

# ITALIAN LEGAL SCHOLARSHIP UNBOUND WORKING PAPER SERIES



## COMPANY MANAGEMENT CONFLICT RESOLUTION, THIRD-PARTY INTERVENTION AND GOVERNANCE MODELS

*Valerio Sangiovanni*  
Lecturer, University of Trento

### ABSTRACT

The paper presents a detailed commentary on the regulation introduced in Italy by Art. 37 of Legislative Decree No. 5/2003, concerning the resolution of conflicts arising with respect to a company's management. In particular, the work sets off by defining key terms, and later progresses by delving into every stage of the discussed regulation. In this context, the author first enumerates the types of companies falling within the purview of Art. 37- not without some criticism as to the exclusion of joint stock companies – and describes the related governance models with a view to their potential for generating conflict over management decisions.

After completing this background discussion, the author goes on to define the notion of “conflict” for the purpose of resorting to Art. 37 procedures, which he then describes in a step-by-step fashion. In particular, the most relevant passages discuss (1) the determination of the persons entitled to start Art. 37 conflict resolution procedures; (2) the possible appointment of a “designator” entrusted with the task of selecting the “dispute resolver”; (3) the possibility to resort to appeals procedures before a further committee established by the company's articles of incorporation; (4) the conflict resolver's and the (possible) appeals committee's liability, incurred in the performance of their decision-making tasks; (4) the possibility to resort to the judiciary, upon unsatisfactory completion of the conflict resolution procedures.

ILSU WORKING PAPER NO. 2008-10/IT

This paper can be downloaded without charge from

ILSU Working Paper Series  
[www.ilsuwps.org](http://www.ilsuwps.org)

## RISOLUZIONE DI CONTRASTI SULLA GESTIONE DI SOCIETÀ, ARBITRAGGIO E MODELLI DI AMMINISTRAZIONE

*Valerio Sangiovanni*

### INDICE

<b>I.</b>	<b>INTRODUZIONE</b> .....	<b>3</b>
<b>II.</b>	<b>I TIPI SOCIETARI COINVOLTI</b> .....	<b>7</b>
<b>III.</b>	<b>IL POTERE DI AMMINISTRARE NEI VARI TIPI SOCIETARI</b> .....	<b>9</b>
A.	NELLE SOCIETÀ SEMPLICI.....	9
B.	NELLE SOCIETÀ IN NOME COLLETTIVO .....	10
C.	NELLE SOCIETÀ IN ACCOMANDITA SEMPLICE .....	11
D.	NELLE SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA.....	11
E.	RISOLUZIONE IN VIA ORDINARIA DEI CONTRASTI TRA AMMINISTRATORI DI S.R.L.:	
	CONSIDERAZIONI DI SINTESI .....	12
	1. <i>Modello di Amministrazione Disgiuntivo</i> .....	12
	2. <i>Modello di Amministrazione Congiuntivo</i> .....	12
	3. <i>Modello con Consiglio di Amministrazione</i> .....	12
<b>IV.</b>	<b>LA PROCEDURA DI RISOLUZIONE DEL CONTRASTO</b> .....	<b>12</b>
A.	L'INIZIATIVA DI AVVIARE LA PROCEDURA .....	13
B.	LA FIGURA DEL DESIGNATORE .....	14
C.	LA FIGURA DEL RISOLUTORE.....	15
<b>V.</b>	<b>LA RECLAMABILITÀ DELLA DECISIONE</b> .....	<b>17</b>
<b>VI.</b>	<b>IL POTERE DI DECIDERE SU QUESTIONI COLLEGATE</b> .....	<b>18</b>
<b>VII.</b>	<b>LA RESPONSABILITÀ DEL RISOLUTORE E DEGLI AMMINISTRATORI</b> .....	<b>19</b>
<b>VIII.</b>	<b>L'IMPUGNABILITÀ DELLA DECISIONE</b> .....	<b>21</b>

## I. INTRODUZIONE

Il legislatore del processo societario del 2003 ha dedicato quattro articoli (artt. 34-37 D.Lgs. n. 5/2003) all'arbitrato. Mentre è stato scritto molto sugli artt. 34-36 D.Lgs. n. 5/2003<sup>1</sup>, la dottrina si è occupata relativamente poco dell'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003, concernente la «risoluzione di contrasti sulla gestione di società». In questo articolo ci si intende soffermare su questa disposizione<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> La dottrina in materia di arbitrato societario è particolarmente ampia e risulta difficile elencare tutti i contributi apparsi negli ultimi anni in una sola nota. Fra i molti scritti pubblicati sul tema cfr., a titolo esemplificativo, F. Auletta, *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-)orientamenti del notariato*, in *Riv. arb.*, 2004, 361 ss.; M. Bove, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 473 ss.; A. Briguglio, *Gruppi societari e arbitrato*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 2004, 725 ss.; F. Carpi, *Profili dell'arbitrato in materia societaria*, in *Riv. arb.*, 2003, 411 ss.; S.A. Cerrato, *Arbitrato societario: legittimità costituzionale dell'introduzione a maggioranza della clausola compromissoria ed «estraneità» del designatore*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 173 ss.; S.A. Cerrato, *Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune: una convivenza ancora difficile*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 513 ss.; F. Corsini, *La nullità della clausola compromissoria statutaria e l'esclusività del nuovo arbitrato societario*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 809 ss.; F. Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 1285 ss.; F. Criscuolo, *L'opzione arbitrale nella delega per la riforma delle società*, in *Riv. arb.*, 2002, 45 ss.; G. Della Pietra, *La clausola compromissoria, in Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 1° vol., Milano, 2007, 207 ss.; G. De Nova, *Controversie societarie: arbitrato societario o arbitrato di diritto comune?*, in *I Contratti*, 2004, 847 ss.; E. Fazzalari, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. arb.*, 2002, 443 ss.; A. Fusillo, *Disponibilità del diritto ed ammissibilità della clausola compromissoria nelle controversie in materia societaria. Rescindente e rescissorio nel giudizio di impugnazione per nullità del lodo*, in *Riv. arb.*, 2002, 317 ss.; G. Gabrielli, *Clausole compromissorie e statuti sociali*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 85 ss.; T. Galletto, *Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune in ambito societario: la teoria c.d. «del doppio binario» trova autorevole sostegno*, in *Foro pad.*, 2006, II, 234 ss.; A. Giardina, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina dell'arbitrato societario*, in *Riv. arb.*, 2003, 233 ss.; F.P. Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 705 ss.; L.M.C. Morellini, *Diritto transitorio e validità della clausola compromissoria*, in *Le Società*, 2005, 901 ss.; A. Motto, *Esperienze del nuovo arbitrato societario*, in *Riv. arb.*, 2006, 563 ss.; A. Riccio, *La sorte delle vecchie clausole compromissorie societarie dopo l'entrata in vigore dell'art. 34, comma 2°, d.lgs. n. 5 del 2003*, in *Contr. impr.*, 2006, 35 ss.; R. Sali, *L'arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta*, in *Giur. it.*, 2005, 442 ss.; R. Sali, *Arbitrato e riforma societaria: la nuova clausola arbitrale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 114 ss.; V. Salafia, *Il nuovo arbitrato societario e altre questioni*, in *Le Società*, 2005, 97 ss.; V. Sangiovanni, *Some critical observations on the Italian regulation of company arbitration*, in *The American Review of International Arbitration*, 2006, 281 ss.; V. Sangiovanni, *L'arbitrato societario nel diritto tedesco. Una comparazione con il diritto italiano*, in *Le Società*, 2006, 771 ss.; V. Sangiovanni, *Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano*, in *Revista brasileira de arbitragem*, 2006, 181 ss.; V. Sangiovanni, *Die satzungsmäßigen Schiedsklauseln im italienischen Gesellschaftsrecht*, in *ZZPInt (Zeitschrift für Zivilprozess International)*, 2005, 53 ss.; V. Sangiovanni, *Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano*, in *Foro pad.*, 2005, I, 1 ss.; V. Sangiovanni, *Numero e modo di nomina degli arbitri tra arbitrato ordinario e arbitrato societario*, in *Corr. giur.*, 2005, 1133 ss.; B. Sassani, B. Guicciardi, *Arbitrato societario*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile. Aggiornamento*, 1° vol., Torino, 2007, 119 ss.; N. Soldati, *Adeguamento della clausola compromissoria statutaria e diritto di recesso del socio*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 637 ss.; E. Zucconi Galli Fonseca, *L'arbitrato societario nell'applicazione della giurisprudenza*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 935 ss.; E. Zucconi Galli Fonseca, *Modelli arbitrali e controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 513 ss.; E. Zucconi Galli Fonseca, *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 453 ss.; E. Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 929 ss.

<sup>2</sup> Per uno studio particolarmente approfondito dell'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003 cfr. F. Corsini, *Commento all'art. 37*, in *Il nuovo processo societario*, diretto da S. Chiarloni, Bologna, 2004, 1013 ss.

Nell'esaminare l'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003 si deve tenere conto del fatto che esistono nel nostro ordinamento differenti tipi societari. Vi sono poi tipi societari in cui è possibile l'adozione di diversi modelli di amministrazione. Ciò vale in modo particolare per la S.r.l. (cfr. l'art. 2475 c.c.)<sup>3</sup>. Le peculiarità dei singoli modelli di amministrazione devono essere prese in considerazione nello strutturare le clausole degli atti costitutivi in materia di risoluzione di contrasti sulla gestione<sup>4</sup>. Pertanto in questo articolo si cercherà, anzitutto, d'individuare i tipi societari nell'ambito dei quali l'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003 può trovare applicazione e, con riferimento a questi ultimi, di esaminare, almeno nei loro tratti essenziali, i principali modelli di amministrazione attuabili, al fine di individuare al loro interno possibili fattispecie di vicende di "conflitto".

Dal punto di vista sistematico bisogna chiedersi se la corretta collocazione di una disposizione sulla risoluzione di contrasti sulla gestione sia una legge processuale come il D.Lgs. n. 5/2003. A ben vedere, difatti, l'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003 non attiene propriamente alla materia del processo civile. Tale disposizione non è nemmeno configurabile come una norma in materia di arbitrato, e collocarla dunque nel titolo V del D.Lgs. n. 5/2003, dedicato - appunto - all'arbitrato, appare poco coerente.

