinnovo parziale della composizione Consiglio di Amministrazione “il rispetto della quota di genere deve essere calcolato con riferimento alla composizione del consiglio nel complesso e assicurato fin dal primo rinnovo parziale”, quindi i membri da riservare al genere meno rappresentato avrebbero dovuto essere tre (un quinto di quindici). È stato, quindi, richiesto alla Banca Popolare di Sondrio di assicurare il mantenimento della quota di genere prevista sia in sede

⁵⁵ Per una trattazione della disciplina relativa alla composizione degli organi amministrativo e di controllo cfr. AA. VV., *Il testo unico della finanza*, a cura di FRATINI M., GASPARRI G., Utet, p. 1939 ss. e1982 ss.

⁵⁶ Cfr. BUSANI A., MANNELLA G. O., “*Quote rosa*” e voto di lista. Società, 2012, p. 56 ss. sul punto offrono uno spaccato operativo: «a) se la “quota riservata” sia pari a un quinto, si debbono nominare 3 membri del genere meno rappresentato qualora il consiglio è composto da 11 a 15 membri; e 2 membri del genere meno rappresentato qualora il consiglio è composto da 6 a 10; b) se la “quota riservata” sia pari a un terzo, si debbono nominare 5 membri del genere meno rappresentato qualora il consiglio è composto da 13 a 15 membri, 4 membri del genere meno rappresentato qualora il consiglio è composto da 10 a 12 membri; e così via».

⁵⁷ GARILLI C., *Le azioni positive nel diritto societario: le quote di genere nella composizione degli organi delle società per azioni*. Europa e dir. Priv., Fasc. 3, p. 885 ss.; BUSANI A., MANNELLA G. O., cit.

di prima applicazione della legge, sia in sede definitiva, per un periodo da riferirsi all'intero mandato dal momento del raggiungimento della stessa quota. Pertanto, il mandato a partire dal quale la normativa sarà applicabile decorre dal momento in cui il genere meno rappresentato avrà ottenuto tre componenti su un totale di quindici e scadrà contestualmente al termine del mandato del componente nominato per ultimo. Lo stesso criterio è da applicarsi ai due mandati successivi.

2.1 Transitorietà della norma

Il legislatore ritiene di circoscrivere temporalmente l'applicazione della norma prevedendo che tale criterio di riparto debba mantenersi obbligatoriamente per tre mandati consecutivi.

L'ubi consistam di tale scelta normativa si rinviene, in primo luogo, nell'opportunità di degradare l'obbligo, dopo un determinato periodo di cogenza, al rango di norma facoltativa: la temporaneità dell'obbligo fungerebbe da modalità di responsabilizzazione delle società che, una volta decorso il periodo, dovrebbero procedere su base volontaria all'adozione di criteri di composizione che salvaguardino l'equilibrio tra generi, venendo meno l'applicabilità della sanzione CONSOB, a fronte del consolidarsi del convincimento “nel mercato” della bontà di tale prassi⁵⁹. In caso contrario, si

⁵⁸ Esattamente come nell'esempio riportato da BUSANI A., MANNELLA G. O., cit. «per un terzo nell'esercizio x, per un terzo nell'esercizio x+1, per un terzo nell'esercizio x+2».

⁵⁹ BUSANI A., MANNELLA G. O., cit. che sottolineano come la normativa in esame avrebbe «una funzione essenzialmente educativa», oltre che esclusivamente «prescrittiva»: in altri termini, parrebbe desumersi che il legislatore, nell'imporre la cogenza delle “quote rosa” per circa un decennio (il caso più ricorrente sarà verosimilmente quello di organo eletto nella primavera del 2013, e quindi, quando si pensa al terzo mandato, occorre far riferimento a un ultimo mandato in estinzione con l'assemblea di bilancio dell'esercizio 2022), abbia intesa imprimere nel sistema il principio dell'equilibrio dei generi per un periodo sufficiente a farlo divenire una evenienza ordinaria e quindi non più necessitante, al termine di tale periodo, di un'imposizione “dall'alto”».

renderà necessaria un'integrazione della normativa che renda l'obbligo generale e senza obblighi di durata.

