
	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 25 – 26 settembre 2014 Avv. Giovanni Giardino – Dott. Gianguido D’Alberto - Consiglio regionale dell’Abruzzo Parità di genere e società partecipate
---	---	--

GIURISPRUDENZA NON COSTITUZIONALE DI INTERESSE REGIONALE

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 25 – 26 settembre 2014 Avv. Giovanni Giardino – Dott. Gianguido D’Alberto - Consiglio regionale dell’Abruzzo Parità di genere e società partecipate
---	---	---

LA GARANZIA DELLA PARITÀ DI GENERE NELLE SOCIETÀ A CAPITALE PUBBLICO O MISTO, IN CUI IL CONTROLLO AI SENSI DELL’ARTICOLO 2359 C.C. NON È ESERCITATO DA UNA SINGOLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (CONSIGLIO DI STATO, SEZ. I - PARERE 4 GIUGNO 2014 N. 1801/2014)


1. Premessa. Il quadro normativo e i termini della questione

Il parere in esame, formulato dal Consiglio di stato, sez. I, n. 1801 del 4 giugno 2014, assume un rilievo significativo nella misura in cui, su un’istanza formulata dal Dipartimento per le pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri, fornisce sul piano ermeneutico un contributo in merito alla reale portata dell’articolo 3 della legge 12 luglio 2011, n. 120 e dell’art. 1 del D.P.R. 30 novembre 2012, n. 251, che introducono norme sulla parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate in mercati regolamentati, con particolare riferimento alla loro eventuale applicazione anche alle società, a capitale pubblico o misto, in cui il controllo ai sensi dell’articolo 2359 c.c. non è esercitato da una singola pubblica amministrazione.

In via preliminare, appare imprescindibile una sintetica ricostruzione del quadro normativo in materia.

Come è noto, la legge n. 120/2011, all’articolo 1, introduce norme sulla parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate in mercati regolamentati, stabilendo, al successivo articolo 3, che le stesse norme si applichino anche "alle società, costituite in Italia, controllate da pubbliche amministrazioni ai sensi dell’articolo 2359, commi 1 e 2, c.c., non quotate in mercati regolamentati", rinviando ad apposito regolamento la disciplina attuativa di tale previsione.

Le disposizioni attuative regolamentari sono state adottate con il D.P.R. n. 251/2012, che a norma dell’ articolo 1 "detta i termini e le modalità di attuazione della disciplina concernente la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo nelle società, costituite in Italia, controllate ai sensi dell’articolo 2359, primo e secondo comma, del codice civile, dalle

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 25 – 26 settembre 2014 Avv. Giovanni Giardino – Dott. Gianguido D’Alberto - Consiglio regionale dell’Abruzzo Parità di genere e società partecipate
---	---	---

pubbliche amministrazioni indicate all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ad esclusione delle società con azioni quotate".

Per quanto concerne la definizione di società controllate il comma 1 dell’articolo 2359 c.c. fa rientrare in tale categoria:

- 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
- 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;
- 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa".


La nozione di controllo di cui ai n. 1) e 2) è estesa, ai sensi del comma 2 del medesimo articolo 2359 c.c., a quello esercitato in via indiretta, cioè computando i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta.

Alla luce di tale quadro normativo, fin da subito è apparso poco chiaro se la disciplina legislativa e regolamentare posta a tutela della parità di genere nell’ambito degli organi amministrativi delle società possa applicarsi anche alle società, a capitale pubblico o misto, in cui il controllo ai sensi dell’articolo 2359 c.c. non è esercitato da una singola pubblica amministrazione.

Da qui la richiesta di parere formulata Dipartimento per le pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri che in realtà già propendeva per la soluzione positiva, movendo in via generale dallo spirito della disciplina sull’equilibrio di genere, introdotta come azione positiva per correggere uno storico deficit del sistema di amministrazione delle società italiane, in ossequio ai valori espressi dagli articoli 3, comma 2 e 51 della Costituzione.

Ad avviso del Dipartimento, la possibilità di ricondurre tali situazioni alla nozione di «controllo societario» riposerebbe sulla figura del c.d. «controllo congiunto», che si può manifestare qualora siano presenti accordi o realizzati comportamenti tra i partecipanti al capitale sociale, finalizzati a concordare la gestione della società, oppure anche sulla mera titolarità alla mano pubblica – anche se frazionata – della maggioranza del capitale sociale.