Pur nella consapevolezza di effettuare una semplificazione, si può affermare che si abbia «arbitrato» in presenza di: 1) una controversia su diritti, 2) una lite che conduca a un lodo, vale a dire a una decisione avente natura giurisdizionale, 3) un lodo impugnabile. Questi presupposti del fenomeno «arbitrato» non si riscontrano nel caso dell'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003.

Anzitutto, manca una controversia su diritti: nell'istituto qui in esame non si controverte se, *in punto di diritto*, abbia ragione Tizio oppure Caio. Si discute di un qualcosa di diverso, ossia se una certa scelta di gestione della società vada fatta o meno. Non si tratta dunque di una controversia su diritti, ma di una difformità di opinioni su una questione gestionale<sup>5</sup>.

Un'altra differenza importante fra l'arbitrato e l'istituto in commento riguarda la natura giurisdizionale della decisione. Con la recente riforma dell'arbitrato, il nuovo art. 824-*bis* c.p.c. ha chiarito che «il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria»<sup>6</sup>. Ciò non avviene per la decisione del «risolutore»<sup>7</sup> resa ex art. 37 D.Lgs. n. 5/2003.

<sup>3</sup> Fra i principali contributi monografici sulla S.r.l. dopo la riforma del 2003 cfr. O. Cagnasso, *La società a responsabilità limitata*, Padova, Cedam, 2007; L. Lambertini, *La società a responsabilità limitata*, Padova, Cedam, 2005. Sulla S.r.l. in generale dopo la novella v. anche V. Salafia, *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Le Società*, 2003, 5 ss.; G. Zanarone, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 58 ss. In materia di amministrazione della S.r.l. cfr. G.C. Rivolta, *I regimi di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 3° vol., Torino, 2007, 519 ss.; V. Sangiovanni, *Die Neuregelung der Geschäftsführung in der italienischen società a responsabilità limitata*, in *GmbHR (GmbH-Rundschau)*, 2006, 1316 ss.; K. Deckert, V. Sangiovanni, *Der GmbH-Geschäftsführer in Italien, Frankreich und Deutschland*, in corso di pubblicazione in *ZVglRWiss (Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft)*, 2008.

<sup>4</sup> Un esempio di clausola di atto costitutivo in materia di risoluzione di contrasti sulla gestione è proposto da P.M.L. Usticino, *Il notaio e le clausole compromissorie*, in *Vita not.*, 2003, II, 1705 ss.

<sup>5</sup> F. Mancinelli, «Arbitrato economico»: paralisi gestionale e sua soluzione, in *Le Società*, 2005, 1048.

<sup>6</sup> Sulla riforma dell'arbitrato del 2006 cfr., in particolare, *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, a cura di E. Fazzalari, Milano, Giuffrè, 2006, con contributi di E. Fazzalari (legittimità costituzionale), G. Verde (arbitrato irrituale), A. Briguglio (dimensione transnazionale dell'arbitrato), G. Ruffini (patto compromissorio), C. Consolo (imparzialità degli arbitri e ricsuzione), F. Auletta (responsabilità civile degli arbitri), F.P. Luiso (rapporti fra arbitro e giudice), R. Marengo (processo arbitrale), C. Punzi (efficacia del lodo), S. Menchini (impugnazioni del lodo) e M. Bove (arbitrato nelle controversie di lavoro). V. inoltre F. Corsini, *Prime riflessioni sulla nuova riforma dell'arbitrato*, in *I Contratti*, 2006, 515 ss.

Una terza differenza di un certo rilievo fra l'arbitrato e l'istituto in esame riguarda i mezzi d'impugnazione. Il lodo è assoggettato a mezzi d'impugnazione: l'art. 827, comma 1, c.p.c. prevede che «il lodo è soggetto all'impugnazione per nullità, per revocazione e per opposizione di terzo». La decisione sul contrasto di gestione è invece reclamabile esclusivamente in presenza di un'apposita previsione statutaria (art. 37, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003) e impugnabile solo in limiti particolarmente ristretti (art. 37, comma 4, D.Lgs. n. 5/2003). Per queste differenze è arduo qualificare il meccanismo in commento come arbitrato.

L'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003 si limita a dettare una disciplina finalizzata a regolare eventuali contrasti all'interno di un organo amministrativo pluripersonale. La sua corretta collocazione sarebbe stata – pertanto – il codice civile, dove è contenuta la regolamentazione del diritto societario materiale. Considerando che la disposizione riguarda più tipi societari, si sarebbe posto il problema della sua esatta collocazione all'interno del codice civile. Tuttavia questo problema tecnico sarebbe stato certamente superabile, ad esempio inserendo la disposizione in uno dei tipi societari coinvolti e facendo degli appropriati rinvii negli altri tipi societari.

L'istituto della «risoluzione di contrasti sulla gestione della società» si avvicina di più all'arbitraggio che all'arbitrato<sup>8</sup>. La disposizione più significativa che disciplina questo istituto è l'art. 1349 c.c., che – non a caso – viene richiamato dallo stesso art. 37 D.Lgs. n. 5/2003<sup>9</sup>. L'art. 1349 c.c. è una norma sui requisiti del contratto, in particolare sul suo oggetto. Essa consente di rimettere a un terzo la determinazione della prestazione dedotta in contratto.

A ben guardare, però, l'istituto della risoluzione di contrasti sulla gestione ha poco a che spartire anche con lo stesso arbitraggio. Si tratta, in sostanza, di un meccanismo – anche se del tutto particolare – di amministrazione delle società<sup>10</sup>. È un sistema suppletivo di nomina di uno o più gestori, diverso da quelli comuni e che opera solo in situazioni di stallo. I risolutori sono amministratori chiamati a compiere un solo atto: la risoluzione del contrasto. L'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003 disciplina un metodo di amministrazione temporanea di società.

Il legislatore del 2003 si è probabilmente mosso in favore di questo istituto della «risoluzione di contrasti sulla gestione» paventando le conseguenze negative di situazioni di blocco decisionale sul buon funzionamento delle società. Bisogna difatti rappresentarsi quelle che sono le conseguenze di uno stallo, sia in termini di funzionamento degli organi societari sia in termini di gestione dell'impresa.

---

<sup>7</sup> Il termine «risolutore» non viene utilizzato dal legislatore nell'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003. Tuttavia sembra si tratti di un'espressione che, per quanto non usuale nella terminologia giuridica, renda bene l'idea della funzione cui è chiamato tale soggetto: quella appunto di «risolvere» il contrasto sulla gestione. Se ne farà pertanto uso in questo articolo.

<sup>8</sup> In giurisprudenza, Trib. Trento, 8 aprile 2004 (ord.), in *Giur. it.*, 2005, 117 ss., con nota di P.L. Nela, ha affermato che l'istituto previsto dall'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003 non ha nulla a che vedere con l'arbitrato in senso stretto, dovendosi invece considerare una forma di arbitraggio, come lascia intendere il rinvio all'art. 1349 c.c. di cui al comma 4 di tale disposizione. Tale ordinanza è pubblicata anche in *Giur. mer.*, 2004, I, 1695 ss., con nota di C. Pedrelli e A. Didone, nonché in *Le Società*, 2004, 998 ss., con nota di L.M.C. Morellini. Da ultimo in materia di arbitraggio cfr. S. Marullo di Condojanni, *Note sul contratto di arbitraggio*, in *Riv. arb.*, 2006, 729 ss.

<sup>9</sup> Nel nostro ordinamento si rinvencono diverse disposizioni in materia di arbitraggio. Si pensi all'art. 1473, comma 1, c.c., in tema di contratto di vendita, secondo cui «le parti possono affidare la determinazione del prezzo a un terzo, eletto nel contratto o da eleggere posteriormente». Nel contesto societario può essere menzionato l'art. 2264, comma 1, c.c., per cui, nella S.s., «la determinazione della parte di ciascun socio nei guadagni e nelle perdite può essere rimessa ad un terzo».

<sup>10</sup> Cfr. S. , *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 123 e ss.; E.F. Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 517 ss.; A. Zoppini, *I «diritti disponibili relativi al rapporto sociale»*, in *Riv. soc.*, 2004, 1185; E. , *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 970 s.

Si immagini, a titolo di esempio, quanto potrebbe accadere in una S.r.l. Gli amministratori, al fine di superare la situazione di blocco, potrebbero dapprima avvalersi del meccanismo previsto dall'art. 2479, comma 1, c.c.<sup>11</sup>. È dunque possibile in questo tipo societario, *expressis verbis*, una rimessione della questione controversa dai gestori ai quotisti. In diversi casi i soci saranno nelle condizioni di esprimersi in favore di una scelta gestionale piuttosto che dell'altra, daranno cioè ragione all'amministratore Tizio piuttosto che al gestore Caio. Bisogna peraltro sottolineare come il meccanismo appena ricordato non sia sempre idoneo a risolvere il conflitto, nel senso che – se vi è contrasto fra gli amministratori – tale conflitto tenderà a ripetersi a livello di soci. I quotisti sono infatti coloro che nominano i gestori (art. 2479, comma 2, c.c.) e, tendenzialmente, il quotista che ha contribuito a nominare Caio manterrà la linea di gestione dell'amministratore da lui supportato, così come farà il quotista che ha dato il proprio voto all'amministratore Tizio, oppositore delle politiche gestionali di Caio. Siccome però i soci decidono non per teste, ma secondo la partecipazione al capitale (art. 2479, comma 6, c.c.), il contrasto può essere risolto quando il primo amministratore è espressione di un quotista che detiene una partecipazione più elevata del secondo. Se - ad esempio - in una S.r.l. vi sono due soci, uno con il 60% e uno con il 40%, che hanno espresso due amministratori, e se i gestori sono in disaccordo su una determinata operazione, essi possono senz'altro rivolgersi ai quotisti. È tuttavia probabile che prevarrà l'opinione dell'amministratore che è stato nominato dal socio con il 60% del capitale. Il contrasto potrebbe però, in effetti, rimanere insoluto quando si contrappongono quotisti che rappresentano un'identica percentuale del capitale.