Inoltre, i tre mandati - la cui durata varierà dai tre ai nove anni, in funzione di quanto stabilito in sede statutaria – per i quali il rispetto del parametro di riparto suddetto è obbligatorio, daranno modo di verificare in modo sostanzialmente empirico se il contesto societario italiano trae utilità da una più diffusa presenza del genere femminile negli organi gestori e di controllo. Manca, però, a tal proposito, un'esplicita previsione di un sistema di monitoraggio che, allo spirare dell'obbligo, dia conto degli eventuali effetti prodotti; come pure il legislatore non procede a delineare una disciplina da applicarsi a partire dal termine del terzo mandato⁶⁰.

In effetti, *rebus sic stantibus*, le società quotate possono limitarsi, in sede di adeguamento statutario alla normativa in esame, a modulare il meccanismo elettivo a guisa che il genere meno rappresentato ottenga un quinto dei componenti, ovvero, introdurre una clausola “a termine”⁶¹ che esaurisca la sua efficacia nei tre mandati in cui l'applicazione della disciplina sulle quote di genere è obbligatoria; con il conseguente rischio che, pur nel pieno rispetto delle legislazione in materia, l'istituto delle quote di genere scompaia nel giro di circa un decennio.

Mancando in base alla disposizione una qualche specificazione della durata dei mandati, che viene, quindi, lasciata alla determinazione in statuto nel rispetto dei limiti codicistici, è possibile abbreviare anche drasticamente la permanenza dell'obbligo.

Peraltro, una modificazione statutaria intercorsa nell'imminenza della applicazione della normativa sulle quote di genere sarebbe da considerarsi invalida, in quanto adottata in frode alla legge, soprattutto nel caso in cui sia corredata da una ulteriore modifica nell'avvicinarsi del terzo mandato volta ad

⁶⁰ GARILLI C., cit.

⁶¹ STELLA RICHTER JR. M., *La condizione e il termine nell'atto costitutivo delle società di capitali e nelle deliberazioni modificative*, Studio del consiglio nazionale del notariato n. 50-2009/I;

incrementare la durata dell'incarico⁶². Così come *l'intentio legis* verrebbe sostanzialmente vanificata anche nel caso di conclusione prematura del mandato, quale conseguenza della cessazione dell'organo nella sua interezza (ad esempio attraverso la previsione di una clausola della specie *simul stabunt simul cadent*)⁶³.

D'altro canto, un'eventuale riduzione della durata dei mandati al minimo consentito dalla disposizione civilistica, strumentalizzata al fine di circoscrivere temporalmente l'applicazione della disciplina sull'equilibrio tra generi avrebbe conseguenze positive non direttamente connesse al fine di incrementare la *gender diversity* nelle società italiane. In particolare, la durata di un anno sarebbe quella prevalente nei Paesi di provenienza degli investitori istituzionali più importanti che, accoglierebbero con favore tale novità in quanto a loro più vicina ed, inoltre, creerebbe le condizioni per una maggiore *accountability* degli amministratori nei confronti dei soci di controllo⁶⁴.

In effetti, lasciare possibilità all'assemblea di scegliere la durata dei mandati degli organi nell'ambito del *range* temporale definito dalla regola di diritto comune, rientra in una corretta applicazione del principio di autonomia negoziale, anche e soprattutto alla luce del fatto che la disposizione TUF non esplicita alcuna deroga rispetto alla norma codicistica, limitandosi a stabilire il numero minimo di mandati per i quali applicare la disciplina in materia di equilibrio tra generi.

2.2 L'adeguamento statutario

La scelta normativa è nel segno di un'ampia autonomia statutaria laddove, lungi dall'imporre un'impostazione predefinita, lascia che sia, appunto, lo statuto a

⁶² GARILLI C., cit.

⁶³ BUSANI A., MANNELLA G.O., cit., p. 56 ss.

prevedere un criterio di riparto tale da assicurare l'equilibrio tra generi. Diversamente, oltre a comprimere immotivatamente l'autonomia negoziale, alto sarebbe stato il rischio di formulare una disciplina incompatibile con le scelte statutarie vigenti *ex ante*⁶⁵.