La soluzione favorevole all’interpretazione estensiva e non meramente letterale delle disposizioni in esame, sarebbe altresì suffragata dalla previsione di cui all’art. 6 d.lgs. 267/2000, da cui si potrebbe ricavare che,

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 25 – 26 settembre 2014 Avv. Giovanni Giardino – Dott. Gianguido D’Alberto - Consiglio regionale dell’Abruzzo Parità di genere e società partecipate
---	---	---

quantomeno per le società dipendenti del Comune e della Provincia, l’equilibrio di genere sia un preciso obbligo. In virtù del principio di ragionevolezza, tale obbligo dovrebbe estendersi a tutte le pubbliche amministrazioni con poteri di nomina degli organi di enti, aziende e società.


2. Le argomentazioni del Consiglio di Stato. La ricostruzione storica e sociologica del fondamento del principio di parità di genere.

Le due situazioni giuridiche oggetto di esame, ovvero l’ipotesi di società pubbliche in cui nessuna pubblica amministrazione ha da sola il controllo e le società miste, sono ritenute assimilabili nella misura in cui il controllo sia nelle mani di più soggetti pubblici insieme, differenziandosi per la circostanza che nella prima vi siano soltanto soci pubblici, nella seconda vi siano anche soci privati.

In via preliminare, il Consiglio di Stato circoscrive giuridicamente la questione sottoposta precisando che occorre chiarire *la portata del rinvio che l’art. 3 della legge n. 120/2011 opera all’art. 2359 c.c., nel senso che, qualora si ritenesse che tale rinvio non dia luogo ad una recezione passiva del concetto civilistico, si potrebbe estendere il riferimento al controllo da parte di una singola società – quindi di una singola pubblica amministrazione – a quello realizzato dal settore pubblico nel suo complesso. Ad avviso del decidente, il fondamento di tale interpretazione esegetica dovrebbe essere rinvenuto nella ratio della previsione dell’equilibrio di genere per le società controllate da pubbliche amministrazioni.*

E’ interessante rilevare come i giudici amministrativi pongano a base della propria decisione una attenta ricostruzione sul piano storico e sociale del canone della parità di genere, muovendosi nel rispetto del difficile equilibrio tra il principio dell’uguaglianza formale e sostanziale fra i sessi di cui ai commi 1 e 2 dell’articolo 3 della Costituzione.


E’ noto che la dottrina ha tradizionalmente rinvenuto il fondamento politico della garanzia della pari rappresentanza negli organismi di decisione pubblica, muovendo dal principio dell’eguaglianza sostanziale di cui all’art. 3, comma 2 Cost., secondo cui "è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 25 – 26 settembre 2014 Avv. Giovanni Giardino – Dott. Gianguido D’Alberto - Consiglio regionale dell’Abruzzo Parità di genere e società partecipate
---	---	---

umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

Tale principio in particolare, con riferimento alle pari opportunità tra i sessi, ha rappresentato il fondamento di una serie di misure volte a garantire il riequilibrio di genere della rappresentanza politica e che in via generale sono riconducibili a due tipologie: **azioni positive e norme antidiscriminatorie**. Le prime si sostanziano in un trattamento diseguale e postulano la previsione di un particolare e differenziato vantaggio attribuito ad un gruppo soltanto, da cui un altro rimarrebbe escluso. Tali misure, che *possono certamente essere adottate per eliminare situazioni di inferiorità sociale ed economica o, più in generale, per compensare e rimuovere le disuguaglianze materiali tra gli individui*, non possono, tuttavia, *incidere direttamente sul contenuto stesso di quei medesimi diritti, rigorosamente garantiti in egual misura a tutti i cittadini in quanto tali, tra cui, in particolare, il diritto di elettorato passivo* (Corte Costituzionale, sentenza n. 422 del 1995; n. 49 del 2003). Le seconde, invece, si limitano ad assicurare ai cittadini di entrambi i sessi di partecipare alle competizioni elettorali, senza attribuire privilegi o favori.