Il legislatore teme le situazioni di stallo decisionale, in quanto esse non solo ostacolano l'attività imprenditoriale, ma rischiano addirittura di bloccarla. Il blocco decisionale potrebbe condurre i soci a revocare gli amministratori che non riescono a uscire dall'*impasse*<sup>12</sup>. Si tratta peraltro di una misura che difficilmente rimuove realmente il contrasto, nel senso che i gestori di nuova nomina saranno probabilmente portatori degli stessi interessi di quelli rimossi. In casi estremi si potrebbe perfino giungere allo scioglimento della società (cfr. l'art. 2272 c.c. per la S.s.<sup>13</sup> e l'art. 2484 c.c. per la S.r.l.<sup>14</sup>). Sia la revoca degli amministratori sia, a maggior ragione, lo scioglimento della società sono misure radicali. Con l'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003 il legislatore

---

<sup>11</sup> “I soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, nonché sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione”.

<sup>12</sup> In materia di revoca degli amministratori di S.r.l. cfr. in particolare O. Cagnasso, *Revoca cautelare dell'amministratore di società a responsabilità limitata ed azione di responsabilità: una convivenza problematica*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 916 s.; M. Comastri, F. Valerini, *Natura conservativa e funzione inibitoria della revoca cautelare dell'amministratore di s.r.l.*, in <www.judicium.it>; D. Fico, *La revoca degli amministratori di s.r.l.*, in *Le Società*, 2007, 1101 ss.; V. Sangiovanni, *La revoca degli amministratori nella s.r.l. italiana e nella GmbH tedesca*, in *Le Società*, 2008, 372 ss.; V. Sangiovanni, *La revoca degli amministratori di s.r.l.*, in *Le Società*, 2007, 1328 ss.; V. Sangiovanni, *La revoca dell'amministratore di s.r.l.*, in *Giur. mer.*, 2007, 1381 ss.

<sup>13</sup> L'art. 2272 c.c. prevede che la società si scioglie, fra gli altri casi, per il conseguimento dell'oggetto sociale o per la sopravvenuta impossibilità di conseguirlo. Cass., 22 agosto 2001, n. 11185, ha deciso che, nelle società di persone, lo scioglimento per insanabile dissidio sorto fra i soci presuppone che la situazione di conflitto renda impossibile il raggiungimento dei fini sociali. Cass. 15 luglio 1996, n. 6410, ha stabilito che il dissidio fra i soci, benché non annoverato espressamente dall'art. 2272 c.c. fra le cause di scioglimento delle società personali, può risolversi in quella generale contemplata dal n. 2 del citato articolo, quando il conflitto fra i soci sia tale da rendere «impossibile» il conseguimento dell'oggetto sociale.

<sup>14</sup> L'art. 2284 c.c. prevede che la S.r.l. si scioglie, fra gli altri casi, per il conseguimento dell'oggetto sociale o per la sopravvenuta impossibilità di conseguirlo. La disposizione specifica inoltre che la società si scioglie per l'impossibilità di funzionamento o per la continua inattività dell'assemblea.

vuole offrire la possibilità di un meccanismo di risoluzione potenzialmente veloce e poco costoso dei contrasti gestionali.

## II. I TIPI SOCIETARI COINVOLTI

La legge prevede anzitutto che «gli atti costitutivi delle società a responsabilità limitata e delle società di persone possono anche contenere clausole con le quali si deferiscono ad uno o più terzi i contrasti tra coloro che hanno il potere di amministrazione in ordine alle decisioni da adottare nella gestione delle società» (art. 37, comma 1, D.Lgs. n. 5/2003).

Questa disposizione si riferisce a quattro tipi societari: 1) la S.r.l. e le società di persone, vale a dire 2) la S.s., 3) la S.n.c. e 4) la S.a.s.

Sono escluse dall'ambito di applicazione della disposizione in commento le società azionarie, ossia la S.p.a. e la S.a.p.a. Al riguardo è evidenziabile una differenza rispetto alla disciplina dell'arbitrato societario (artt. 34-36 D.Lgs. n. 5/2003). L'art. 34, comma 1, D.Lgs. n. 5/2003 fa difatti riferimento, senza distinzioni di sorta, alle «società». Un'eccezione espressa è prevista con riferimento alle sole società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325-*bis* c.c. (ossia «le società con azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse fra il pubblico in misura rilevante»). In una mia precedente pubblicazione ho criticato con diversi argomenti questa esclusione<sup>15</sup>.

Il legislatore insiste però, anche nell'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003, nel voler escludere le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. Anzi: rispetto all'arbitrato societario l'ambito di applicazione della disposizione sulla risoluzione di contrasti sulla gestione risulta ancora più ridotto. Sono difatti escluse tutte le S.p.a., non solo quelle «aperte».

Bisogna comprendere quali siano le ragioni di questa esclusione. E ciò non è affatto agevole, se si considera che non è facile il solo comprendere per quale ragione il legislatore abbia escluso le società «aperte» dall'arbitrato societario.<sup>16</sup> Anche nelle S.p.a. possono verificarsi conflitti fra coloro che sono incaricati dell'amministrazione e, dunque, può sorgere l'esigenza di una risoluzione del contrasto anche in questo tipo societario.

Nella S.p.a. vi può essere un amministratore unico oppure una pluralità di amministratori. La legge prevede al riguardo che «quando l'amministrazione è affidata a più persone, queste costituiscono il consiglio di amministrazione» (art. 2380-*bis* comma 3 c.c.). Il consiglio di amministrazione decide applicando il principio maggioritario: «le deliberazioni del consiglio di amministrazione sono prese a maggioranza assoluta dei presenti, salvo diversa disposizione dello statuto» (art. 2388, comma 2, c.c.)<sup>17</sup>.

La regola per le decisioni del consiglio di amministrazione di una S.p.a. è dunque quella del principio maggioritario: potenziali conflitti fra gli amministratori si pongono quando non si riesce a raggiungere la maggioranza, e ciò può verificarsi per diverse ragioni. Anzitutto vi può essere un numero pari di amministratori. Se, ad esempio, i gestori sono due e non sono d'accordo sul compimento di una certa operazione, non si raggiunge la maggioranza assoluta dei presenti. Ma uno stallo si può verificare anche in presenza di un numero dispari di amministratori, e segnatamente in casi di assenza o di astensione. Se, per esempio, i gestori sono tre, e

<sup>15</sup> Sia consentito il rinvio a V. Sangiovanni, *Arbitrato societario, società di capitali e categorie di investitori*, in *Riv. arb.*, 2007, 320 ss.

<sup>16</sup> V. Sangiovanni, *ibidem*.

<sup>17</sup> Il *quorum* costitutivo è fissato dall'art. 2388, comma 1, c.c.: «per la validità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione è necessaria la presenza della maggioranza degli amministratori in carica, quando lo statuto non richiede un maggior numero di presenti».

intervengono tutti a una riunione del consiglio, ma uno di essi si astiene e gli altri due sono in disaccordo, non si giunge a una decisione.

Con queste osservazioni si vuole sottolineare come problemi di contrasti in seno all'organo amministrativo possano verificarsi anche in una S.p.a. Si ha dunque difficoltà a comprendere le ragioni per cui il legislatore ha ritenuto di voler limitare l'applicazione dell'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003 alle società di persone e a quelle a responsabilità limitata.

L'esclusione delle S.p.a. dal campo di applicazione della disposizione in commento potrebbe essere giustificata dal fatto che, normalmente, nella S.p.a. vi è un ampio consiglio, così che situazioni di stallo sono improbabili<sup>18</sup>. Il rilievo è pertinente, ma – ad avviso di chi scrive – non basta a giustificare un'esclusione delle S.p.a. Se anche in questo tipo societario possono verificarsi stalli gestionali, non si vede per quale ragione non consentire anche nelle S.p.a. il ricorso a clausole quali quelle previste dall'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003.

Vi è tuttavia una ragione di carattere sostanziale che potrebbe essere individuata come il «movente» che ha spinto il legislatore a escludere le S.p.a. dalla possibilità di ricorrere all'istituto della risoluzione di contrasti sulla gestione di società. Si tratta del principio per cui «la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale» (art. 2380-*bis*, comma 1, c.c.). Nella S.p.a. la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori. Se si ammettesse l'istituto di cui all'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003 in tale tipo societario, un'attività gestionale – anche se solo temporanea - verrebbe svolta da un soggetto che non è amministratore.

L'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003 si riferisce ad «atti costitutivi». Con questa espressione il legislatore utilizza volutamente una formulazione generica, atta a comprendere diversi tipi societari.

Nel caso di una S.s. l'espressione «atto costitutivo» va riferita al contratto sociale di cui all'art. 2251 c.c.<sup>19</sup>. Bisogna tuttavia rilevare che la legge prevede che «nella società semplice il contratto non è soggetto a forme speciali, salvo quelle richieste dalla natura dei beni conferiti» (art. 2251 c.c.). Si immagini, ad esempio, che venga conferito in società un bene immobile. In questo caso la forma scritta è prevista a pena di nullità. Stabilisce difatti l'art. 1350 n. 9 c.c. che devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità, fra gli altri i contratti di società con i quali si conferisce il godimento di beni immobili per un tempo eccedente i nove anni o per un tempo indeterminato<sup>20</sup>. In altri casi, pur in assenza di un obbligo di legge, può capitare che siano le parti a scegliere la forma scritta per il contratto sociale. In alcune ipotesi vi è dunque un contratto scritto di S.s. Ma può capitare che il contratto - in tale tipo societario - non rivesta la forma scritta, venga cioè concluso solo oralmente<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Cfr. F. Corsini, *La risoluzione dei contrasti nell'amministrazione sociale mediante «arbitrato gestionale»*, in *Le Società*, 2003, 1209 ss.; P. Fabris, *Arbitraggio endosocietario e temporary director*, in *Giur. it.*, 2006, 1095.

<sup>19</sup> Per un esame della questione se le S.s. rientrino nell'ambito di applicazione dell'arbitrato societario sia consentito rinviare a V. Sangiovanni, *Arbitrato societario*, cit., 317 ss.