È, quindi, sufficiente procedere all'approvazione di una modifica statutaria⁶⁶ che implichi, in materia di composizione degli organi di amministrazione e controllo, che il genere meno rappresentato ottenga almeno un terzo dei componenti⁶⁷.

Dubbi sono sorti rispetto all'individuazione dell'organo a cui è attribuibile la competenza a procedere a tale modifica statutaria. Alcuni interpreti ritengono che sia riconducibile alla competenza dell'organo amministrativo⁶⁸ (ovvero, nel caso in cui la società abbia adottato il sistema dualistico, del consiglio di sorveglianza o del consiglio di gestione) ex art. 2365, comma 2, c.c.⁶⁹. Ferma,

⁶⁴ ENRIQUES L., *La corporate governance delle società quotate italiane: sfide e opportunità*. Giur. Comm., fasc. 4, 2012, p. 493 ss.

⁶⁵ GARILLI C., cit.

⁶⁶ BERTELOTTI G., *Più punti deboli nella legge sulle quote rosa nei Cda*, in *Il Sole24ore*, 30 aprile 2012, osserva che, comunque, «per la *ratio* della legge e per il riferimento testuale, secondo cui il genere meno rappresentato «deve ottenere almeno un terzo degli eletti» [...] le società non incorrano in alcuna sanzione nel caso esse raggiungano quel risultato pur senza dotarsi di regole statutarie idonee a garantirlo». Cfr. anche Esiti della Consultazione Consob in materia di equilibrio tra generi nella composizione degli organi di amministrazione e controllo delle società quotate, dove si legge «la rimessione all'autonomia statutaria potrebbe comportare una criticità dal punto di vista dell'efficacia del meccanismo sanzionatorio. Dal punto di vista sostanziale, non dovrebbe incorrere in alcuna sanzione la società che, pur non avendo modificato il proprio statuto, si sia comunque conformata a quanto disciplinato con riferimento al criterio di riparto tra generi nell'elezione dei propri organi amministrativi e di controllo. A contrario la sanzione dovrebbe colpire la società che, a prescindere dall'adozione o meno delle modifiche statutarie, non si sia conformata a tale criterio di riparto».

⁶⁷ BUSANI A., MANNELLA G. O., cit., secondo cui sarebbe stato più opportuno corredare la nuova normativa con una previsione «agevolativa» della specie di quella che aveva accompagnato le modifiche statutarie introdotte in applicazione del d.lgs. 303/2006 in quanto, concretandosi di una «[...] mera integrazione dei criteri di composizione dell'elenco di candidati, sarebbe stata senz'altro opportuna una disciplina di snellimento burocratico».

⁶⁸ Mancando una qualche «discrezionalità sul merito della questione, e cioè sul fine di riequilibrare il divario tra i generi». Esiti della Consultazione Consob.

⁶⁹ Cfr. Massima n. 89, 22.11.2005, del Consiglio Notarile di Milano, «*Attribuzione agli amministratori della competenza a deliberare l'adeguamento dello statuto di spa a composizioni normative (art. 2365, comma 2, c.c.)*», in base alla quale per «adeguamenti dello statuto alle disposizioni normative» si intende «ogni modifica statutaria che consenta la transizione della posizione di «non conformità» alla posizione di «conformità» all'ordinamento» che avviene «tanto

comunque, resta la competenza concorrente dell'assemblea nelle materia che possono costituire oggetto di delega ai sensi dello stesso articolo⁷¹.

Secondo altri si tratterebbe di una decisione che implica, invece, un significativo grado di discrezionalità ed in ogni caso non attribuibile agli amministratori che, in fatto, “*finirebbero per deliberare sul meccanismo che incide sulla loro stessa elezione*”⁷².