La Corte Costituzionale, in particolare con la sentenza n. 49 del 2003, nel far salva sul piano della legittimità costituzionale una norma della Regione Valle d’Aosta secondo cui *ogni lista di candidati all’elezione del Consiglio regionale deve prevedere la presenza di entrambi i sessi*, ha avuto modo di chiarire la compatibilità con il nuovo assetto costituzionale nella misura in cui la stessa *non pone l’appartenenza all’uno o all’altro sesso come requisito ulteriore di eleggibilità, e nemmeno di “candidabilità” dei singoli cittadini*; non è riconducibile alla categoria delle azioni positive in quanto non introduce differenziazioni in base al sesso dei candidati o degli aspiranti alla candidatura, *sia perché fa riferimento indifferentemente a candidati di entrambi i sessi, sia perché da essa non discende alcun trattamento diverso di un candidato rispetto all’altro in ragione del sesso*; si limita a stabilire un vincolo non già all’esercizio del voto o all’esplicazione dei diritti dei cittadini eleggibili, ma alla formazione delle libere scelte dei partiti e dei gruppi che formano e presentano le liste elettorali, *precludendo loro (solo) la possibilità di presentare liste formate da candidati tutti dello stesso sesso*; viene definita come *misura minima di non discriminazione*: il che, da un lato conferma che siamo nell’ambito delle norme antidiscriminatorie, e non delle azioni positive, e dall’altro fa intendere che non è affatto esclusa l’ammissibilità di

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 25 – 26 settembre 2014 Avv. Giovanni Giardino – Dott. Gianguido D’Alberto - Consiglio regionale dell’Abruzzo Parità di genere e società partecipate
---	---	---

interventi ancora più incisivi; può senz’altro ritenersi *una legittima espressione sul piano legislativo dell’intento di realizzare la finalità promozionale espressamente sancita dallo statuto speciale in vista dell’obiettivo di equilibrio della rappresentanza*. Dall’esame della sentenza n. 49 del 2003 emerge chiaramente il mutato indirizzo della Corte rispetto alla precedente sentenza n. 422/1995, con la quale erano state annullate tutte le previsioni normative che stabilivano meccanismi di riserva nelle liste dei candidati in ragione del sesso (cd. *quote rosa*) per le candidature alle elezioni locali e regionali, in quanto in grado di incidere negativamente sulla garanzia della eguaglianza nel godimento del diritto di elettorato passivo (art. 3 e 51 cost.). Le ragioni del nuovo orientamento patrocinato dalla Corte nella sentenza n. 49/2003 derivano sia dalla natura della regola oggetto del sindacato di costituzionalità, sia dal mutato quadro dei principi costituzionali. Difatti, il vincolo derivante dalla necessaria presenza nelle liste di candidati appartenenti ai due sessi, posto dalla riformata legge elettorale per il Consiglio regionale della Valle d’Aosta, non costituisce secondo la Corte una limitazione del diritto di voto (art. 48 Cost.) o del diritto di elettorato passivo (art. 51 Cost.) ma è rivolto, nella fase anteriore alla competizione elettorale, unicamente alle liste e ai soggetti che le presentano, *precludendo loro solo la possibilità di presentare liste formate da candidati tutti dello stesso sesso*. Inoltre, la misura introdotta sarebbe giustificata alla luce del mutato quadro costituzionale in cui la riforma dell’articolo 51 della Costituzione, laddove oggi afferma che “la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini”, oltre che dell’articolo 117, comma 7 Cost, per le Regioni¹, rendono doverosa per lo Stato e per le Regioni l’azione promozionale per la parità di accesso alle consultazioni elettorali². Tale impostazione è stata da ultimo ribadita dall’art. 4, comma 3, della legge regionale Campania n. 4 del 2009 ha introdotto **la cd. “doppia preferenza di genere”**, misura di promozione delle candidature femminili del tutto nuova nel panorama italiano. In sostanza, tale norma attribuisce all’elettore la facoltà di esprimere due preferenze a condizione


¹ L’art. 117, comma 7 Cost., introdotto dalla legge cost. n. 3 del 2001, stabilisce che “Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive”.

² Da ultimo come è noto La legge 23 novembre 2012, n. 215 ha dettato “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”.