<sup>20</sup> Cass., 2 aprile 1999, n. 3166, ha deciso che il contratto verbale costitutivo di una società di fatto, senza determinazione di tempo, con il conferimento del godimento di beni immobili essenziali al raggiungimento dello scopo sociale, è affetto da nullità, ai sensi dell'art. 2251 c.c., in relazione all'art. 1350 n. 9 c.c. il quale contempla la forma scritta *ad substantiam* per detti conferimenti immobiliari ove siano ultranovennali o a tempo indeterminato.

<sup>21</sup> Cass., 29 agosto 1997, n. 8187, ha deciso che la concreta mancanza della prova scritta di un contratto societario relativo a una società di fatto o irregolare (non richiesta, peraltro, dalla legge ai fini della sua validità) non impedisce al giudice di merito l'accertamento, *aliunde*, della esistenza di una struttura societaria, all'esito di una rigorosa valutazione (quanto al rapporto fra soci) del complesso delle circostanze idonee a rivelare l'esercizio in comune di un'attività imprenditoriale, nonché dell'esistenza di una *affectio societatis* (*id est* l'intenzione pattizia dei

Passando al secondo tipo societario interessato dalla disposizione in commento (la S.n.c.), la disposizione di riferimento - ai fini della nostra analisi - è l'art. 2296, comma 1, c.c., il quale prevede che «l'atto costitutivo della società, con sottoscrizione autenticata dei contraenti, o una copia autentica di esso se la stipulazione è avvenuta per atto pubblico, deve entro trenta giorni essere depositato per l'iscrizione, a cura degli amministratori, presso l'ufficio del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale».

Per quanto riguarda la S.a.s., l'art. 2315 c.c. prevede che «alla società in accomandita semplice si applicano le disposizioni relative alla società in nome collettivo, in quanto siano compatibili con le norme seguenti». Trova in definitiva applicazione l'art. 2296 c.c. in materia di pubblicazione dell'atto costitutivo.

Per quanto riguarda la S.r.l., l'art. 2463, comma 2, c.c. prevede che «l'atto costitutivo deve essere redatto per atto pubblico». Nel caso di S.r.l. vi è dunque necessità di forma scritta per l'atto costitutivo. La mancanza di tale forma determina la nullità del contratto di società. L'art. 2463, comma 3, c.c. richiama difatti espressamente l'art. 2332 c.c. in tema di S.p.a., secondo cui la nullità della società può essere pronunciata, fra gli altri casi, nell'ipotesi di mancata stipulazione dell'atto costitutivo nella forma dell'atto pubblico.

### III. IL POTERE DI AMMINISTRARE NEI VARI TIPI SOCIETARI

L'art. 37, comma 1, D.Lgs. n. 5/2003 prevede la possibilità di clausole con le quali si deferiscono a uno o più terzi i contrasti «tra coloro che hanno il potere di amministrazione in ordine alle decisioni da adottare nella gestione della società».

Bisogna dunque, anzitutto, comprendere a chi spetti amministrare nei vari tipi societari interessati dalla disposizione.

#### A. Nelle Società Semplici

Nella S.s. vengono in considerazione due disposizioni: gli art. 2257 e 2258 c.c. La prima norma regola l'amministrazione disgiuntiva, la seconda l'amministrazione congiuntiva.

Con riferimento all'amministrazione disgiuntiva, la legge prevede che, «salvo diversa pattuizione, l'amministrazione della società spetta a ciascuno dei soci disgiuntamente dagli altri» (art. 2257, comma 1, c.c.). Di norma, dunque, nella S.s. non possono sorgere conflitti fra gli amministratori, in quanto ciascuno di essi ha il potere di decidere da solo per la società.

La legge prevede tuttavia che «se l'amministrazione spetta disgiuntamente a più soci, ciascun socio amministratore ha diritto di opporsi all'operazione che un altro voglia compiere, prima che sia compiuta» (art. 2257, comma 2, c.c.). Nel modello di amministrazione disgiuntiva il socio può dunque ingerirsi nell'attività di amministrazione degli altri soci.

Per il caso d'ingerenza, la legge prevede un meccanismo decisionale: «la maggioranza dei soci, determinata secondo la parte attribuita a ciascun socio negli utili, decide sull'opposizione» (art. 2257, comma 3, c.c.). Questa disposizione prevede, dunque, uno schema risolutivo della difformità di opinioni fra amministratori relativamente al compimento di atti di gestione. La decisione viene rimessa ai soci, i quali decidono secondo la loro partecipazione agli utili.

---

contraenti di vincolarsi e collaborare per tale esercizio), potendo legittimamente desumersi tale rapporto sociale dai comportamenti tenuti, anche nei confronti dei terzi, da ciascuno dei soci nell'esercizio collettivo dell'impresa.

L'art. 2258 c.c. disciplina poi l'amministrazione congiuntiva nella S.s. La disposizione prevede che «se l'amministrazione spetta congiuntamente a più soci, è necessario il consenso di tutti i soci amministratori per il compimento delle operazioni sociali» (art. 2258, comma 1, c.c.). Il meccanismo previsto da questa norma è quello della unanimità: se non si ottiene il consenso di tutti, l'atto non può essere compiuto. Vi è dunque, per così dire, un «meccanismo implicito» di soluzione delle controversie, consistente nel fatto che qualsiasi difformità di opinioni fra gli amministratori impedisce il compimento dell'atto.

Nella S.s. il regime della unanimità, che – come si è detto – comporta in sé la risoluzione del contrasto (nel senso che, in assenza di unanimità, la decisione non viene presa) non è l'unico possibile. La legge prevede difatti che «se è convenuto che per l'amministrazione o per determinati atti sia necessario il consenso della maggioranza, questa si determina a norma dell'ultimo comma dell'articolo precedente» (art. 2258, comma 2, c.c.). Questa disposizione richiama la norma, già menzionata, per cui la maggioranza viene determinata secondo la parte attribuita a ciascun socio negli utili.

A ribadire la necessità di una decisione congiunta in tutti i casi in cui è prevista l'amministrazione congiuntiva, la legge prevede che «nei casi preveduti da questo articolo, i singoli amministratori non possono compiere da soli alcun atto, salvo che vi sia urgenza di evitare un danno alla società» (art. 2258, comma 3, c.c.).

Dal momento che nella S.s. esistono dei meccanismi che consentono di giungere a una decisione sulla gestione, vi è da chiedersi quali siano gli spazi residuali per una disposizione come l'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003. Il testo di questa disposizione non è, a dire il vero, particolarmente chiaro: cosa si deve intendere per «contrasto»? Se per contrasto si intende semplicemente il fatto che alcuni amministratori hanno opinioni divergenti in merito a una certa operazione, l'ambito di applicazione della disposizione diventerebbe pressoché smisurato. Significherebbe che - ogni volta che vi è una diversità di pareri - potrebbe essere attivato il meccanismo previsto dall'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003, anche quando si raggiunge una maggioranza (cioè anche quando una certa proposta viene accolta o respinta). Questa possibile interpretazione della disposizione non può essere accolta, in quanto essa verrebbe – nella sostanza - a cancellare dall'ordinamento giuridico societario il principio maggioritario. È invece preferibile l'opinione per cui «contrasto» - ai sensi della norma in esame - significa «stallo decisionale», nel senso che non si riesce a prendere una decisione in quanto si contrappongono tanti soci detentori dello stesso *quantum* di potere. L'unico spazio residuale di applicazione dell'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003 nella S.s. pare essere quello in cui una scelta gestionale non possa essere presa perché si contrappongono tanti soci che rappresentano la stessa percentuale di partecipazione agli utili, e ciò tanto nel caso di amministrazione congiuntiva che in quello di amministrazione disgiuntiva (ove lo stallo insorga in sede di decisione dei soci sul conflitto sorto nel caso di ingerenza). In questo caso potrebbe, in effetti, risultare utile una clausola che rimette lo stallo alla decisione di un terzo.

### *B. Nelle Società in Nome Collettivo*

Nel contesto della S.n.c. non si rinvencono disposizioni particolari in tema di amministrazione. Viene regolata solo la rappresentanza all'art. 2298 c.c. Deve dunque ritenersi operante la clausola generale di cui all'art. 2293 c.c., secondo cui «la società in nome collettivo è regolata dalle norme di questo capo e, in quanto queste non dispongano, dalle norme del capo precedente». Le considerazioni svolte sopra con riferimento alla S.s. trovano quindi applicazione anche alla S.n.c.

### *C. Nelle Società in Accomandita Semplice*

La S.a.s. si caratterizza per la presenza di due categorie di soci. Secondo la legge «l'amministrazione della società può essere conferita soltanto a soci accomandatari» (art. 2318, comma 2, c.c.) e «i soci accomandanti non possono compiere atti di amministrazione, né trattare o concludere affari in nome della società, se non in forza di procura speciale per singoli affari» (art. 2320, comma 1, c.c.). Queste disposizioni non regolano però le modalità di decisione degli amministratori. La legge prevede che «i soci accomandatari hanno i diritti e gli obblighi dei soci nella società in nome collettivo» (art. 2318, comma 1, c.c.) e proprio come costoro, in particolare, potrebbero – in regime di amministrazione disgiuntiva - prender parte alla decisione sull'opposizione di un amministratore al compimento di un atto da parte di altro amministratore. In conclusione, opera – in tema di amministrazione - il rinvio secondo cui «alla società in accomandita semplice si applicano le disposizioni relative alla società in nome collettivo in quanto siano compatibili con le norme seguenti» (art. 2315 c.c.). Valgono dunque anche per la S.a.s. le osservazioni fatte sopra con riferimento alla S.s.

### *D. Nelle Società a Responsabilità Limitata*

Infine vi è la S.r.l., nella quale la regolamentazione dell'amministrazione è stata profondamente modificata con la riforma del 2003. La legge prevede che «salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'articolo 2479» (art. 2475, comma 1, c.c.). Da questa disposizione si desume che nella S.r.l. vi può essere un amministratore unico oppure una pluralità di gestori. Problemi di eventuali contrasti fra amministratori si pongono, naturalmente, solo in presenza di più amministratori.