Guardando alla lettera della norma, l'adeguamento ad opera degli amministratori avviene solo nel momento in cui la “*disposizione normativa*” sia

nell'ipotesi di “unica via”, cioè quando vi sia un solo modo (unico lecito intervento sul testo statutario) per ottenere il risultato della “conformità” (ricorrono o no gli estremi per la sostituzione automatica di clausole), quanto nell'ipotesi di “plurime vie”, cioè quando vi siano più modi (eterogenei leciti interventi sul testo statutario) per ottenere il risultato della “conformità”. In questo ultimo caso la delega all'organo gestorio o di sorveglianza necessariamente implica attribuzione di un potere di scelta della “via” per adeguare lo statuto, potere di scelta che sul piano del contenuto trova i limiti della liceità della modifica prescelta e della sua inerenza alla finalità di adeguamento. In questo ultimo caso l'assemblea rimane competente a decidere, pur in concorrenza con l'organo delegato, e pertanto “resta sempre aperta la strada per un intervento dell'assemblea sollecitato dagli organi a cui spetta la convocazione, su loro iniziativa o dietro impulso della minoranza ex art. 2367 c.c.”.

⁷⁰ STANZIONE D., *In tema di «equilibrio tra generi» negli organi di amministrazione e controllo di società quotate*, Giur. comm., fasc.1, 2013, p. 190 ss. «Gli sforzi interpretativi della dottrina si sono concentrati, in particolare, sul tentativo di delimitare con precisione la portata del concetto «adeguamenti a disposizioni normative», al fine di individuare eventuali limiti alla competenza degli amministratori. Pertanto, si ritengono comunemente ricompresi negli adeguamenti statutari effettuabili dagli amministratori quelli che risultano da nuove disposizioni normative inderogabili, venendo così semplificato il procedimento decisionale ed esaltato il momento gestionale. Al contrario, a fronte di disposizioni normative derogabili o dispositive, che possano far ritenere l'adeguamento facoltativo, si è osservato che dall'esercizio della discrezionalità eventualmente riconosciuta agli amministratori possono scaturire rischi di menomazione dei diritti delle minoranze, posto che, in assenza delle tutele che il metodo assembleare garantisce, le posizioni giuridiche soggettive dei (singoli) soci potrebbero essere segnate dall'adozione di decisioni straordinarie».

⁷¹ BUSANI A., MANNELLA G. O., cit.; NOTARI M., STELLA RICHTER JR M., *Adeguamenti statutari e voto segreto nella legge sulla tutela del risparmio*. CNN, Studio n 55-2006/I.

⁷² BERTOLOTTI G., cit., come, anche, richiamato da STANZIONE D., cit., BUSANI A., MANNELLA G. O., cit., «[...]avendo praticamente tutti gli statuti affidato alla competenza dell'organo amministrativo, sulla base di quanto disposto dall'art. 2365, comma 2, c.c., «gli adeguamenti dello statuto a disposizioni normative», il passaggio in assemblea di questa materia sarà prevedibilmente solo eventuale, in quanto è immaginabile che le società emittenti sceglieranno di affrontare la questione dell'inserimento in statuto delle “quote rosa” appunto non a livello assembleare ma a livello di organo amministrativo poiché, seppur si tratti di confezionare clausole inerenti la formazione delle liste dal *wording* non prefissato, questo non significa l'attribuzione di discrezionalità sul merito della questione, e cioè sul fine di riequilibrare il divario tra i generi, il che invece comporterebbe inevitabilmente la trattazione di questa tematica necessariamente in assemblea».

sostanzialmente delineata nel suo contenuto⁷³, e, quindi, nel momento in cui questi non abbiano alcuna scelta rispetto alla modalità dello stesso adeguamento o, comunque, siano state già definite talune opzioni di modulazione dell'obbligo⁷⁴.

Nel caso di specie, dovrebbero essere apportati due ordini di modifiche statutarie: quelle volte a conseguire il risultato imposto dall'art. 147-ter in termini di equilibrio tra generi (il genere meno rappresentato deve ottenere un quinto e poi un terzo dei componenti degli organi di amministrazione e controllo) e modificazioni che regolino le modalità operative e procedurali necessarie a conseguimento del risultato (oggetto dell'obbligo). Se la prima categoria di modifiche pare non implichi alcuna discrezionalità attuativa e, quindi, rientri nella competenza dell'organo amministrativo, la seconda, invece, coinvolgendo scelte che importano ampi profili di discrezionalità e, in potenza, incidenti sulle minoranze, è riconducibile alla competenza assembleare⁷⁵.