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 25 – 26 settembre 2014 Avv. Giovanni Giardino – Dott. Gianguido D’Alberto - Consiglio regionale dell’Abruzzo Parità di genere e società partecipate
---	---	---

che siano riferite a candidati di sesso diverso. Censurata dal Governo per violazione degli artt. 3, 48 e 51 della Cost., la previsione in esame è stata fatta salva dalla Corte costituzionale che si è espressa sulla questione con la **sentenza n. 4 del 14 gennaio 2010**, Il Giudice delle leggi, movendo dal quadro costituzionale e statutario di riferimento, complessivamente ispirato al principio fondamentale dell’effettiva parità tra i due sessi nella rappresentanza politica, nazionale e regionale, e richiamando la sua progressa ed essenziale giurisprudenza in materia, afferma che la regola sulla doppia preferenza non è in alcun modo idonea a prefigurare un risultato elettorale o ad alterare artificialmente la composizione della rappresentanza consiliare, limitandosi a rendere maggiormente possibile, in un’ottica di eguaglianza di opportunità, il riequilibrio dei due sessi, senza imporlo. L’uguaglianza sotto il profilo dell’elettorato passivo rimarrebbe inalterata, in quanto la regola della differenza di genere per la seconda preferenza non offre possibilità maggiori ai candidati dell’uno o dell’altro sesso di essere eletti, posto il reciproco e paritario condizionamento tra i due generi nell’ipotesi di espressione di preferenza duplice. Risulterebbe altresì salva la libertà di voto garantita dall’art. 48 Cost., in quanto di fatto la facoltà di esprimere una seconda preferenza “allarga lo spettro delle possibili scelte elettorali – limitato ad una preferenza in quasi tutte le leggi elettorali regionali – introducendo, solo in questo ristretto ambito, una norma riequilibratrice volta ad ottenere, indirettamente ed eventualmente, il risultato di un’azione positiva” che non sarebbe effetto della legge, “ma delle libere scelte degli elettori, cui si attribuisce uno specifico strumento utilizzabile a loro discrezione” che si limita ad offrire loro una possibilità ulteriore rispetto al regime ormai generalizzato della preferenza unica.

In definitiva, in materia di tutela della parità di genere nella rappresentanza politica, sono ammissibili in quanto rispettose degli articoli 3, 48 e 51 della Costituzione, norme che agevolano il riequilibrio, senza imporlo, mentre non sono costituzionalmente compatibili meccanismi coattivi volti a garantire la presenza numerica di un genere nell’ambito delle assemblee elettive. Il Consiglio di Stato precisa tuttavia che tale assunto non è applicabile al di fuori della materia elettorale e quindi esclude che possa estendersi alla

	<p>Osservatorio Legislativo Interregionale</p>	<p>Roma, 25 – 26 settembre 2014 Avv. Giovanni Giardino – Dott. Gianguido D’Alberto - Consiglio regionale dell’Abruzzo Parità di genere e società partecipate</p>
---	--	--

questione delle cariche negli organi societari, di cui all’art. 1 della legge n. 120/2011³.


Dalle lettura delle disposizioni di cui all’articolo 1 citate emerge con chiarezza come l’equilibrio sia stato perseguito in modo pieno, ossia come garanzia di adeguata rappresentanza di ciascun genere nella composizione degli organi societari, fissando una quota minima pari ad un terzo.

³ "1. Dopo il comma 1-bis dell’articolo 147-ter del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, è inserito il seguente:

«1-ter. Lo statuto prevede, inoltre, che il riparto degli amministratori da eleggere sia effettuato in base a un criterio che assicuri l’equilibrio tra i generi. Il genere meno rappresentato deve ottenere almeno un terzo degli amministratori eletti. Tale criterio di riparto si applica per tre mandati consecutivi. Qualora la composizione del consiglio di amministrazione risultante dall’elezione non rispetti il criterio di riparto previsto dal presente comma, 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, secondo criteri e modalità stabiliti con proprio regolamento 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 statuto provvede a disciplinare le modalità di formazione delle liste ed i casi di sostituzione in corso di mandato al fine di garantire il rispetto del criterio di riparto previsto dal presente comma. La Consob statuisce in ordine alla violazione, all’applicazione ed al rispetto delle disposizioni in materia di quota di genere, anche con riferimento alla fase istruttoria e alle procedure da adottare, in base a proprio regolamento da adottare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore delle disposizioni recate dal presente comma. Le disposizioni del presente comma si applicano anche alle società organizzate secondo il sistema monistico».

2. Dopo il comma 1 dell’articolo 147-quater del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, è aggiunto il seguente: «1-bis. Qualora il consiglio di gestione sia costituito da un numero di componenti non inferiore a tre, ad esso si applicano le disposizioni dell’articolo 147-ter, comma 1-ter».