La legge disciplina il funzionamento dell'organo amministrativo in presenza di più gestori: «quando l'amministrazione è affidata a più persone, queste costituiscono il consiglio di amministrazione. L'atto costitutivo può tuttavia prevedere, salvo quanto disposto nell'ultimo comma del presente articolo<sup>22</sup>, che l'amministrazione sia ad esse affidata disgiuntamente oppure congiuntamente; in tali casi si applicano, rispettivamente, gli articoli 2257 e 2258» (art. 2475, comma 3, c.c.).

In presenza di più amministratori in una S.r.l. il modello sulla base del quale essi agiscono è dunque il consiglio di amministrazione. Nel contesto della S.r.l. non vengono peraltro indicate le modalità con le quali il consiglio di amministrazione delibera. Pare ragionevole applicare in via analogica quanto previsto per le S.p.a. Secondo la disposizione dettata per le S.p.a. «le deliberazioni del consiglio di amministrazione sono prese a maggioranza assoluta dei presenti, salvo diversa disposizione dello statuto» (art. 2388, comma 2, c.c.). Nei casi invece in cui, nella S.r.l., sia adottato il modello disgiuntivo oppure congiuntivo trovano applicazione gli artt. 2257 e 2258 c.c. esaminati sopra.

---

<sup>22</sup> Ai sensi dell'art. 2475, comma 5, c.c. «la redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione o scissione, nonché le decisioni di aumento del capitale ai sensi dell'articolo 2481 sono in ogni caso di competenza dell'organo amministrativo».

*E. Risoluzione in Via Ordinaria dei Contrasti tra Amministratori di S.r.l.:  
Considerazioni di Sintesi*

Cercando ora di riassumere gli esiti dell'analisi svolta, si deve osservare quanto segue. In presenza di una pluralità di amministratori, sussistono tre modelli decisionali: 1) l'amministrazione disgiuntiva (art. 2257 c.c.); 2) l'amministrazione congiuntiva (art. 2258 c.c.); 3) il consiglio di amministrazione (art. 2475 c.c.). A fronte di tali tre modelli di amministrazione, ben può succedere che vi sia difformità di opinioni fra gli amministratori. Tali divergenze fra gestori vengono risolte nel modo che segue.

*1. Modello di Amministrazione Disgiuntivo*

Nel caso di amministrazione disgiuntiva decide «la maggioranza dei soci, determinata secondo la parte attribuita a ciascun socio negli utili» (art. 2257, comma 3, c.c.). Ecco allora che vi è già un metodo per così dire «implicito» di soluzione dello stallo: se si raggiunge tale maggioranza, il conflitto viene risolto. Un contrasto realmente insolubile sulla gestione della società può pertanto verificarsi solo quando i soci che si oppongono detengono la stessa partecipazione agli utili. Se il 50% vuole compiere una certa operazione e l'altro 50% si oppone, effettivamente si verifica una situazione di stallo in cui può risultare utile un'apposita clausola dell'atto costitutivo.

*2. Modello di Amministrazione Congiuntivo*

Nel caso di amministrazione congiuntiva, non si pongono problemi in caso di decisione all'unanimità (art. 2258, comma 1, c.c.): l'unanimità può essere raggiunta (e allora si compie l'operazione) oppure può non essere raggiunta (e allora non si compie l'operazione). Nell'ipotesi di amministrazione congiuntiva a maggioranza (art. 2258, comma 2, c.c.) viene richiamato l'art. 2257, comma 3, c.c. (decisione secondo la maggioranza nella partecipazione agli utili). Di conseguenza gli eventuali conflitti trovano sempre una soluzione, salvo nel caso estremo in cui si oppongano tanti soci che rappresentano esattamente la stessa partecipazione agli utili. In questa ipotesi può, in effetti, essere utile una clausola degli atti costitutivi sulla risoluzione di contrasti.

*3. Modello con Consiglio di Amministrazione*

Nel caso della S.r.l., il metodo ordinario di decisione degli amministratori è comunque quello a maggioranza. Si tratta tuttavia di una maggioranza relazionata non alla partecipazione agli utili (come avviene nelle società di persone in caso di contrasti: art. 2257, comma 3, c.c.) oppure al capitale, bensì per teste. Se il numero di amministratori è dispari, si ottiene sempre una maggioranza (salvo in caso di eventuali assenze o astensioni). La situazione può diventare problematica in presenza di un numero pari di gestori. Si immagini il caso della presenza di due amministratori, i quali votano uno per una certa operazione, l'altro in senso contrario. Anche in una situazione del genere può dunque risultare utile una clausola dell'atto costitutivo sulla soluzione dei contrasti in materia di gestione.

#### **IV. LA PROCEDURA DI RISOLUZIONE DEL CONTRASTO**

La risoluzione del contrasto sulla gestione è l'esito di un vero e proprio procedimento, in cui si possono distinguere varie fasi: 1) l'iniziativa di attivare la clausola prevista nell'atto costitutivo; 2) la nomina del designatore del risolutore (oppure direttamente del risolutore, se non

vi è designatore del risolutore); 3) se vi è un designatore, dopo la nomina del designatore la nomina del risolutore; 4) la decisione del risolutore.

#### A. *L'Iniziativa di Avviare la Procedura*

L'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003 si sofferma poco sugli aspetti procedurali. Probabilmente il legislatore desiderava evitare di appesantire eccessivamente la disposizione, lasciando – al contrario – ampio spazio all'autonomia privata.

Detto articolo, in particolare, non dice a chi - all'interno della società - spetti prendere l'iniziativa per deferire al terzo il contrasto. Si tratta di un aspetto importante in quanto da esso dipende la stessa possibilità di risolvere il conflitto. Per questa ragione è senz'altro utile che le questioni relative alla titolarità del potere d'iniziativa vengano espressamente regolate negli atti costitutivi delle società interessate. Qui si può prevedere che l'iniziativa spetti, ad esempio, a ciascun amministratore e/o ai soci e/o al collegio sindacale (nei tipi societari e nei casi in cui quest'organo dovesse essere presente).

Bisogna tuttavia porsi la domanda di cosa succeda in assenza di previsioni statutarie specifiche sul punto. In questo caso appare sensato, per diverse ragioni, ritenere che il potere di avviare la procedura di nomina del risolutore spetti agli amministratori<sup>23</sup>. Anzitutto si tratta, in via generale, delle persone che amministrano la società e che la rappresentano verso l'esterno. In secondo luogo i gestori sono i soggetti direttamente coinvolti nel contrasto e sono le prime persone ad avere conoscenza dello stallo. In terzo luogo gli amministratori sono le persone che, meglio conoscendo il problema, meglio possono illustrare al designatore (oppure al risolutore) tutti i termini della questione. È dunque nel complesso ragionevole affermare che spetti ai gestori, ricorrendone i presupposti (leggi: stallo decisionale), avviare il meccanismo di risoluzione del contrasto eventualmente previsto negli atti costitutivi.

Ma l'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003 tace anche su diversi altri aspetti procedurali. Si pensi solo alla necessità di mettere a disposizione del risolutore tutti gli elementi di valutazione necessari per prendere una decisione consapevole: a chi spetta fornire documentazione e informazioni? Anche in assenza di previsioni statutarie specifiche, probabilmente tale compito compete agli amministratori, in quanto si tratta dei soggetti che hanno dato origine al contrasto e che rappresentano la società. Non è affrontato dalla legge nemmeno il problema della necessità di un minimo di contraddittorio nel corso del procedimento decisionale<sup>24</sup>. La questione può essere senz'altro regolata negli atti costitutivi. Anche in assenza di apposite pattuizioni, pare tuttavia ragionevole affermare che tutti gli amministratori in conflitto debbano avere la possibilità di presentare deduzioni e documenti al risolutore. È vero che questa esigenza di contraddittorio produce l'effetto di appesantire il procedimento, ritardando la risoluzione del contrasto a tendenziale danno dell'efficienza societaria. D'altro canto pare incompatibile con i principi generali dell'ordinamento che i diretti interessati (gli amministratori) non possano partecipare, con il proprio contributo (anche informativo), alla decisione del terzo.

Dal momento in cui sorge il contrasto al momento in cui esso viene risolto deve trascorrere un periodo di tempo il più breve possibile. Le esigenze di buon funzionamento dell'impresa sono incompatibili con tempi decisionali eccessivamente lunghi. Se si vuole che le clausole degli atti costitutivi che prevedono meccanismi di risoluzione dei contrasti abbiano utilità pratica, occorre

<sup>23</sup> L. Colantuoni, *Commento all'art. 37*, in *I procedimenti*, a cura di G. Lo Cascio, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2006, 700; P. Fabris, *op. cit.*, 1095; P.M.L. Usticino, *op. cit.*, 1704.

<sup>24</sup> F. Mancinelli, *op. cit.*, 1048.

strutturarle in modo tale da garantire che la decisione del terzo giunga velocemente<sup>25</sup>. È pertanto opportuno che si preveda un termine breve (ad esempio: 30 giorni) per la decisione del risolutore. Questo lasso di tempo non può tuttavia essere eccessivamente breve, in quanto il terzo deve studiarsi gli atti, assumere informazioni e garantire almeno un minimo di contraddittorio prima di poter risolvere in modo adeguato la questione.

### B. *La Figura del Designatore*

Così come avviene espressamente nella disciplina dell'arbitrato societario (art. 34 D.Lgs. n. 5/2003), anche nel diverso contesto della risoluzione di contrasti *ex art.* 37 D.Lgs. n. 5/2003 è utile effettuare una distinzione: un conto è la persona chiamata a designare il risolutore (nell'arbitrato societario: a nominare gli arbitri), un altro conto è il risolutore (nell'arbitrato societario: gli arbitri). Mentre, tuttavia, questa separazione di ruoli è necessaria nell'arbitrato societario (occorre cioè sempre un designatore chiamato a nominare gli arbitri), essa non è necessaria nella risoluzione di contrasti.