Analogamente, il Regolamento Consob all'art. 144-undecies, 2° comma, lett. c), prevede che sia lo statuto a dover predisporre le modalità affinché l'esercizio degli eventuali diritti nomina attribuiti ai possessori di strumenti finanziari partecipativi (art. 2351, comma 5, c.c.) ovvero allo Stato o ad altri enti pubblici (art. 2449, comma 4, c.c.), non contrasti con quanto previsto dal TUF in materia di equilibrio tra generi.

⁷³ Così PASQUARIELLO F., art. 2365, in *Il nuovo diritto della società*. Commentario, a cura di MAFFEI ALBERTI A., Padova, Cedam, 2005, p. 476, che rinvia a MELONCELLI F., *sub art. 2364, La riforma della società*. Commentario, a cura di Sandulli e Santoro, Torino, Giappichelli, 2003, p. 268; e a CERA C., *Le modifiche degli statuti delle s.p.a. alla luce della disciplina transitoria del diritto societario*, in *Società*, 2003, p. 1192 ss.; e MORERA U., *Gli adeguamenti dell'atto costitutivo e dello statuto alle nuove disposizioni in materia di s.p.a. (Art. 223-bis, disp. att. c.c.)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, I, p.704 ss. e in *Riv. not.*, 2003, n. 4; ENRIQUES L., SCASSELLATISFORZOLINI G., *Adeguamenti statutarî: scelte di fondo e nuove opportunità nella riforma societaria*, in *Notariato*, 2004, 1, p. 69 ss..

⁷⁴ STANZIONE D., cit.

⁷⁵ *Ibidem*. Che, in base a tale differenziazione, giunge a concludere che «Tuttavia, ragioni di economia procedurale suggeriscono di ricorrere, per entrambe le categorie di modifiche [...] al metodo assembleare, così garantendo anche la più ampia partecipazione dell'(intero)azionariato ("tradizionalmente" titolare del potere di nomina degli organi di amministrazione e controllo) ed incentivando quel processo di sensibilizzazione (anche) delle minoranze e di generale cambiamento culturale (verso la percezione della *gender diversity* come valore) di cui si è dato conto più sopra».

L'unico limite all'autonomia statutaria è, quindi, rappresentato dal fatto che le clausole concernenti la composizione degli organi di amministrazione e controllo siano formulate in modo tale da assicurare l'elezione di un determinato numero di componenti, esponenti del genere meno rappresentato. Come già anticipato nei precedenti paragrafi, diversamente dalla disciplina prevista per l'elezione degli amministratori di minoranza, e similmente a quanto, invece, stabilito in materia di amministratori indipendenti, l'art. 147-ter TUF introduce un vero e proprio “obbligo di risultato”⁷⁶.

2.3 Modulazione della disciplina sulle quote di genere nell'ambito dei sistemi alternativi di *governance*

Veniamo ora ad analizzare le peculiarità applicative che la disciplina in esame pone per le società che abbiano adottato modelli di *governance* alternativi.

Quanto al sistema monistico, la peculiarità più significativa è quella della mancata previsione delle quote di genere in seno all'organo di controllo. La presenza di esponenti del genere femminile discenderà dal fatto che, nell'ambito dell'organo amministrativo, le donne elette nel rispetto della quota di genere imposta andranno tendenzialmente a ricoprire cariche non esecutive o, comunque, il ruolo di amministratori indipendenti e, tra queste si sceglieranno membri del comitato per il controllo sulla gestione. Presumibilmente, la presenza delle donne a livello di organo di controllo si determinerà in ragione di un elemento assolutamente extragiuridico, affermantesi in via di mera prassi, consistente nell'atteggiamento di ostracismo rispetto al conferimento delle cariche esecutive: sarebbe stato quindi

⁷⁶ Assonime, *La disciplina dell'elezione degli organi di amministrazione e controllo*. Circ. n. 36/2009, Riv. Soc., p. 1150 ss.; STELLA RICHTER JR M., *artt. 147-ter – 147-quinquies TUF in Codice commentato delle società*, a cura di ABRIANI N. e STELLA RICHTER JR M., II. p. 3404 ss.; MONTALENTI P., BALZOLA S., *La società per azioni quotata*, estratto da *Le nuove spa*, diretto da CAGNASSO O., PANZANI L., 2010; BUFFA DI PERRERO E., *Artt. 147-ter/-quinquies TUF*, in AA.VV., *Commentario delle società*, a cura di GRIPPO G., Torino, 2009, III.

opportuno, anche rispetto al sistema monistico, prevedere le quote di genere in riferimento non solo all'organo amministrativo ma anche a quello di controllo⁷⁷.