3. All’articolo 148 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni: a) dopo il comma 1 è inserito il seguente: «1-bis. L’atto costitutivo della società stabilisce, inoltre, che il riparto dei membri di cui al comma 1 sia effettuato in modo che il genere meno rappresentato ottenga almeno un terzo dei membri effettivi del collegio sindacale. Tale criterio di riparto si applica per tre mandati consecutivi. Qualora la composizione del collegio sindacale risultante dall’elezione non rispetti il criterio di riparto previsto dal presente comma, 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 20.000 a euro 200.000 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. La Consob statuisce in ordine alla violazione, all’applicazione ed al rispetto delle disposizioni in materia di quota di genere, anche con riferimento alla fase istruttoria e alle procedure da adottare, in base a proprio regolamento da adottare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore delle disposizioni recate dal presente comma»; b) al comma 4-bis, dopo le parole: «ai commi» è inserita la seguente: «1-bis».

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 25 – 26 settembre 2014 Avv. Giovanni Giardino – Dott. Gianguido D’Alberto - Consiglio regionale dell’Abruzzo Parità di genere e società partecipate
---	---	--

A questo punto il Consiglio di Stato, al fine di risolvere la questione ermeneutica ad esso sottoposta, esprime la necessità di andare oltre il fondamento politico dell’istituto dell’equilibrio di genere per rintracciarne in modo particolare il fondamento economico.

Il richiamo al fondamento politico dell’istituto, secondo cui l’equilibrio di genere costituisce espressione della cd. democrazia partecipativa e, ancor prima della dignità della persona, che non può essere esclusa dal circuito dei poteri – pubblici o privati – sulla base dell’appartenenza a un genere, infatti non sarebbe in grado di risolvere le ambiguità della legge, perché non ha un fondamento gnoseologico irresistibile, in grado di prevalere nella contrapposizione con altri valori dello Stato di diritto, come, nella materia in esame, quello della libertà di iniziativa economica di cui all’art. 41, comma 1 Cost.

A tal proposito, viene espressamente invocata la recente sentenza del TAR Lazio n. 6673/11 nella parte in cui afferma che *«l’obiettivo funzionale dell’equilibrio di genere, oltre a rispondere primariamente allo scopo dell’attuazione del principio dell’eguaglianza sostanziale (attraverso la rimozione di ostacoli oggettivi alla parità di condizioni per l’accesso alle cariche pubbliche da parte di uomini e donne), si colora sempre più di una ulteriore e nuova caratterizzazione teleologica, connessa all’acquisita consapevolezza della strumentalità della equilibrata rappresentanza dei generi, nella composizione di tali organismi, rispetto ai fini del buon andamento e dell’imparzialità dell’azione amministrativa. Soltanto l’equilibrata rappresentanza di entrambi i sessi in seno agli organi amministrativi, specie se di vertice e di spiccata caratterizzazione politica, garantisce l’acquisizione al modus operandi dell’ente, e quindi alla sua concreta azione amministrativa, di tutto quel patrimonio, umano, culturale, sociale, di sensibilità e di professionalità, che assume una articolata e diversificata dimensione in ragione proprio della diversità del genere. Organi squilibrati nella rappresentanza di genere, in altre parole, oltre ad evidenziare un deficit di rappresentanza democratica dell’articolata composizione del tessuto sociale e del corpo elettorale (il che risulta persino più grave in organi i cui componenti non siano eletti direttamente, ma nominati), risultano anche potenzialmente carenti sul piano della*

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 25 – 26 settembre 2014 Avv. Giovanni Giardino – Dott. Gianguido D’Alberto - Consiglio regionale dell’Abruzzo Parità di genere e società partecipate
---	---	---

funzionalità, perché sprovvisti dell’apporto collaborativo del genere non adeguatamente rappresentato.


In sostanza, secondo la pronuncia del TAR, il principio dell’equilibrio di genere, nella sua dimensione funzionale che lo spinge oltre il suo legame con l’eguaglianza sostanziale, rinverrebbe, come parametro di legittimità sostanziale dell’azione amministrativa, un ulteriore fondamento costituzionale nell’articolo 97 Cost. in quanto *l’equilibrata partecipazione di uomini e donne (col diverso patrimonio di umanità, sensibilità, approccio culturale e professionale che caratterizza i due generi) ai meccanismi decisionali e operativi di organismi esecutivi o di vertice diventa nuovo strumento di garanzia di funzionalità, maggiore produttività, ottimale perseguimento degli obiettivi, trasparenza ed imparzialità dell’azione pubblica*⁴.