Nel contesto dell'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003 la figura del designatore non è necessaria. Gli atti costitutivi potrebbero cioè designare direttamente il risolutore. Si immagini, ad esempio, una clausola strutturata nel modo seguente: «Il Presidente della Camera di Commercio del luogo in cui ha sede la società è competente a risolvere i contrasti sulla gestione della società che dovessero insorgere fra gli amministratori». Qui non vi è la nomina di un designatore, bensì direttamente di un risolutore (il Presidente della Camera di Commercio); questi non nomina altre persone, ma procede direttamente a risolvere la questione. Gli atti costitutivi possono però, con un meccanismo simile a quello - obbligatorio - nell'arbitrato societario, limitarsi a individuare il designatore. Si pensi a una clausola con un tenore simile: «il Presidente della Camera di Commercio del luogo in cui ha sede la società è competente a designare il soggetto preposto a risolvere i contrasti sulla gestione della società che dovessero insorgere fra gli amministratori». Qui vi è un doppio passaggio: l'atto costitutivo individua il designatore (il presidente della camera di commercio), il quale provvede poi a nominare il risolutore.

L'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003 non impone un sistema di doppia garanzia come quello previsto dall'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003 (prima nomina del designatore, poi nomina degli arbitri). L'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003 chiede agli atti costitutivi d'individuare solo il designatore degli arbitri, designatore al quale spetterà poi nominare gli arbitri. L'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003 è più semplice nella sua struttura: esso consente il diretto deferimento del contrasto a terzi, senza passare necessariamente attraverso un designatore. Nel contesto della risoluzione di conflitti sono valide sia le clausole di «diretta» individuazione del terzo sia le clausole di «indiretta» individuazione del terzo (nel senso di passare tramite un designatore).

Bisogna infine riflettere sul fatto che l'arbitro ha un compito - almeno in parte - di carattere giuridico, mentre il risolutore svolge una funzione che non è di natura giuridica, ma di gestione della società. Nel procedere alla individuazione del risolutore è opportuno tenere conto delle caratteristiche dell'incarico che egli andrà a svolgere. Nel caso in cui l'atto costitutivo preveda un designatore, è - in linea di principio - meglio che tale ruolo venga assegnato non tanto a un'autorità dell'ambito giudiziario (ad esempio il Presidente del Tribunale o il Presidente

---

<sup>25</sup> P. Fabris, *op. cit.*, 1097.

dell'Ordine degli Avvocati) quanto piuttosto a un'autorità attiva in settori commerciali ed economici (per esempio il Presidente della Camera di Commercio)<sup>26</sup>.

### C. La Figura del Risolutore

Bisogna ora soffermarsi sulla figura del «risolutore», vale a dire colui che è chiamato a risolvere il contrasto sulla gestione.

Dall'art. 37, comma 1, D.Lgs. n. 5/2003 si evince che il potere di risolvere il contrasto può essere affidato a una persona sola oppure a più persone. Spetta ai soci, sottoscrittori dell'atto costitutivo, valutare - nel caso concreto - quale di queste due possibilità meglio si attagli alle loro esigenze. Considerato che il terzo avrà diritto a un compenso per l'attività svolta, potrebbe essere preferibile conferire l'incarico a una persona sola piuttosto che a un collegio, al fine di ridurre i costi. D'altro canto un collegio offre la garanzia di un migliore approfondimento della questione controversa.

Nel caso in cui l'incarico sia affidato a più persone, la disposizione tace sulla composizione del collegio. Nel caso degli arbitri, invece, vi è la previsione legislativa espressa che «gli arbitri possono essere uno o più, purché in numero dispari» (art. 809, comma 1, c.p.c.). Questa regola non è riproposta nel contesto dell'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003 e ciò conduce a pensare che, probabilmente, sia legittima la nomina di un collegio composto di un numero pari di componenti. Sarebbe tuttavia senz'altro opportuno che gli atti costitutivi prescrivano che il collegio abbia un numero dispari di membri<sup>27</sup>. Altrimenti si rischia il paradosso di avere uno stallo decisionale in seno allo stesso collegio chiamato a risolvere lo stallo gestionale.

L'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003 non dice nulla relativamente alle caratteristiche che devono presentare le persone chiamate a risolvere il contrasto. Tali terzi possono senz'altro essere delle persone fisiche. Vi è però da chiedersi se l'incarico possa essere affidato a enti o persone giuridiche<sup>28</sup>. In linea di principio non dovrebbero esservi ostacoli, a condizione che l'incarico venga poi svolto da una persona fisica in seno all'ente o persona giuridica. Si potrebbe, ad esempio, pensare di designare una società di revisione quale risolutore ai sensi dell'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003, società la quale agirà tramite il suo rappresentante legale.

La disposizione in commento non dice nulla nemmeno in merito ai connotati d'indipendenza dei terzi incaricati di risolvere il contrasto sulla gestione. Nel contesto dell'arbitrato societario l'indipendenza viene considerata dal legislatore un obiettivo di primaria importanza. Viene difatti richiesta non solo l'indipendenza degli arbitri<sup>29</sup>, ma addirittura l'indipendenza di chi deve designare gli arbitri. La legge prevede che «la clausola deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società» (art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003). Nell'arbitrato societario il principio d'indipendenza vale dunque sia per il designatore sia per l'arbitro. Qual è invece la regola che vale nel contesto della risoluzione di contrasti?

<sup>26</sup> Cfr. P. Fabris, *op. cit.*, 1096; G. Girello, *Risoluzione dello stallo gestionale mediante ricorso all'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003*, in *Le Società*, 2005, 1290.

<sup>27</sup> L. Colantuoni, *op. cit.*, 699; R. Guidotti, *La risoluzione dei contrasti sulla gestione delle società*, in *Giur. it.*, 2005, 893.

<sup>28</sup> Sulla diversa questione se si possa nominare arbitro una persona giuridica cfr. E. Cusa, *La società di arbitrato amministrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 779 ss.

<sup>29</sup> In materia d'indipendenza degli arbitri cfr., in particolare, C. Consolo, *Arbitri di parte «non neutrali»?», in Riv. arb.*, 2001, 9 ss.; E. Fazzalari, *Ancora sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. arb.*, 1998, 1 ss.

Le clausole degli atti costitutivi potrebbero in effetti, nella prassi, assumere contenuti che stridono con il principio d'indipendenza.

Si immagini che gli atti costitutivi rimettano agli stessi amministratori la risoluzione del conflitto. Una clausola del genere attribuisce la soluzione del contrasto a un soggetto che è – in sostanza - parte in causa, nel senso di essere proprio uno di quei componenti dell'organo amministrativo che non riesce a prendere una decisione. In dottrina si propende per la soluzione negativa, si ritiene cioè che gli amministratori non possano essere nominati risolutori del conflitto di gestione<sup>30</sup>.

Ragionando sempre in termini d'indipendenza si tratta di capire se sia legittima una clausola che rimette la risoluzione del conflitto ai soci. Si è già visto sopra che, in alcuni tipi societari, questo è un modello *ex lege* di soluzione del contrasto (cfr. l'art. 2257, comma 3, c.c. per la S.s. e l'art. 2479, comma 1, per la S.r.l.). Va considerato che la decisione del risolutore costituisce in prima istanza una scelta gestionale, non la soluzione di una controversia. Sotto questo profilo non è inopportuno che la scelta gestionale sia rimessa ai soci, ossia ai titolari dell'investimento in società e del rischio d'impresa. In linea di principio si deve dunque ritenere legittima una clausola la quale rimette conflitti di gestione fra gli amministratori alla decisione dei soci. Si tratta poi di vedere, di volta in volta sulla base delle particolarità del caso, se questo meccanismo è realmente in grado di portare a un superamento dello stallo.

Si possono poi immaginare clausole che rimettono a uno degli organi sociali la decisione sullo stallo amministrativo. Tali organi sono l'assemblea dei soci (e la fattispecie si avvicina alla rimessione della questione direttamente ai soci) oppure il collegio sindacale. Bisogna tuttavia tenere presente che si tratta di organi che non si configurano allo stesso modo nei vari tipi societari interessati dalla disposizione in commento. Con riferimento all'assemblea, si può parlare di tale organo solo nella S.r.l. (art. 2479-*bis* c.c.), non nelle società di persone. Per quanto riguarda il collegio sindacale, si tratta di un organo che non è obbligatorio nemmeno nella S.r.l. (cfr. l'art. 2477 c.c. per l'identificazione dei casi in cui deve necessariamente esserci). L'individuazione di un organo sociale quale soggetto chiamato a dirimere il contrasto si presenta dunque problematico non solo sotto il profilo della possibile mancanza d'indipendenza dello stesso, ma anche dal punto di vista delle modalità pratiche con le quali strutturare la clausola statutaria, attesa la loro non uniforme configurazione nei tipi societari contemplati dalla norma.

L'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003 non chiede particolari requisiti d'indipendenza in capo al risolutore. Un indizio in favore della necessità d'indipendenza potrebbe peraltro desumersi dal fatto che la legge parla di «terzi». A ben vedere la parola «terzo» indica però solo che il risolutore deve essere una persona distinta da «coloro che hanno il potere di amministrazione». Non pare che da tale espressione si possa ricavare il principio che il risolutore debba necessariamente essere indipendente.

L'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003 non affronta nemmeno la questione degli altri requisiti, diversi dall'indipendenza, che potrebbero essere richiesti ai terzi cui viene affidato il compito di risolvere il conflitto di gestione. Al riguardo spetta all'autonomia statutaria effettuare le opportune valutazioni del caso. È consigliabile che gli atti costitutivi indichino le caratteristiche essenziali, in particolare di competenza, esperienza e onorabilità, che il risolutore deve presentare<sup>31</sup>. Si potrebbe esigere un titolo di studio (es.: laurea in economia) oppure professionale (es.: commercialista o revisore dei conti). Si potrebbe pensare a riservare tale funzione a soggetti che rivestono la carica giuslavoristica di dirigente (cfr. l'art. 2095 c.c.). In

<sup>30</sup> F. Corsini, *Commento*, cit., 1034; R. Guidotti, *op. cit.*, 893.

<sup>31</sup> P. Fabris, *op. cit.*, 1097; F. Mancinelli, *op. cit.*, 1048.

assenza d'indicazioni contenute negli atti costitutivi, il designatore - nell'effettuare la nomina del risolutore del contrasto - è tendenzialmente libero. Pur in mancanza di prescrizioni precise, sarebbe tuttavia opportuno che il designatore tenesse conto di tutte le circostanze che possono rendere la sua scelta vantaggiosa per la società interessata. Da un lato bisogna individuare il risolutore sulla base di quelle che sono le caratteristiche dimensionali e organizzative della società. Dall'altro lato assume rilevanza la natura del conflitto in corso. Sulla base di un'appropriata valutazione complessiva di tutti questi elementi il designatore potrà effettuare la scelta di un buon risolutore.

La persona individuata per risolvere il contrasto è posta dinanzi a un compito che può risultare di considerevole difficoltà. Un soggetto esterno alla società viene chiamato a prendere una decisione, in relazione alla quale sussiste un conflitto, in assenza di una previa conoscenza delle vicende della società stessa<sup>32</sup>. Una scelta in tempi brevi risulta sicuramente difficile. Anche per questa ragione, la persona invitata a risolvere il contrasto non può essere obbligata ad accettare l'incarico. Occorre prima un'accettazione della funzione che gli viene assegnata. Se la persona ritiene di non accettare l'incarico, lo comunica alla società, la quale provvederà altrimenti.

#### V. LA RECLAMABILITÀ DELLA DECISIONE

La legge continua dicendo che «gli atti costitutivi possono prevedere che la decisione sia reclamabile davanti ad un collegio, nei termini e con le modalità dagli stessi stabilite» (art. 37, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003).

Anzitutto va osservato che la regola è la non reclamabilità della decisione. Se gli atti costitutivi tacciono, la decisione sullo stallo gestionale adottata dal risolutore non è reclamabile. Vi possono essere atti costitutivi per così dire «garantisti», che prevedono un secondo grado decisorio. Ma altrimenti, e di regola, la decisione del terzo è definitiva (salvo per la possibilità d'impugnarla nei limiti fissati dall'art. 1349, comma 2, c.c., richiamato dall'art. 37, comma 4, D.Lgs. n. 5/2003, di cui ci si occuperà più sotto). In questo modo il legislatore attribuisce una particolare stabilità alla decisione resa dal terzo. Ciò si giustifica anche in considerazione del fatto che, di norma, è appropriato che le decisioni gestionali vengano assunte - e divengano definitive - in tempi brevi. Un meccanismo di reclamo allunga inevitabilmente la durata del processo decisionale.

In effetti la previsione di una reclamabilità della decisione del risolutore rende piuttosto farraginoso il meccanismo previsto dalla legge. In linea di principio le decisioni gestionali di una società dovrebbero essere improntate alla massima velocità. Salva la necessità di un'adeguata preparazione e informazione prima di prendere le decisioni, per il resto le iniziative imprenditoriali necessitano di scelte veloci. Il possibile contrasto fra amministratori, che determina uno stallo decisionale, è già indice di una situazione tendenzialmente patologica, cui una clausola quale quella consentita dall'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003 può cercare di porre rimedio. Nella maggioranza dei casi è opportuno che la decisione del terzo intervenga in tempi molto brevi. Si immagini quali conseguenze negative può avere, in termini di amministrazione della società e di funzionamento dell'impresa, il fatto che l'atto costitutivo preveda che la decisione del terzo può essere reclamata. Certamente, da un lato, si tratta di una particolare garanzia di ampia riflessione sulla misura amministrativa da adottarsi. Da un altro lato la previsione della reclamabilità appare difficilmente compatibile con le esigenze di celerità che caratterizzano le

---

<sup>32</sup> P. Fabris, *op. cit.*, 1097.

imprese commerciali. È dunque ragionevole assumere che, nella prassi, siano pochi gli atti costitutivi che prevedono una reclamabilità della decisione del terzo. Bisognerebbe strutturare meccanismi che consentano una decisione del terzo veloce e una decisione sul reclamo altrettanto veloce (se non ancora più veloce). A queste condizioni rimane, forse, un certo margine di appetibilità per il meccanismo previsto dall'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003.

Fra le altre cose gli atti costitutivi sono chiamati a stabilire la composizione del collegio. Certamente si tratta di un organo pluripersonale (la legge parla espressamente di «collegio») e non è dunque ammissibile che il reclamo sulla decisione del risolutore venga rimesso a un'unica persona. Per il resto nulla è detto sul numero dei suoi componenti. È peraltro certamente auspicabile che il collegio si componga di un numero dispari di membri, al fine di assicurare il raggiungimento di una maggioranza.

Con riguardo ai soggetti che possono venire chiamati a comporre questo collegio, spetta all'atto costitutivo fissare dei criteri. Pur tacendo la legge, non potrà trattarsi dello stesso risolutore di primo grado. È difatti principio generale dell'ordinamento giuridico quello che, nei secondi gradi di giudizio, non possa operare come giudice (o arbitro o decisore) lo stesso soggetto che ha preso la decisione di primo grado.

## VI. IL POTERE DI DECIDERE SU QUESTIONI COLLEGATE

La legge stabilisce che «gli atti costitutivi possono altresì prevedere che il soggetto o il collegio chiamato a dirimere i contrasti di cui ai commi 1 e 2 può dare indicazioni vincolanti anche sulle questioni collegate con quelle espressamente deferitegli» (art. 37, comma 3, D.Lgs. n. 5/2003).

Da questa disposizione si ricava anzitutto che la decisione del risolutore è vincolante per la società. Questo principio non viene espresso a chiare lettere dalla legge, ma è desumibile dalla stessa. L'art. 37, comma 3, D.Lgs. n. 5/2003 prevede difatti che il risolutore può dare indicazioni vincolanti «anche» sulle questioni collegate. Ma se così è, a maggior ragione egli può dare istruzioni vincolanti sulla questione principale. Sia la decisione «principale» del terzo sia quelle «collegate» hanno carattere vincolante per la società (fatta salva la possibilità di un'impugnazione ai sensi dell'art. 37, comma 4, D.Lgs. n. 5/2003, di cui ci si occuperà più sotto).

La disposizione in esame non è tuttavia una norma di *default* (ossia una regola che si applica sempre), ma una norma che si applica solo quando vi è una previsione in tal senso negli atti costitutivi. Questa scelta del legislatore è ben comprensibile se si pensa al grande potere che viene attribuito al risolutore: quello di estendere l'ambito della sua decisione rispetto a quanto prospettato dalle parti. L'art. 37, comma 3, D.Lgs. n. 5/2003 è in effetti una disposizione piuttosto sorprendente, in quanto attribuisce un potere veramente ampio al risolutore<sup>33</sup>. Il terzo ha il potere di decidere su questioni ulteriori rispetto a quella che gli è stata sottoposta all'unica condizione che siano «collegate» a quella principale. Si tratta di un potere che non viene riconosciuto al giudice civile, il quale è vincolato dal principio della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato: «il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa» (art. 112 c.p.c.). Tuttavia bisogna tenere presente che tale potere del risolutore trova il proprio fondamento in una previsione dell'atto costitutivo. In altre parole vi deve essere stata un'originaria attribuzione al terzo del potere di estendere l'ambito della sua decisione.

<sup>33</sup> P. Bernardini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 311.

## VII. LA RESPONSABILITÀ DEL RISOLUTORE E DEGLI AMMINISTRATORI

Il fatto che la decisione del risolutore resa *ex art.* 37 D.Lgs. n. 5/2003 sia vincolante per la società solleva questioni di non poco conto in materia di responsabilità. Gli amministratori, in ragione della vincolatività della determinazione del terzo, sono obbligati a seguire le sue istruzioni. Ma cosa succede se l'esecuzione delle indicazioni del risolutore cagiona danni alla società (oppure ai soci, oppure a terzi)? Fino a che punto è compatibile con i principi del diritto societario consentire a un terzo, anche se in via occasionale, di gestire la società in sostituzione degli amministratori?

Il problema della possibile responsabilità degli amministratori in presenza di un atto di gestione compiuto da una persona che non è gestore in senso tecnico (nominato a tale funzione secondo le comuni regole del diritto societario) è alquanto complicato. Per dare una risposta compiuta a questa questione bisognerebbe condurre un'indagine analitica che distingua in base al tipo societario coinvolto. Non è questa tuttavia la sede appropriata per un esame approfondito del regime di responsabilità degli amministratori nei singoli tipi societari coinvolti dall'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003. Basterà menzionare le due disposizioni cardine. Nella S.s. si tratta dell'art. 2260, comma 2, c.c., secondo cui «gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società per l'adempimento degli obblighi ad essi imposti dalla legge e dal contratto sociale. Tuttavia la responsabilità non si estende a quelli che dimostrino di essere esenti da colpa». Nella S.r.l. la norma di riferimento è l'art. 2476, comma 1, c.c., ai sensi del quale «gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società. Tuttavia la responsabilità non si estende a quelli che dimostrino di essere esenti da colpa e, essendo a cognizione che l'atto si stava per compiere, abbiano fatto constare del proprio dissenso»<sup>34</sup>.

In via generale si può affermare che, ai fini della determinazione della responsabilità degli amministratori, è necessario distinguere fra la posizione dei singoli gestori. Chi si è opposto al compimento di un certo atto, non può essere chiamato a rispondere per le conseguenze dannose derivanti dall'esecuzione dello stesso, nemmeno quando l'operazione viene poi avallata - e dunque imposta - dal terzo<sup>35</sup>. Una soluzione diversa dovrebbe invece valere per gli altri amministratori. Un esempio aiuta a comprendere il ragionamento che si sta cercando di sviluppare. Si immagini che in una S.r.l. vi siano due amministratori (Tizio e Caio), i quali - relativamente al compimento di una certa operazione - sono in disaccordo. In presenza di una clausola sulla risoluzione di contrasti, è possibile rimettere a un terzo il conflitto fra i gestori. Si immagini ora che il terzo dia ragione a Tizio, il quale era favorevole al compimento di una data operazione. La decisione del terzo, dice la legge, vincola la società (e dunque i suoi amministratori). Si supponga altresì che l'operazione cui si è proceduto si riveli poi gravemente dannosa per la società. Chi ne risponde? Pare ragionevole assumere che non ne rispondano entrambi gli amministratori, ma solo quello che era favorevole al compimento dell'operazione. In questo senso militano entrambe le disposizioni di legge richiamate sopra (art. 2260, comma 2,

<sup>34</sup> Sul regime di responsabilità degli amministratori di S.r.l. cfr. in particolare O. Cagnasso, *Note minime in tema di assemblea e azione di responsabilità nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. it.*, 2005, 524 ss.; S. Patriarca, *La responsabilità del socio «gestore» di s.r.l.*, in *Le Società*, 2007, 1191 ss.; V. Sangiovanni, *Responsabilità degli amministratori e corresponsabilità dei soci nella s.r.l.*, in *Danno resp.*, 2008, 13 ss.; V. Sangiovanni, *Die Haftung der GmbH-Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft in Italien*, in *GmbHR (GmbH-Rundschau)*, 2007, 584 ss.; V. Sangiovanni, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l. verso la società*, in *Contr. impr./Eur.*, 2007, 693 ss.; V. Sangiovanni, *Doveri e responsabilità degli amministratori di s.r.l. in comparazione con la GmbH tedesca*, in *Le Società*, 2006, 1563 ss.

<sup>35</sup> R. Guidotti, *op. cit.*, 893.

c.c. e art. 2476, comma 1, c.c.) che dispensano da responsabilità l'amministratore esente da colpa. Il gestore che si è opposto all'operazione a tal punto da avviare il procedimento *ex art. 37* D.Lgs. n. 5/2003 deve ritenersi esente da colpa.

Il ragionamento svolto consente d'introdurre una problematica affine a quella della responsabilità degli amministratori, e segnatamente quella dell'eventuale responsabilità del risolutore. È possibile, e a che condizioni, affermare una responsabilità del terzo che dirime il contrasto fra i gestori? Al ricorrere di certi presupposti è molto probabile che il risolutore possa essere ritenuto responsabile. Si immagini il caso estremo in cui il terzo, pur essendosi impegnato a farlo, non renda del tutto la sua decisione oppure la renda con grave ritardo.

In materia di responsabilità del risolutore può creare confusione la lettura del testo dell'art. 37, comma 4, D.Lgs. n. 5/2003, il quale – rinviando all'art. 1349, comma 2, c.c. – pare far pensare che il terzo debba decidere sempre secondo mero arbitrio. Un'interpretazione del genere non è però convincente. Si deve ritenere che gli atti costitutivi abbiano la possibilità d'indicare i criteri in base ai quali il terzo deve dirimere il conflitto. In particolare può prevedersi che il risolutore debba decidere secondo equo apprezzamento (cfr. il testo dell'art. 1349, comma 1, c.c.)<sup>36</sup>. L'art. 37, comma 4, D.Lgs. n. 5/2003 non può insomma essere interpretato nel senso di stabilire limiti in relazione ai criteri che devono guidare il terzo nella sua decisione. La funzione di tale disposizione è diversa: è, come si vedrà meglio sotto, solo quella di limitare l'impugnabilità della decisione presa dal risolutore.

Si è rilevato che, ammettendo la possibilità di una responsabilità del terzo, potrebbe risultare difficile trovare una persona disponibile a intervenire nella gestione di una società delle cui vicende non ha - probabilmente - particolari conoscenze prima di accettare l'incarico<sup>37</sup>. Per di più il risolutore viene chiamato a operare in una situazione di urgenza, che richiede una decisione in tempi brevi. La decisione da prendersi è generalmente complessa, tanto è vero che gli amministratori non hanno raggiunto un accordo in merito. La considerazione che il rischio connesso all'incarico potrebbe fare desistere i più dall'accettazione dello stesso è, in effetti, difficilmente superabile. Bisogna tuttavia tenere conto che essa è applicabile, più in generale, allo svolgimento di qualsiasi attività rischiosa. Anche gli amministratori, nella gestione ordinaria della società, corrono dei rischi. Essi però, se usano la necessaria diligenza, non possono essere ritenuti responsabili per le scelte operate. Inoltre i rischi che gli amministratori assumono trovano una compensazione nel fatto che essi vengono retribuiti. In altre parole: il terzo che usa la necessaria diligenza nello svolgimento dell'incarico richiesto non può essere ritenuto responsabile. Viceversa non si vede ragione per escludere una responsabilità del risolutore nei casi in cui ometta di agire con la dovuta diligenza.

Si pone la questione di quali siano le disposizioni di legge in base alle quali valutare la responsabilità del risolutore. Probabilmente è corretta la qualificazione del rapporto come contratto di mandato (art. 1703 ss. c.c.), contratto che viene stipulato fra la società e il terzo<sup>38</sup>. Decisivo dovrebbe allora essere l'art. 1710, comma 1, c.c., secondo cui «il mandatario è tenuto a eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia».

Si accennava sopra al fatto che il caso tipico di responsabilità del risolutore potrebbe essere quello in cui egli accetti l'incarico salvo poi rifiutarsi, in modo ingiustificato, di rendere la decisione che gli è stata deferita. Al di là dei profili di responsabilità del risolutore che un caso del genere solleva, un'ipotesi simile lascia aperto il problema principale: chi risolve il conflitto

<sup>36</sup> R. Guidotti, *op. cit.*, 893.

<sup>37</sup> P. Fabris, *op. cit.*, 1097.

<sup>38</sup> P. Fabris, *op. cit.*, 1097.

sulla gestione? Se – difatti - la persona incaricata non decide, lo stallo gestionale non viene risolto. Al riguardo gli atti costitutivi potrebbero essere scritti in modo tale da prevedere delle vie di uscita dall'*impasse*. Si potrebbe, ad esempio, pensare alla nomina di un nuovo risolutore in sostituzione del primo inerte.

In caso di assenza di espresse previsioni degli atti costitutivi non pare possibile applicare l'art. 1349, comma 1, c.c.: «se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice»<sup>39</sup>. A parte il rilievo di carattere sostanziale che il magistrato verrebbe chiamato a prendere una decisione gestionale rispetto alla quale le sue competenze ed esperienze sono tendenzialmente inadeguate, bisogna riflettere sul fatto che l'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003 richiama sì l'art. 1349 c.c., ma al comma 2, non al comma 1. Anche l'art. 1349, comma 2, c.c. prevede qualcosa per il caso in cui il terzo non renda il suo giudizio: il contratto è nullo. Se si ritiene applicabile il comma 2 dell'art. 1349 c.c., allora – una volta che risulta che il primo soggetto designato, per qualsiasi ragione, non ha deciso – l'intera clausola sulla risoluzione dei contrasti di gestione perde di efficacia.

Il problema è che il contrasto resterebbe irrisolto. Forse si potrebbe ipotizzare un ricorso all'autorità giudiziaria, che però – a questo punto - deve essere fondato su disposizioni diverse dall'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003. In casi estremi si dovrà procedere alla liquidazione della società.

### VIII. L'IMPUGNABILITÀ DELLA DECISIONE

L'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003 in commento si conclude prevedendo che “la decisione resa ai sensi del presente articolo è impugnabile a norma dell'art. 1349, comma secondo, del codice civile” (art. 37, comma 4, D.Lgs. n. 5/2003). Quanto il terzo (oppure il collegio in secondo grado) ha deciso, insomma, non necessariamente vincola in modo definitivo la società. Esiste la possibilità d'impugnare la decisione.

La disposizione in esame non disciplina però la titolarità del diritto d'impugnare la decisione. In altre parole non si dice a chi spetti impugnare la decisione. Pur in assenza di previsioni normative al riguardo è ragionevole ritenere che tale potere spetti agli amministratori. In ogni caso tale diritto dovrebbe spettare ai gestori che avevano espresso un'opinione divergente rispetto a quella del terzo (o del collegio). Inoltre, dal momento che la risoluzione è vincolante per la società, pare preferibile un'interpretazione per cui il diritto d'impugnazione competa anche ai soci, quali soggetti titolari del rischio d'impresa, e in considerazione soprattutto del fatto che, pur essendo la distinzione socio/amministratore sufficientemente delineata nella S.r.l., essa lo è certamente di meno nelle società di persone.

Relativamente all'oggetto dell'impugnazione, può trattarsi sia della decisione di primo grado del risolutore (comma 1) sia della decisione di secondo grado del collegio (comma 2).

I limiti entro cui può essere impugnata la decisione sono indicati nell'art. 1349, comma 2, c.c., richiamato espressamente dalla disposizione in commento: «la determinazione rimessa al mero arbitrio del terzo non si può impugnare se non provando la sua mala fede». Non viene invece richiamato l'art. 1349, comma 1, c.c.: «se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita a un terzo e non risulta che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento». Il richiamo all'art. 1349, comma 2, c.c. e il mancato richiamo all'art. 1349, comma 1, c.c. come vanno interpretati? Un'impugnazione ai sensi dell'art. 1349, comma 1, c.c. non pare consentita, stante il rinvio espresso al solo comma 2

<sup>39</sup> Cfr. R. Guidotti, *op. cit.*, 892; F.P. Luiso, *Commento all'art. 37*, in *Il nuovo processo societario*, a cura di F.P. Luiso, Torino, 2006, 596.

di tale articolo. Non sembra dunque possibile un'impugnazione della decisione nel caso in cui il risolutore abbia risolto il contrasto di gestione con equo apprezzamento. L'impugnazione è invece possibile solo quando il terzo sia stato autorizzato a decidere secondo mero arbitrio. Se questa interpretazione è corretta, ne consegue che l'art. 37, comma 4, D.Lgs. n. 5/2003 è destinato ad avere scarsa rilevanza pratica: è improbabile che gli atti costitutivi di numerose società siano disponibili ad affidare la decisione sullo stallo amministrativo al mero arbitrio di un terzo; appare invece più probabile che gli atti costitutivi siano disponibili a rimettere una situazione di difficoltà gestionale alla risoluzione da parte di un terzo se questi opera secondo equo apprezzamento. Una clausola così strutturata non pare però consentire di contestare la valutazione effettuata dal terzo, atteso che l'art. 1349, comma 1, c.c. non viene richiamato dall'art. 37, comma 4, D.Lgs. n. 5/2003.