In riferimento, invece, al sistema dualistico, il legislatore prevede introduzione delle quote di genere sia in seno al consiglio di gestione che al consiglio di sorveglianza.

Si esclude l'applicazione della disciplina in riferimento ai consigli di gestione composti da meno di tre membri. La *ratio* di tale esclusione è difficilmente individuabile: forse potrebbe rintracciarsi nel fatto che il legislatore ritenga necessaria una maggiore rappresentatività del sesso femminile solo nell'organo investito delle funzioni di alta amministrazione e non anche quello meramente esecutivo.

In ogni caso l'aver ancorato l'applicazione dell'istituto delle quote di genere a tale variabile numerica pare una scelta discutibile in quanto, l'attribuzione dei poteri di alta amministrazione al consiglio di sorveglianza deriva da una scelta statutaria (art. 2409-*terdecies*, comma 1, c.c.), non determinandosi in funzione del numero dei componenti del consiglio di gestione⁷⁸. Peraltro, l'introduzione nell'ambito del consiglio di gestione delle quote di genere avrebbe reso il modello più efficiente in quanto la presenza delle donne è *a fortiori* necessaria in un organo meramente esecutivo, poiché verrebbero certamente a ricoprire un ruolo attivo nella gestione dell'impresa⁷⁹.

⁷⁷ GARILLI C., cit.

⁷⁸ *Ibidem*, «[...] è solo in tale ipotesi che, eventualmente, sarebbe stato coerente esentare la società dall'obbligo di stabilire i criteri di riparto che rispettino le quote di genere in seno all'organo amministrativo».

⁷⁹ *Ivi*, che fa notare come «Non sempre, in realtà, l'attribuzione di poteri di alta amministrazione in favore del consiglio di sorveglianza si accompagna ad un consiglio di gestione interamente esecutivo: l'art. 2409-novies, co. 1, c.c., infatti, consente l'attribuzione di deleghe in favore dei consiglieri di gestione, a prescindere dal modello di sistema dualistico in concreto adottato. Ciò ha condotto, nella prassi, alla predisposizione di modelli statuari incoerenti, caratterizzati da consigli di sorveglianza dotati di poteri di alta amministrazione ex art. 2409-*terdecies*, co. 1, lett. f-bis, c.c., e organi amministrativi con consiglieri non esecutivi» e richiama Assonime, *Analisi dello stato di attuazione del Codice di Autodisciplina delle società quotate* (2009), Note e studi, 2/2010, febbraio 2010, www.assonime.it, 29; e con riferimento alla prassi statutaria in ambito bancario, GHEZZI F., *Consiglieri di sorveglianza "esecutivi"* cit., p. 323 ss.

2.4 Sostituzione di uno o più componenti dell'organo in corso di mandato

È lo statuto a dover concretamente disciplinare le modalità attraverso cui garantire il rispetto del criterio di riparto delle quote di genere in caso di sostituzione di uno o più componenti dell'organo amministrativo⁸⁰.

A tal fine, è possibile inserire una clausola che preveda un meccanismo per cui i consiglieri rimasti in carica scelgano, in via di cooptazione, un soggetto appartenente al medesimo genere del componente venuto meno, avendo eventualmente riguardo, nel caso in cui si tratti di un amministratore di minoranza, alla lista a cui quest'ultimo era appartenuto⁸¹ per scorrimento dal primo dei non eletti, ovvero, ad altre liste di minoranza in funzione dei voti ottenuti.