Tuttavia, il parere in esame, pur volendo approfondire la connessione tra l’equilibrio di genere e l’accezione economica del principio del buon andamento e quindi di efficienza, vuole andare oltre la richiamata pronuncia del TAR in quanto non sussistono basi scientifiche che consentano di dimostrare che i due generi siano caratterizzati da un diverso patrimonio di umanità, sensibilità, approccio culturale e professionale, tanto più se vengono considerati in una dimensione puramente astratta e che la dialettica tra generi diversi porti di per sé a risultati migliori di quelli conseguibili dal singolo genere, a prescindere dal settore in cui operano.

I Giudici amministrativi quindi intendono andare alla ricerca di un altro fondamento costituzionale dell’equilibrio di genere che si affianchi al principio di eguaglianza sostanziale e che consenta di giustificare la compressione parziale del principio della libertà di iniziativa economica.

A tal riguardo, il Consiglio di Stato sviluppa un’argomentazione che affonda le proprie radici addirittura nel pensiero liberare classico e nella dottrina

⁴ Ad avviso della richiamata pronuncia del TAR, tale assunto trova ulteriore conferma nella pienezza della formula adottata dal codice delle pari opportunità (d.lgs. 198/06) che all’art. 1 comma 4, come modificato dal d.lgs. n. 5/2010 di attuazione della direttiva comunitaria 2006/54/CE, stabilisce che *l’obiettivo della parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini deve essere tenuto presente nella formulazione e attuazione, a tutti i livelli e ad opera di tutti gli attori, di leggi e di regolamenti, ma anche nell’adozione di atti amministrativi e in tutte le attività politiche ed amministrative».*


	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 25 – 26 settembre 2014 Avv. Giovanni Giardino – Dott. Gianguido D’Alberto - Consiglio regionale dell’Abruzzo Parità di genere e società partecipate
---	---	---

illuministica per la quale, in particolare, “la discriminazione verso il genere femminile nella vita civile rappresenta una diseconomia, perché comporta la rinuncia a metà delle risorse disponibili”. Sotto tale profilo, l’esperienza storica italiana ha dimostrato dimostrato una palese sproporzione tra i due generi della presenza nell’ambito dei diversi centri di potere, che, con particolare riferimento all’accesso alla magistratura, si è manifestata in tutta la sua chiarezza anche nel dibattito in seno all’Assemblea Costituente a proposito della formulazione dell’art. 51 Cost..

A questo punto il Consiglio di Stato sottolinea come la rapida evoluzione degli ultimi anni sia derivata dai mutamenti della struttura reale e al progresso delle conoscenze scientifiche che hanno attenuato la differenza, rendendo la differenziazione irragionevole. Il superamento, o l’attenuazione, della disparità *appare legata al verificarsi di un fenomeno di cui l’equilibrio di genere – come il principio di sussidiarietà orizzontale – rappresenta la soluzione: il sovraccarico dei compiti e la complessità della società.*

Pertanto, l’esigenza dell’equilibrio di genere viene prospettata dal Consiglio di Stato come la soluzione di un problema economico, afferente alla migliore distribuzione delle risorse umane e poggia le sue basi, piuttosto che sull’equità, sul principio efficienza che induce ad un maggiore coinvolgimento del genere femminile nei processi di produzione dei beni, sia pubblici che privati.

L’equilibrio di genere, nel momento in cui si raffronta con altri valori rilevanti quali quelli della libertà individuale e del primato del merito, trova una giustificazione quale elemento correttivo in un sistema in cui le regole della competizione, concepita quale unica tecnica in grado di selezionare i migliori, continuano a scontare purtroppo un’imperfezione e un’insufficienza che hanno impedito *il raggiungimento del risultato del massimo utile individuale e collettivo, non avendo consentito di soddisfare al meglio la totalità degli interessi. Il sistema non ha raggiunto quindi il livello di efficienza richiesto. La ratio della garanzia dell’equilibrio di genere è quindi fondata sull’esigenza fondamentale dell’efficienza del sistema. Quanto più ci si allontani nei criteri di selezione dal modello concorsuale, tanto più possono essere necessari interventi normativi volti a creare pari condizioni tra gli individui.*