Diverso è il caso in cui cessi la maggioranza dei componenti nominati dall'assemblea (art. 2386, comma 2, c.c.), ovvero il modello di *governance* adottato sia quello dualistico in quanto, in riferimento al consiglio di gestione, la nomina per cooptazione non è consentita: si procederà all'immediata convocazione dell'assemblea, o del consiglio di sorveglianza, che provvederà alla sostituzione dei mancanti scegliendo tra candidati tutti appartenenti al genere di appartenenza di quelli cessati⁸².

È stata pure paventata la possibilità di introdurre clausole statutarie in base a cui subentri, in luogo di un membro esponente del genere meno rappresentato,

⁸⁰ Dubbi interpretativi erano sorti con riguardo all'attigua tematica della modalità operativa di sostituzione degli amministratori indipendenti e di minoranza, ovvero dei sindaci di minoranza, e le conclusioni a cui è giunta la dottrina in riferimento a tale problematica sono analogicamente riproponibili rispetto al caso in cui uno o più esponenti del genere meno rappresentato venga meno in corso di mandato.

⁸¹ Cfr. GHEZZI F., cit., riguardo alla sostituzione degli amministratori di minoranza.

⁸² Diversamente dal caso in cui si tratti di un amministratore o da un sindaco di minoranza, i cui sostituti devono necessariamente essere espressione delle minoranze e quindi da azioni diversi rispetto a quelli che hanno presentato la lista che ha ottenuto il maggior numero di voti. STELLA RICHTER Jr. M., *sub artt. 147-ter – 147-quinquies*, cit., BUSANI A., MANNELLA G. O., cit.; GARILLI C., cit.; NEGRI CLEMENTI A., FEDERICI F. M., *La sostituzione degli amministratori di società*

il candidato tra i non eletti della medesima lista e appartenente allo stesso genere di quello cessato, per scorrimento, in funzione del maggior numero di voti ottenuti⁸³. In questo caso, però, i candidati non eletti vengono ad assumere, in sostanza, la veste di amministratori supplenti⁸⁴: espressione di equilibri assembleari che potrebbero nel tempo mutare in funzione di una diversa compagine sociale o, più banalmente, di un diverso convincimento dei soci rispetto alle scelte effettuate in sede di nomina dei membri del consiglio.

2.5 La comunicazione Consob n.0061499 del 18 luglio 2013

Va infine osservato che la normativa ha preso in considerazione esclusivamente le società già ammesse alla negoziazione presso un mercato regolamentato laddove, invece, nessuna disposizione è stata introdotta in riferimento alle modalità applicative della disciplina alle società che abbiano presentato domanda di ammissione a quotazione in un mercato regolamentato. La comunicazione Consob n.0061499, emanata il 18 luglio 2013, propone di colmare in via interpretativa la lacuna nella disciplina con riferimento alle società quotande, fornendo una possibile esegesi circa il momento in cui tali società si trovino a dover conformare la composizione dei propri organi amministrativi e di controllo alla disciplina di cui agli artt. 147-ter e 148 TUF. La disciplina, infatti, non chiarisce se le società quotande debbano adeguarsi alla norma a partire dal primo giorno di quotazione ovvero al primo rinnovo degli organi successivo all'avvenuta ammissione a quotazione, dovendosi, in questo secondo caso, limitarsi ad adeguare il proprio statuto alle norme in materia di equilibrio tra generi al momento dell'ammissione a quotazione.

quotate cessati in corso di mandato: voto di lista, principio maggioritario, Società, 2011, p. 194 ss.; SALAFIA V., *Sindaci e amministratori di minoranza*, Società, 2007. p. 525 ss.

⁸³ STELLA RICHTER Jr. M., *sub artt. 147-ter – 147-quinqueis*, cit.

⁸⁴ GARILLI C., cit.

Il percorso argomentativo seguito dalla comunicazione muove da un principio generale che identifica la sfera applicativa delle norme in materia di governo societario. Il criterio applicativo, *ex art. 119 TUF*, è quello in base al quale le disposizioni del Capo II in materia di emittenti si applicano alle società con azioni quotate in mercati regolamentati nazionali o di altri paesi appartenenti all'Unione Europea, salvo non esista una qualche disposizione derogatoria.

Dunque, generalmente, se non diversamente disposto, le norme del Capo II si applicano a partire dal primo giorno in cui la azioni vengono ammesse alla negoziazione presso un mercato regolamentato.

È, perciò, necessario comprendere se l'*art. 147-ter*, comma 1-*ter* sia soggetto a tale principio generale ovvero contenga un canone applicativo speciale, fermo l'assunto per cui il TUF, nell'ambito della disciplina relativa alle quote di genere, non presenta alcuna disposizione che concerna direttamente le società quotande.

Si può notare che, l'*art. 147-ter* declina la propria formulazione in maniera differente a seconda dei diversi aspetti riguardanti "l'elezione e composizione del consiglio di amministrazione". Infatti, come chiarito dalla comunicazione, nell'ambito dell'*art. 147-ter* si prevedono due diverse formule testuali, a cui corrispondono due diverse modalità applicative, a seconda che si tratti, da un lato, dell'elezione in base al meccanismo del voto di lista, dell'equilibrio tra i generi e della rappresentanza delle minoranze in consiglio e, dall'altro, dell'elezione di amministratori cosiddetti indipendenti.

Se nel primo caso si fa riferimento a un obbligo statutario a che la società assicuri il rispetto di adempimenti concernenti appunto l'istituto del voto di lista, quote di genere ed amministratori di minoranza, nel secondo è l'articolo stesso a prevedere che la composizione sia tale da presentare un determinato numero di amministratori indipendenti.

In conformità a tale argomentazione, che privilegia fortemente la lettera della norma, è solo, quindi, in questo ultimo caso che l'emittente deve adeguare la composizione dell'organo fin dal primo momento dell'ammissione alla

negoziiazione delle azioni presso un mercato regolamentato, come vuole il criterio generale sopra richiamato di cui all'art. 119 TUF, poiché non rileva alcun aspetto procedurale inerente alla nomina degli amministratori ovvero dei sindaci.

Dunque, al momento dell'ammissione a quotazione, la società, ferma restando la libertà di adeguarsi spontaneamente alla normativa sin dal primo giorno di quotazione, può anche limitarsi ad adeguare il proprio statuto, comportando così un differimento dell'effettiva applicazione della disciplina al momento del primo rinnovo utile degli organi sociali interessati.

In caso di spontaneo adeguamento da parte della società quotanda alla normativa in materia di equilibrio tra generi nella composizione degli organi di amministrazione e controllo, rimane in ogni caso fermo che il mandato rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina dell'equilibrio tra generi è il primo successivo all'avvenuta quotazione, ogni qual volta il mandato dei componenti di generi meno rappresentato non sia di durata intera; e ciò perché la normativa, nel richiedere che l'applicazione avvenga per tre mandati consecutivi, esige implicitamente che questi tre mandati siano pieni: ad esempio, una società che si quoti il primo febbraio 2014, il cui consiglio di amministrazione scada contestualmente all'assemblea che approva il bilancio 2014, quindi a giugno 2015, non potrà integrare l'organo di amministrazione con il genere meno rappresentato con decorrenza primo febbraio 2014 sull'assunto di aver assolto al primo dei tre mandati richiesti dalla normativa.

L'orientamento interpretativo non vuole incoraggiare gli emittenti quotati al mantenimento, seppure solo momentaneo, di organi non *compliant* nella loro composizione alla normativa sulle quote di genere. Il documento Consob, infatti, procede a fornire al contempo un'interpretazione del dettato normativo e una raccomandazione, come tale non vincolante per gli emittenti, in virtù della quale si incoraggiano le società quotande alla rinnovazione degli organi sociali, adeguandone la composizione in base alla disciplina di cui agli artt. 147-*ter* e 148 TUF, sin dall'imminenza della quotazione.

Sebbene la disciplina legislativa, nella sua *ratio*, induca ad un'applicazione meno severa, la Consob, auspicando un'applicazione su base volontaria della normativa TUF, riconosce importanza alla processo di valorizzazione della *gender diversity* nell'ambito della composizione degli organi sociali proprio nell'ottica di scoraggiare la formazione del sopradescritto "*pensiero di gruppo*": un obiettivo che buon ben giustificare, in chiave finalistica, un'interpretazione "estensiva" della disposizione.