	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 25 – 26 settembre 2014 Avv. Giovanni Giardino – Dott. Gianguido D’Alberto - Consiglio regionale dell’Abruzzo Parità di genere e società partecipate
---	---	---

In virtù di tale ricostruzione, la normativa sulle società quotate e sulle società non quotate sotto il controllo delle pubbliche amministrazioni sarebbe stata introdotta al precipuo fine di garantire *la tutela dell’interesse generale del massimo utile individuale e collettivo (e non dell’interesse pubblico) nella consapevolezza che gli operatori macroeconomici – società private quotate e società pubbliche – operano in modo più efficiente quando, in difetto di meccanismi spontanei di selezione nell’insieme del genere umano, entrambe le sue componenti siano rappresentate* e, come tale, è suscettibile di interpretazione estensiva, in quanto l’intento principale del legislatore è quello di assicurare l’equilibrata presenza dei generi nella governance degli enti il cui ruolo nel mercato è maggiormente significativo. E in tale quadro, il fatto che il controllo pubblico si eserciti singolarmente o in modo congiunto non rileva.

E tale interpretazione estensiva non sarebbe impedita dalla formulazione testuale delle norme in esame, in quanto, nel rinviare all’art. 2359 c.c. per definire la nozione di controllo, l’articolo 3 della legge n. 120 del 2011 postula che al concetto di società si sostituisca quello di pubblica amministrazione e, nello specifico, il riferimento alle «pubbliche amministrazioni» ("... alle 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") va pertanto inteso come comprensivo di tutti i soggetti pubblici titolari del capitale sociale, laddove suscettibili di unitaria considerazione. Infatti – chiarisce il Consiglio di Stato - *anche quando a detenere il controllo non è un ente pubblico da solo, ma una pluralità di enti pubblici complessivamente considerati, il controllo è nelle mani di «pubbliche amministrazioni».*

La definizione di controllo congiunto si rinviene già nell’ordinamento europeo in particolare a seguito dell’adozione delle nuove direttive (sia pure non ancora trasposte) in materia di appalti, precisamente la Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e la Direttiva 2014/25/UE del 26 febbraio 2014, sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e servizi postali⁵.

⁵ Tali direttive prevedono espressamente la possibilità del controllo analogo esercitato dall’amministrazione aggiudicatrice congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici, specificandosi che, ai fini del controllo congiunto, sono necessarie tutte le

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 25 – 26 settembre 2014 Avv. Giovanni Giardino – Dott. Gianguido D’Alberto - Consiglio regionale dell’Abruzzo Parità di genere e società partecipate
---	---	---

Applicando, *mutatis mutandis*, la nozione pubblicistica di controllo congiunto all’interno della fattispecie civilistica di controllo societario, affinché possa dirsi integrato il controllo sulla società da parte di una pluralità di soggetti pubblici, il controllo societario ex art. 2359 può ritenersi unitariamente realizzato da più amministrazioni pubbliche quando sussistono le seguenti condizioni:

- *gli organi decisionali della società controllata sono composti da rappresentanti delle pubbliche amministrazioni. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni partecipanti;*
- *le pubbliche amministrazioni congiuntamente – grazie ad accordi tra loro o a comportamenti paralleli – dispongono della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria (controllo di diritto), ovvero di voti sufficienti per esercitare un’influenza dominante nell’assemblea ordinaria (controllo di fatto), oppure esercitano congiuntamente sulla società un’influenza dominante in virtù di particolari vincoli contrattuali con esse;*
- *la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni controllanti.*

Viene tuttavia precisato come non sia in ogni caso sufficiente la semplice titolarità pubblica della maggioranza di capitale, in quanto tale elemento, da solo considerato, è estraneo all’art. 2359 c.c., che riguarda le due ipotesi del «socio sovrano» e del «socio tiranno», in cui chi esercita il controllo è il dominus della società. Concetto che certo non può dirsi integrato allorché le pubbliche amministrazioni, pur avendo la maggioranza del capitale, agiscano separatamente. In conclusione, per il Consiglio di Stato, nel caso di controllo congiunto, alla società controllata, a prescindere dal fatto che sia partecipata o meno da privati, si applicano l’articolo 3 della legge 12 luglio 2011, n. 120 e l’articolo 1 del D.P.R. 30 novembre 2012, n. 251.

seguenti condizioni: a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti; b) tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un’influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata; c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti.