

## CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

**Studio n. 5734/I**

### **La risoluzione dei contrasti nella gestione della società**

*Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 15 luglio 2005*

**SOMMARIO:** 1. La norma – 2. I dubbi di costituzionalità - 3. Natura giuridica: arbitrato o arbitraggio? - 4. Ambito di applicazione. La ragione della esclusione della s.p.a. 5. La applicabilità dell'art. 37 alle società cooperative cui si applicano le norme sulla s.r.l. Le cooperative cui si applicano le norme sulla s.p.a. - 6. La risoluzione dei contrasti nella gestione delle società di persone che adottino il sistema di amministrazione disgiuntiva - 7. La risoluzione dei contrasti nella gestione della società di persone con amministrazione congiuntiva - 8. La risoluzione dei contrasti nella gestione della società a responsabilità limitata - 9. Introduzione della clausola di risoluzione dei contrasti nella gestione nell'atto costitutivo e diritto di recesso - 10. Soggetti legittimati ad attivare la clausola di risoluzione del contrasto e alla nomina del o dei terzi – 11. Soggetti ai quali può esser devoluta la risoluzione del contrasto e composizione del collegio – 12. La decisione e le questioni collegate – 13. La responsabilità degli amministratori e degli "arbitratori" – 14. Il reclamo e l'impugnazione.

#### **1. La norma**

L'art. 37 del D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, introduce un istituto nuovo, per il nostro ordinamento, volto alla risoluzione dei contrasti nella gestione della società (1).

Tra i sistemi previsti nella prassi contrattuale per superare situazioni di stallo decisionale (*dead-lock*) in ordine alla gestione di imprese societarie vi è appunto quello di stabilire con una clausola statutaria che le eventuali divergenze circa scelte operative siano rimesse ad un terzo o ad un collegio.

Con la norma in esame, dunque, il legislatore della riforma del diritto societario riconosce espressamente l'ammissibilità di clausole statutarie di *dead-lock*, limi-

tandone tuttavia la previsione alle sole società a responsabilità limitata e alle società di persone.

Il primo comma dell'art. 37, infatti, dispone 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 della società".

La norma prosegue poi stabilendo che "gli atti costitutivi possono prevedere che la decisione sia reclamabile davanti ad un collegio, nei termini e con le modalità dagli stessi stabilite" (originariamente il comma si concludeva con l'inciso "con le modalità stabilite nello statuto stesso").

Da notare subito che, per ciò che riguarda questo secondo comma, il legislatore è intervenuto con il D.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37, il c.d. decreto correttivo, per correggere appunto l'impreciso riferimento allo "statuto" che aveva ingenerato qualche perplessità nella dottrina formatasi all'indomani della pubblicazione del D.lgs. 5 del 2003, la quale aveva correttamente rilevato come nelle due categorie di società prese in considerazione la presenza di uno statuto è solo eventuale.

Dispone poi il terzo comma 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".

Infine il quarto comma prevede che "La decisione resa ai sensi del presente articolo è impugnabile a norma dell'articolo 1349, comma secondo, del codice civile".

È stato rilevato come la previsione dell'istituto in esame possa avere una notevole rilevanza pratica in una dimensione economica, come la nostra, che vede una larga diffusione di società personali, nelle quali i contrasti gestionali, magari fra soci d'opera, sono ben difficilmente risolvibili col principio maggioritario, al pari di s.r.l. di piccole dimensioni.

Tali contrasti possono divenire i virus di dissoluzione dell'attività imprenditoriale, con incremento del contenzioso ordinario od arbitrale <sup>(2)</sup>.

Va da sé che intanto lo strumento previsto dalla riforma sarà efficace in quanto il contrasto sia effettivamente limitato alla decisione sul compimento di singoli atti di gestione, non potendo certo esser tale clausola a risolvere quei dissidi che riguardano la complessiva gestione della società.

## **2. I dubbi di costituzionalità**

Sin dalla pubblicazione del D.lgs. 5 del 2003, la dottrina ha evidenziato i dubbi

di costituzionalità sulla norma in esame, per il suo riferirsi anche alle società di persone.

Nella Relazione al Decreto si precisa che l'introduzione dell'istituto appare consentita dall'art. 1, commi 1 e 2 della legge delega e non vietata dall'art. 12 <sup>(3)</sup>.

Ma, in realtà, l'art. 1, commi 1 e 2, non considera neppure indirettamente l'istituto in esame ed anzi, nel tracciare i confini della riforma, fa riferimento solo alle società di capitali e cooperative, senza menzionare quelle di persone, se non per gli aspetti penalistici, in relazione ai quali si parla genericamente di società commerciali. E la circostanza che l'art. 12 non proibisca l'istituto in esame nulla pare aggiungere ai termini della questione, posto che il Parlamento non deve impedire al Governo di legiferare su un determinato argomento, ma al contrario è necessario che gli conferisca un espresso potere normativo, che qui invero sembra mancare <sup>(4)</sup>.

La norma appare quindi viziata da un eccesso di delega per quanto concerne le società di persone.

### **3. Natura giuridica: arbitrato o arbitraggio?**

Si è sin qui volutamente evitato qualsiasi riferimento ad una definizione dell'istituto in esame, limitandosi a parlare di risoluzione dei contrasti nella gestione della società in quanto la natura giuridica dell'istituto non è del tutto chiara.

Basti ricordare come la dottrina abbia diversamente denominato l'istituto: arbitrato c.d. economico <sup>(5)</sup>, arbitrato gestionale <sup>(6)</sup>, arbitrato economico-gestionale <sup>(7)</sup> e, infine, arbitraggio c.d. economico <sup>(8)</sup>.

La Relazione definisce l'istituto in termini di arbitrato c.d. "economico", e nel senso di una ricostruzione in termini di arbitrato farebbe anche propendere la collocazione della norma, inserita nel titolo V del D.lgs. 5 del 2003, dedicato, appunto, all'arbitrato, ma la dottrina assolutamente prevalente – seguita da una prima pronuncia di merito – tende ad individuare nella disposizione in esame un'ipotesi di arbitraggio <sup>(9)</sup>.

In linea generale, in presenza di arbitraggio, le parti conferiscono al terzo arbitratore l'incarico di determinare, in un negozio giuridico in via di perfezionamento, un elemento che le parti stesse non hanno voluto o potuto determinare, sicché l'arbitratore, lungi dal dirimere liti, concorre con i contraenti nella formazione del contenuto del contratto <sup>(10)</sup>, concluso ma non completo.

Diversamente, con l'arbitrato, uno o più arbitri pongono fine ad una controversia altrui definendo, in modo vincolante, l'assetto delle reciproche pretese delle parti <sup>(11)</sup>.

L'arbitrato si differenzia quindi dall'arbitraggio in quanto presuppone una con-

troveria in ordine all'esecuzione, o interpretazione, di un contratto già completo <sup>(12)</sup>; laddove quest'ultimo invece è destinato ad integrare il contenuto del contratto e non presuppone una controversia.

Sulla base di tale sommaria distinzione, parte di quella dottrina che pur propende per una riconduzione della fattispecie di cui all'art. 37 nell'ambito dell'arbitraggio, ha tuttavia evidenziato le difficoltà incontrate nel giungere a tale conclusione posto che:

a) se è vero che la norma parla di *contrasti nella gestione* e non di *controversie* in senso tecnico si presuppone in ogni caso uno scontro di interessi contrapposti e non il mero completamento di un contratto <sup>(13)</sup>. Tuttavia, riguardo a tale profilo, altri Autori tendono invece ad accentuare la differente terminologia utilizzata, ad evidenziare la volontà del legislatore di discostarsi dal procedimento arbitrale <sup>(14)</sup>.

b) la norma utilizza il termine *decisione* proprio del procedimento arbitrale e non quello di *determinazione* proprio dell'art. 1349 e quindi dell'arbitraggio.

c) l'art. 37 presuppone la terzietà del soggetto chiamato a comporre il contrasto, terzietà che si presuppone nell'arbitrato ma non sarebbe necessaria, secondo la prevalente opinione <sup>(15)</sup>, nell'arbitraggio.

In senso invece favorevole alla riconduzione all'arbitraggio militano le seguenti considerazioni:

1) al di fuori dell'ipotesi statutaria che preveda la possibilità che la decisione sia reclamabile davanti ad un collegio, la decisione degli arbitratori non è in linea di principio impugnabile <sup>(16)</sup>;

2) v'è il testuale richiamo al secondo comma dell'art. 1349 ed è quindi prevista la possibilità di rimettere la decisione al mero arbitrio del terzo;

3) gli arbitratori possono fornire indicazioni anche su questioni collegate;

4) in ogni caso, anche nell'arbitraggio il compito dell'arbitratore non è limitato al semplice completamento del rapporto giuridico *in fieri*, ma vi sono vari indici di diritto positivo che portano a ritenere fondata l'opinione che consente l'affidamento all'arbitratore anche della risoluzione di un contrasto o di un più generico conflitto di interessi e non solo la mera determinazione del contenuto volitivo di un negozio <sup>(17)</sup>.

5) infine vale la considerazione più generale in ordine alla natura non unitaria della figura dell'arbitraggio nel nostro ordinamento.

Oltre a quello disciplinato dall'art. 1349, infatti, il codice civile conosce altri tipi di arbitraggio i quali talvolta più che integrare il contratto, valgono a dirimere una lite *in fieri*.

Ne sono esempio, per stare all'ambito societario <sup>(18)</sup>:

- l'art. 2264 che consente nelle società di persone di rimettere al terzo la determi-

nazione della parte di ciascun socio nei guadagni e nelle perdite, determinazione che può essere impugnata soltanto nei casi previsti dall'articolo 1349 e nel termine di tre mesi dal giorno in cui il socio, che pretende di esserne leso, ne ha avuto comunicazione. Si tratta di un caso di arbitraggio <sup>(19)</sup> che costituisce invece una mera ipotesi di scuola <sup>(20)</sup>, posto che nella prassi è improbabile che la determinazione dell'elemento più rilevante del contratto di società venga rimesso a terzi, come dimostra la mancanza di giurisprudenza in merito. Occorre qui rilevare come nel caso dell'art. 2264 c.c., si tratti pur sempre di una questione suscettibile di sfociare in una controversia davanti all'autorità giudiziaria, come dimostra anche l'art. 2263 c.c. che in mancanza dell'accordo delle parti (e del patto di arbitraggio) prevede che la determinazione delle parti spettanti ai soci nei guadagni e nelle perdite sia effettuata dal giudice su istanza di un solo socio in disaccordo con gli altri <sup>(21)</sup>. In ogni caso, la laconicità dell'art. 2264 che si limita a considerare l'aspetto dell'impugnabilità della determinazione del terzo ha fatto sorgere il dubbio in ordine alle conseguenze per il caso di mancata determinazione a seguito della non accettazione dell'incarico del terzo o di inadempimento dello stesso. In tal caso la dottrina ha ritenuto che si dovranno applicare, in via analogica, i principi contenuti nell'art. 1349, in relazione al caso della rimessione al terzo della determinazione dell'oggetto del contratto. Quindi, la prima parte del 2° co. dell'art. 2264 è stata interpretata nel senso che debba applicarsi l'intera disciplina dell'art. 1349; e si dovrà, di conseguenza, distinguere se il terzo procede alla determinazione con *arbitrium boni viri* o con *arbitrium merum*. Nel primo caso la mancata determinazione del terzo non comporta l'invalidità del contratto di società e verrà sostituita da una pronuncia del giudice. Nel secondo caso la stessa situazione implica la nullità del negozi <sup>(22)</sup>.

- l'art. 2603, in tema di consorzi, che consente all'atto costitutivo del consorzio di rimettere la risoluzione delle questioni relative al calcolo delle quote ad una o più persone <sup>(23)</sup>.

In sostanza, esistono nel nostro ordinamento diverse figure tipiche di arbitraggio la cui funzione non è o non è solo quella di integrare il contenuto del contratto (come avviene nell'ipotesi di cui all'art. 1349) ma è o può anche essere quella di dirimere una divergenza fra le parti.

Ma ciò posto, anche da parte di chi ha svolto questi rilievi <sup>(24)</sup>, è comunque da considerarsi pacifica la non riconducibilità della figura delineata dall'art. 37 all'arbitrato, poiché il terzo non è chiamato a giudicare su una domanda dell'attore volta a far valere un proprio diritto che afferma esser incompatibile con quello del convenuto ma deve risolvere un conflitto interno alla società, attinente alla sua gestione, tra soggetti che possono anche non coincidere (almeno per le s.r.l.) con le parti del contratto.

D'altra parte non possono non condividersi i dubbi in ordine alla piena riconducibilità dell'istituto in esame all'arbitraggio, riconducibilità pur autorevolmente argomentata dalla circostanza che la fattispecie di cui all'art. 37 è proprio quella di un rapporto in formazione che deve essere completato, e che consiste nella decisione in ordine alla gestione e che trova la sua soluzione, anziché all'interno della società (amministratori, consiglio di amministrazione, soci, ecc.) attraverso il conferimento del potere al terzo o ai terzi <sup>(25)</sup>.

In definitiva sembra potersi convenire con l'affermazione secondo la quale quello previsto dall'art. 37 è un istituto che pure avvicinandosi all'arbitraggio non può nemmeno esservi incluso *de plano* dato che nella fattispecie in esame esiste già un contratto (di società) completo in tutte le sue parti <sup>(26)</sup>.

#### **4. Ambito di applicazione. La ragione della esclusione della s.p.a.**

L'art. 37 limita la possibilità di inserire la clausola relativa alla risoluzione dei contrasti nella gestione della società agli atti costitutivi delle società a responsabilità limitata e delle società di persone, con conseguente esclusione delle società per azioni.

Pur non mancando alcune voci critiche sulla scelta del legislatore <sup>(27)</sup>, la ragione per la quale si è prevista siffatta esclusione viene rinvenuta nella difficoltà del verificarsi, nelle società per azioni, dei presupposti per la applicazione dell'istituto, viste le tipiche modalità – consiglio di amministrazione, organo plurisoggettivo che delibera a maggioranza, o amministratore unico – attraverso le quali viene esercitata la gestione nelle s.p.a. <sup>(28)</sup>. Senza considerare poi:

- la ricorrenza di clausole di *casting vote* che attribuiscono, per il caso di organi di amministrazione composti da un numero pari i membri <sup>(29)</sup>, una rilevanza decisiva al voto del presidente <sup>(30)</sup>. In realtà, sul punto devono svolgersi alcune precisazioni. L'ammissibilità della clausola che attribuisca una prevalenza al voto del presidente viene infatti generalmente affermata solo laddove l'organo amministrativo composto da un numero pari di membri non sia bipersonale, perché in tal caso la prevalenza automatica del voto del presidente renderebbe superfluo il voto del consigliere e quindi inutile la deliberazione dell'organo amministrativo, riportando di fatto alla mera volontà del presidente tutte le decisioni dell'organo consiliare e svuotando di ogni significato il principio di collegialità <sup>(31)</sup>. Diversamente è a dirsi per le ipotesi di organo amministrativo composto da un numero pari di membri ma non bipersonale: in questi casi, la attribuzione della prevalenza al voto del presidente in caso di parità dei voti non pregiudica il principio di collegialità.
- nonché la inderogabilità del metodo collegiale, sancito dal comma 3 dell'art.

2380 *bis* e ribadito dall'art. 2388, per cui non è ammesso né un metodo di gestione collettiva non collegiale, né un'amministrazione plurima disgiunta, né, infine, una clausola che imponga al consiglio di amministrazione di assumere decisioni solo all'unanimità <sup>(32)</sup>. Inderogabilità <sup>(33)</sup> che viene comunemente affermata dalla giurisprudenza <sup>(34)</sup> e dalla prevalente dottrina <sup>(35)</sup> in considerazione del fatto che il metodo collegiale è posto anche nell'interesse della società e dei terzi, e non solo dei soci, alla cui disponibilità esso è pertanto sottratto <sup>(36)</sup>.

In definitiva, secondo l'opinione prevalente, il metodo collegiale, che caratterizza il funzionamento dell'organo amministrativo della società per azioni, è tale da facilitare l'assunzione delle decisioni evitando, in caso di divergenze, la paralisi amministrativa della società, e di comporre gli eventuali conflitti riguardo alle scelte di gestione, e tende a salvaguardare l'autonomia della funzione amministrativa e la ripartizione delle competenze fra gli organi <sup>(37)</sup>.

In realtà, siffatta affermazione, destinata a valere in linea generale, non sembra potersi adattare alla menzionata ipotesi, invero remota ma pur sempre possibile, di società per azioni con consiglio di amministrazione composto di due soli membri, per la quale, non potendo applicarsi la clausola di *casting vote*, non è da escludere il rischio della paralisi nelle scelte gestionali <sup>(38)</sup>.

Va comunque ricordato come la situazione di stallo nella gestione cui si è sin qui fatto riferimento, e che nella s.p.a. appare piuttosto remota se non una mera ipotesi di scuola <sup>(39)</sup>, non dovrebbe comunque dar luogo allo scioglimento della società. Se da un lato, infatti, l'inattività dell'organo gestionale non è, a differenza di quella dell'assemblea, contemplata fra le cause di scioglimento *ex art. 2484 c.c.*, dall'altro lato appare piuttosto inverosimile che a questa inattività possa far seguito la sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale (ai sensi del n. 3 dello stesso art. 2484). Ciò in quanto l'assemblea potrebbe pur sempre intervenire a correggere – eventualmente optando per l'amministratore unico o più semplicemente modificando il numero degli amministratori affinché questo sia un numero dispari – la situazione <sup>(40)</sup>.

Ciò non toglie, tuttavia, che, per l'astensione di un amministratore conseguente al suo conflitto di interessi, una situazione di equilibrio paritario che dia luogo allo stallo decisionale si possa concretare anche laddove l'organo amministrativo sia composto da un numero dispari di membri.

Fra le ragioni che si possono addurre alla mancata previsione delle società per azioni nell'art. 37 del D.lgs. n. 5 del 2003, può venire in questione anche la maggiore rigidità delle competenze gestionali nei sistemi di amministrazione delle società azionarie (ivi compresi, oltre a quello tradizionale, anche il dualistico ed il monistico).

Nella società a responsabilità limitata, infatti, le competenze degli amministra-

tori (nonché quelle dei soci) sono definite dall'autonomia statutaria (salve le materie inderogabilmente di competenza dei soci, delineate dal comma 2 dell'art. 2479 c.c.). Non solo, perché è anche prevista la possibilità per uno o più amministratori di sottoporre "argomenti" alla approvazione dei soci, ivi comprese, quindi, anche materie attinenti alla gestione dell'impresa (art. 2479, comma 1, c.c.): scelta, questa, che peraltro può anche implicare una deresponsabilizzazione del o degli amministratori.

Al contrario, nelle s.p.a., a prescindere dal modello gestionale prescelto, v'è una ripartizione di competenze fra organo amministrativo e assemblea tendenzialmente rigida, tale da implicare altresì un regime di responsabilità inderogabile, come si evince dall'art. 2380-*bis*, comma 1, c.c.. e come è confermato dall'art. 2364 comma 1, n. 5, c.c., che, nel prevedere fra le competenze dell'assemblea ordinaria anche quello di deliberare sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, non manca di precisare che resta ferma in ogni caso la responsabilità di questi ultimi <sup>(41)</sup>.

In sostanza, mentre nelle s.r.l. (e, a maggior ragione, nelle società personali), non si riscontra una assoluta esclusività dell'amministrazione, si ha un'attenuazione della estraneità dei soci alla gestione sociale, nelle s.p.a.; al contrario, si registra una certa rigidità; si ha un'accentuata indipendenza dell'organo amministrativo nelle decisioni sulla gestione, che sono riservate alla sua esclusiva competenza e responsabilità.

E ciò potrebbe costituire una delle ragioni per le quali non si è prevista l'applicazione della clausola risoluzione dei contrasti nella gestione per le società per azioni.

## **5. La applicabilità dell'art. 37 alle società cooperative cui si applicano le norme sulla s.r.l.. Le cooperative cui si applicano le norme sulla s.p.a.**

Sempre con riguardo all'ambito applicativo dell'art. 37, è discusso se esso trovi applicazione anche alle società cooperative.

La tesi che ne nega il ricorso all'istituto disciplinato dall'art. 37 <sup>(42)</sup> sembra in sostanza argomentare tale soluzione dalla generale applicabilità delle norme sulla s.p.a. alle società cooperative, come avveniva prima della riforma, sottovalutandosi quindi la circostanza che l'attuale testo dell'art. 2519 c.c. prevede la possibilità di un rinvio (anche) alle norme sulla s.r.l. Esso infatti, stabilisce che "alle società cooperative, per quanto non previsto dal presente titolo, si applicano *in quanto compatibili* le disposizioni sulla società per azioni", precisando altresì che in caso di cooperativa "con un numero di soci cooperatori inferiore a venti *ovvero* con un attivo dello stato patrimoniale non superiore ad un milione di euro", l'atto costitutivo può

prevedere "che trovino applicazione, in quanto compatibili, le norme sulla società a responsabilità limitata". Inoltre, l'art. 2522, comma 2, c.c. prevede come obbligatoria l'adozione delle norme sulla società a responsabilità limitata quando il numero dei soci sia inferiore a nove (in tal caso occorre, però, che tutti i soci siano persone fisiche, in numero non inferiore a tre) <sup>(43)</sup>. Dalla formulazione dell'art. 2519, si evince che la disciplina della società per azioni costituisce il riferimento naturale per il funzionamento della cooperativa, e quindi non vi è necessità di espresso rinvio statutario alle relative disposizioni, che trovano applicazione automaticamente; mentre invece, ai fini dell'applicazione della disciplina della società a responsabilità limitata - ove ricorrano i presupposti previsti dal secondo comma dell'art. 2519 - è necessaria un'espressa previsione nell'atto costitutivo <sup>(44)</sup>, salvo il caso della società con meno di nove soci, per la quale non è necessario l'espresso rinvio.

In ogni caso l'applicabilità delle norme del modello di riferimento (s.p.a. o s.r.l.) trova i suoi limiti nella disciplina contenuta nella specifica *sedes materiae* propria delle cooperative e nella compatibilità delle disposizioni relative alle società di capitali con i principi - mutualistici ma anche di natura organizzativa e strutturale - propri delle cooperative <sup>(45)</sup>.

Ora, non sembra che nella disciplina codicistica delle cooperative e, in via più generale, nell'ambito dei principi mutualistici riferiti alle società cooperative, siano da riscontrare norme che impediscano alla società che intenda (o debba) adottare le norme sulla s.r.l. di prevedere una clausola volta a disciplinare la risoluzione dei contrasti nella gestione della società a stregua di quanto dispone l'art. 37 <sup>(46)</sup>.

Ma il dubbio sulla effettiva inapplicabilità dell'art. 37 può involgere anche le cooperative regolate dalle norme sulle s.p.a.

Se, come si è dianzi osservato, fra le ragioni che hanno indotto il legislatore ad escludere l'applicabilità della clausola di risoluzione contrasti gestionali alle società azionarie v'è il rilievo della netta separazione di competenze dell'assemblea e dell'organo amministrativo, e la tendenziale inderogabilità di queste ultime, l'argomento non può tuttavia essere acriticamente traslato sulle cooperative che siano regolate dalle norme sulla s.p.a., posto che le norme sulla società per azioni si applicano solo in quanto compatibili con gli specifici principi propri del microsistema del diritto delle cooperative <sup>(47)</sup>.

A prescindere da alcuni rilevi che possono riguardare talune specifiche tipologie di cooperative <sup>(48)</sup>, occorre sottolineare la tendenza in dottrina a considerare legittime quelle clausole statutarie che, in parziale deroga al sistema di norme rappresentato dagli artt. 2364, n. 5, e 2380-*bis*, comma 1, c.c., attribuiscono all'assemblea dei soci un ruolo decisionale più incisivo della semplice autorizzazione prevista dall'art. 2364 n. 5 suddetto, sotto forma ad esempio di riserva all'assemblea di pareri obbligatori per la successiva attività dell'organo di gestione, e che risultino

per lo stesso vincolanti (pur con la possibilità per gli amministratori di disapplicarli ove contrari alle regole di comportamento imposte dalla legge a tutela della società, dei creditori e dei terzi) <sup>(49)</sup>.

Ecco allora che la minor rigidità della separazione di competenze dell'assemblea e dell'organo amministrativo per le cooperative cui si applichino le norme sulla s.p.a., vale a rendere quantomeno dubbia l'inapplicabilità dell'art. 37 anche a queste ipotesi.

## **6. La risoluzione dei contrasti nella gestione delle società di persone che adottino il sistema di amministrazione disgiuntiva**

Se, come si è visto, la dottrina prevalente ritiene lo stallo decisionale non integri almeno direttamente una causa di scioglimento nelle società di capitali, a diversa conclusione si giunge per le società di persone, in cui il dissidio fra i soci può essere tale da rendere impossibile il conseguimento dell'oggetto sociale <sup>(50)</sup>.

Come sostenuto da chi ha recentemente approfondito il tema del dissidio fra i soci delle società personali <sup>(51)</sup>, "i dati socio-economici rilevabili empiricamente dimostrano la virtuale identificabilità delle società di persone con l'impresa piccola e media, e la presenza di compagini, spesso formate da individui appartenenti allo stesso gruppo familiare, quasi sempre con quote opportunamente ripartite per mantenere, almeno in fase iniziale, un equilibrio paritario, non di rado riflesso anche nella composizione dell'organo amministrativo e nella distribuzione dei relativi poteri. In molte di esse il rilievo preponderante delle abilità personali di alcuni soggetti rende le partecipazioni di costoro essenziali per il successo dell'attività. In un certo senso può dirsi che queste società nascondono il germe della precarietà, in quanto fondate sul perpetuarsi del clima di concordia, o perlomeno di convergenza di interessi, vigente tra i soci all'atto della costituzione. Lo scenario è destinato a mutare non appena, e per qualsiasi motivo, taluno dei soci manifesti dissenso, in forme via via più radicali, sulla stessa perseguibilità dell'attività comune, utilizzando di regola i vari strumenti legali a propria disposizione (ad esempio, rifiuto di approvazione o impugnazione del bilancio, richiesta di pagamento di supposti utili non percepiti, diffide, denunce, dimissioni dalla carica amministrativa, rifiuto di compimento di atti, opposizione *ex art.* 2257, 2° comma, c.c., richiesta di documenti e di ispezioni contabili, ecc.)".

Logico, quindi, che la maggiore probabilità del verificarsi della situazione di *dead-lock* e il conseguente rischio di una paralisi dell'attività che possa sfociare nella causa di scioglimento rendano lo strumento della clausola di risoluzione dei contrasti nella gestione particolarmente appetibile per tali società.

È tuttavia necessario verificare entro quali limiti essa possa trovare concreta

applicazione.

Il sistema di amministrazione delle società di persone è disciplinato dagli artt. 2257 e 2258 c.c., dettati in tema di società semplice, ma applicabili alla società in nome collettivo e alla società in accomandita semplice in virtù, rispettivamente degli artt. 2293 e 2315 c.c. <sup>(52)</sup>.

L'art. 2257 prevede il modello legale ("salvo diversa pattuizione"), per cui l'amministrazione della società spetta a ciascuno dei soci disgiuntamente dagli altri. In tal caso ciascun socio amministratore ha diritto di opporsi all'operazione che un altro voglia compiere, prima che sia compiuta. Sull'opposizione decide la maggioranza dei soci determinata secondo la parte attribuita a ciascun socio negli utili.

L'art. 2258, invece, prevede la possibilità di optare per l'amministrazione congiuntiva: in tal caso è necessario il consenso di tutti i soci amministratori per il compimento delle operazioni sociali. Se però è convenuto che per l'amministrazione o per determinati atti sia necessario il consenso della maggioranza, questa si determina secondo la parte attribuita a ciascun socio negli utili. In queste ipotesi i singoli amministratori non possono compiere da soli alcun atto, salvo che vi sia urgenza di evitare un danno alla società.

La normale compenetrazione fra il socio e la gestione - conseguenza di una disciplina che privilegia il momento della gestione rispetto a quello della formazione della volontà sociale - fa sì che questi si reputi, in quanto tale, amministratore e che l'amministrazione spetti soltanto ai soci. La scelta dell'amministrazione disgiuntiva è strumentale alla snellezza e all'efficienza: ciascun socio può disgiuntamente dagli altri compiere atti di gestione, senza la necessità della preventiva informazione per cui il potere di amministrare è un attributo inerente alla qualità di socio; ogni socio, se illimitatamente responsabile, è amministratore della società.

Di siffatta compenetrazione l'amministrazione disgiuntiva costituisce la piena espressione.

Se il sistema di amministrazione disgiuntiva assicura la snellezza e l'efficienza, non mancano tuttavia alcuni inconvenienti, quali la mancanza di coordinamento ed il rischio che il socio subisca a cose fatte le conseguenze di operazioni che non ha contribuito a decidere <sup>(53)</sup>.

A siffatti inconvenienti lo strumento dell'opposizione, disciplinato dai commi 2 e 3 dell'art. 2257, potrebbe porre rimedio, strumento che tuttavia ha avuto scarsa applicazione pratica.

Il sistema riconosce a ciascun socio amministratore <sup>(54)</sup> la facoltà di opporsi all'operazione prima che questa sia compiuta; il contrasto dovrà poi trovare soluzione nell'ambito del sodalizio societario attraverso una decisione della maggioranza dei soci (ivi compresi i soci non amministratori, ma non gli accomandanti) determinata secondo la parte attribuita a ciascun socio negli utili.

Occorre però sottolineare come la disciplina delle società di persone non preveda l'esistenza di un organo assembleare per la formazione della volontà sociale. Il legislatore, nel disciplinarne la struttura delle società personali, ha inteso assicurare snellezza ed agilità nell'assunzione delle decisioni; la dottrina prevalente ritiene pertanto che non sussistano valide ragioni per ipotizzare la necessità della formazione di una volontà collegiale ma che il rapporto tra i soci sia essenzialmente interindividuale <sup>(55)</sup>. Pertanto si ritiene che per le decisioni all'unanimità basti l'accordo di tutti i soci comunque esso sia raggiunto, mentre per quelle a maggioranza non sia necessario neppure che tutti i soci siano consultati in quanto è sufficiente che la maggioranza sia raggiunta, anche all'insaputa degli altri soci <sup>(56)</sup>. I soci possono in ogni caso decidere di riservare ad un'assemblea competenze specifiche, non essendovi alcun divieto in tal senso.

La non necessità dell'adozione di un metodo collegiale può implicare anche una notevole difficoltà sia nel raccogliere i consensi entro breve tempo (ove la società abbia un elevato numero di soci), sia nel determinare il momento in cui si possa ritenersi raggiunto l'esito dell'opposizione. Di qui la facilità con la quale può insorgere una situazione di stallo <sup>(57)</sup>.

È interessante, a questo punto, verificare quali concrete possibilità applicative possa avere la clausola di risoluzione dei contrasti nella gestione della società di persone alla quale si applichi il sistema di amministrazione disgiuntiva.

Per tale verifica sembra opportuno ricorrere ad esempi concreti.

Si faccia il caso di una società in nome collettivo composta di due soli soci, con eguale partecipazione agli utili. In questa ipotesi (ipotesi tipica di *deadlock*, cioè di paralisi nell'amministrazione derivante dalla partecipazione paritaria dei soci) appare evidente come lo strumento dell'opposizione, ove il contrasto sia effettivamente insanabile, sia pressoché inutile. Sull'opposizione sarebbero chiamati a decidere gli stessi due soci, con eguale "peso", e quindi si perpetuerebbe quella situazione di stallo.

Il ricorso al terzo o ai terzi cui deferire il contrasto appare invece risolutivo.

Altro esempio: società in nome collettivo con quattro soci, sempre con eguale partecipazione agli utili (25% ciascuno). In questo caso la decisione sull'opposizione al compimento dell'atto da parte di uno dei soci non necessariamente dovrebbe dar luogo ad uno stallo, ove tre di essi decidano nell'uno o nell'altro senso.

Ma se sull'opposizione <sup>(58)</sup> si dovesse ugualmente avere un esito paritario, ecco che una clausola di risoluzione dei contrasti nella gestione, opportunamente congegnata, potrebbe nuovamente tornare decisiva <sup>(59)</sup>, giacché anche lo stallo sulla decisione relativa all'opposizione rientra nell'ambito del *deadlock* o del contrasto sulla gestione.

In questo caso l'art. 37 può essere invocato in subordine all'occorrenza di uno stallo che si veri-

fica nella decisione sull'opposizione <sup>(60)</sup>.

Nei due esempi sopra riportati la differenza riguarda il momento in cui la clausola di risoluzione dei contrasti nella gestione viene attivata: a prescindere dall'opposizione *ex art. 2257*, comma 2, nel primo caso; subordinatamente all'opposizione (e allo stallo ad essa relativa) nel secondo caso.

In realtà, poi, la clausola può ancora tornar utile nell'ipotesi di società composta di un numero dispari di soci tutti amministratori, laddove vi sia un cronico assenteismo di uno di essi, o vi sia un'astensione per conflitto di interessi.

Sempre riguardo ai rapporti con l'opposizione *ex art. 2257*, comma 2, ci si potrebbe chiedere se la previsione di una clausola di risoluzione dei contrasti nella gestione *ex art. 37* possa implicare una deroga al procedimento conseguente all'opposizione. Se cioè sia possibile, in luogo della decisione ai sensi del comma 3 dell'*art. 2257*, direttamente investire il terzo o i terzi della questione.

Sul punto si può pervenire ad una soluzione articolata, distinguendo a seconda che la società contenga o meno soci non amministratori.

Ove, infatti, la società non preveda la presenza di soci non amministratori (diversi ovviamente dagli accomandanti), la rinuncia, preventiva, in sede di adesione al contratto sociale, al sistema della decisione in sede di opposizione *ex art. 2257* c.c., rientra probabilmente nella loro disponibilità.

Ove, viceversa, la società è caratterizzata anche per la presenza di soci non amministratori, la soluzione può apparire più dubbia, posto che questi, non avrebbero il diritto di opporsi (il comma 2 dell'*art. 2257* legittima infatti solo "ciascun socio amministratore"), né quello di dar luogo al "contrasto sulla gestione", e neppure di partecipare alla decisione sull'opposizione.

Il dubbio attiene, in definitiva, alla sussistenza di un diritto individuale del socio non amministratore, diritto al quale tuttavia questi potrebbe rinunciare attraverso il suo consenso in sede di costituzione o di modificazione della società.

## **7. La risoluzione dei contrasti nella gestione della società di persone con amministrazione congiuntiva**

Il criterio di distinzione tra amministrazione disgiuntiva e congiuntiva non sta nel potere, comune ad entrambi i sistemi, dei soci di agire separatamente, ma nel fatto che nell'amministrazione disgiuntiva il singolo è integralmente investito dei poteri del gruppo, e può quindi agire all'insaputa dei colleghi.

Nel modello di amministrazione congiuntiva delineato dall'*art. 2258*, invece, vengono meno le condizioni per cui la volontà della maggioranza dei soci amministratori può vincolare la minoranza.

Non v'è dubbio che richiedere l'unanimità dei consensi implichi il rischio di un

forte rallentamento della attività negli affari: ma di ciò il legislatore è consapevole, e per ciò si prevedono due correttivi.

Il primo, riguardante i casi di urgenza, è quello previsto dal comma 3 dell'art. 2258 che appunto autorizza il singolo amministratore a compiere da solo l'atto ove vi sia urgenza di evitare un danno alla società.

Il secondo, invece, corrisponde ad una precisa scelta statutaria e può riguardare l'intera amministrazione o il compimento di singoli atti, e permette il ricorso al consenso della maggioranza dei soci calcolata secondo la parte attribuita a ciascun di essi negli utili (art. 2258, comma 2).

Anche qui, per verificare quale possa essere l'ambito applicativo e l'utilità della clausola di risoluzione dei contrasti nella gestione occorre ricorrere ad una casistica (61).

Non v'è dubbio alcuno che nell'ipotesi di amministrazione congiuntiva ai sensi del comma 1 dell'art. 2258 ogni qualvolta non si raggiunga l'unanimità dei consensi si realizzi il presupposto per attivare l'istituto previsto dall'art. 37.

Vi può tuttavia essere il caso che l'amministrazione congiuntiva sia affidata ad alcuni dei soci soltanto, per cui sarà sì necessario il consenso unanime, ma solo dei soci amministratori. Scelta, questa, che in sostanza disattiva il meccanismo dell'opposizione di cui al comma 2 dell'art. 2257 e rafforza la posizione dei soci amministratori rispetto agli altri, ma che non impedisce l'insorgere del contrasto nell'ambito di coloro che hanno l'amministrazione della società. Anche qui, a ben vedere, la previsione nell'atto costitutivo della clausola *ex art. 37* appare opportuna.

Vi può essere poi il caso dell'amministrazione congiuntiva a maggioranza di tutti i soci. Invero l'adozione di tale scelta dovrebbe logicamente presupporre il non verificarsi di situazioni (analoghe a quelle sopra menzionate) in cui vi sia un numero pari di soci con medesima partecipazione agli utili. Ma se effettivamente si verificasse tale presupposto, la clausola di risoluzione dei contrasti nella gestione potrebbe costituire il rimedio alle possibili situazioni di stallo.

Ad analoghe conclusioni si può pervenire per l'ipotesi in cui l'amministrazione congiuntiva a maggioranza sia affidata ad alcuni soltanto dei soci (i soci amministratori decidono a maggioranza, gli altri restano esclusi dall'amministrazione).

Le stesse considerazioni sembrano valere anche laddove si sia adottato un sistema "misto: amministrazione congiuntiva (all'unanimità o a maggioranza) o disgiuntiva, limitata ad alcuni soci per taluni atti e rimessione alla maggioranza di tutti i soci o all'unanimità degli stessi degli altri atti.

Infine, certamente la clausola non potrà operare nell'ipotesi in cui l'amministrazione sia devoluta ad uno soltanto dei soci che potrà compiere da solo tutte le operazioni sociali.

## **8. La risoluzione dei contrasti nella gestione della società a responsabilità limitata**

Al contrario di quanto avviene per le s.p.a., la riforma riconosce invece espressamente la possibilità di adottare la clausola di *dead-lock breaking system* nell'atto costitutivo della società a responsabilità limitata.

Prima della riforma del diritto societario, una parte minoritaria della dottrina, argomentando dal mancato richiamo nella disciplina delle s.r.l., ed in particolare nell'art. 2487 c.c., all'art. 2380 c.c., aveva affermato la legittimità della previsione statutaria della cosiddetta clausola di amministrazione disgiuntiva, sulla falsariga del modello disciplinato in materia di società di persone, dove è possibile prevedere che tutti i soci siano titolari, in via autonoma e senza alcuna limitazione, dei più ampi poteri di amministrazione e rappresentanza <sup>(62)</sup>.

Prevaleva, tuttavia, sia in dottrina <sup>(63)</sup> che in giurisprudenza <sup>(64)</sup>, l'opinione secondo la quale, nel caso di nomina di più amministratori, questi compongano un consiglio di amministrazione, soggetto a tutte le regole proprie di quest'ultimo, nel pieno rispetto del principio di collegialità, e che non fosse ammissibile derogare statutariamente a tale principio.

Con la riforma il nuovo art. 2475 c.c. consente all'autonomia contrattuale gli spazi più ampi. Esso infatti lascia sia libertà di scelta per quanto concerne l'individuazione delle persone cui l'amministrazione medesima è affidata sia con riferimento al metodo secondo il quale dovranno agire <sup>(65)</sup>.

Ne deriva quindi che la società potrà optare per un sistema di amministrazione unipersonale o pluripersonale, corrispondente a quello dell'amministratore unico e, rispettivamente, del consiglio di amministrazione, propri della s.p.a. ovvero ricorrere ad un sistema di amministrazione plurisoggettiva del tipo previsto per le società di persone, come pure, sempre alla stregua di quanto può avvenire in questi tipi di società, di personalizzare la funzione amministrativa, sia essa plurisoggettiva o invece unisoggettiva <sup>(66)</sup>.

I dubbi, quindi, sulla possibilità di ricorrere ad un sistema di gestione caratterizzato dalla clausola di amministrazione disgiuntiva risultano quindi ormai superati.

Per converso, quindi, si vengono proprio a concretare con maggiore probabilità i presupposti per il verificarsi di quelle situazioni di crisi gestionale che, come più specificamente è visto nel trattare delle società di persone, sono alla base della previsione del rimedio previsto dall'art. 37 <sup>(67)</sup>.

In sostanza, nello schema delineato dal legislatore della riforma si possono rinvenire tre diversi sistemi di gestione:

a) il sistema basato sulla presenza di un amministratore unico, che eserciterà

individualmente tutte le funzioni proprie dell'organo amministrativo;

*b)* il sistema che prevede la presenza di più amministratori che costituiscono il consiglio di amministrazione, operante con metodo collegiale;

*c)* il sistema di amministrazione plurisoggettiva nella forma dell'amministrazione disgiuntiva o dell'amministrazione congiuntiva, all'unanimità e/o a maggioranza (sistema mutuato dalle società di persone, con espresso richiamo agli artt. 2257 e 2258) <sup>(68)</sup>.

È importante ricordare come la dottrina si qui formatasi sia tendenzialmente orientata a riconoscere l'applicabilità dell'art. 37 anche per l'ipotesi in cui la società a responsabilità limitata abbia optato per il tradizionale sistema del consiglio di amministrazione che operi collegialmente, in quanto lo stesso art. 37 non sembra in linea generale consentire distinzioni di sorta, all'interno della società a responsabilità limitata, a seconda del sistema di gestione prescelto, alla sola condizione che sia prevista una pluralità di amministratori <sup>(69)</sup>.

E tuttavia appare possibile, con riguardo alle varie ipotesi di amministrazione sin qui delineate, circoscrivere quelle fattispecie di "contrasto" che determinano una situazione di stallo nelle scelte gestionali ed in relazione alle quali l'art. 37 può trovare effettiva applicazione. Ciò perché "nella configurazione legale dell'istituto l'ingerenza dei terzi non possa dipendere dalla sussistenza di posizioni meramente discordanti tra gli amministratori, quando le divergenze non impediscano l'assunzione di una decisione secondo i criteri interni al modulo gestionale adottato" <sup>(70)</sup>.

In questa prospettiva il nuovo meccanismo risolutivo non potrà essere attuato ad esempio <sup>(71)</sup>:

*a)* nell'ipotesi di gestione consiliare quando, essendo l'organo composto da un numero dispari di membri, pur emergendo divergenze tra gli stessi, tuttavia si riesca a convogliare la maggioranza dei consensi verso l'una o l'altra posizione;

*b)* nell'ipotesi di amministrazione congiuntiva per la quale la predetta maggioranza sia sufficiente, non occorrendo l'unanimità;

*c)* nell'ipotesi di amministrazione disgiuntiva, quando sull'(eventuale) opposizione i soci riescano ad addivenire ad una decisione.

Pur verificandosi contrasti di opinioni, questi si risolvono nella prevalenza di una posizione rispetto all'altra e dunque non si rivelano privi di quella via di sbocco che il legislatore intende comunque garantire. E una via d'uscita sussiste sempre, anche nel caso in cui il contrasto non intercorra tra due posizioni ugualmente propositive, ma consista nel mero disaccordo sul compimento dell'operazione proposta (salvo semmai a riservare una diversa considerazione al caso in cui si verifichi una reiterata bocciatura di qualsivoglia proposta operativa).

Diverse sono le ipotesi in cui, ad esempio:

- 1) nel consiglio emergano due contrastanti proposte e tuttavia, sull'una o sull'altra, stante la sua composizione in numero pari (ovvero, pur essendo questa in numero dispari, uno degli amministratori si debba ad esempio astenere per conflitto di interessi), non si riesca a raggiungere una maggioranza di consensi;
- 2) una maggioranza non si raggiunga nemmeno tra i soci chiamati a decidere sull'opposizione nell'amministrazione disgiuntiva;
- 3) essendo prescritta l'unanimità dei consensi, nell'amministrazione congiuntiva come in quella consiliare, le disparità di vedute siano destinate a precludere l'assunzione di qualsivoglia decisione <sup>(72)</sup>.

In queste ultime fattispecie è quindi ben possibile il ricorso allo strumento previsto dall'art. 37.

## **9. Introduzione della clausola di risoluzione dei contrasti nella gestione nell'atto costitutivo e diritto di recesso**

Il primo comma dell'art. 37 stabilisce 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 della società.

È ovviamente possibile che la clausola sia introdotta successivamente alla costituzione della società in virtù di apposita modifica.

Nei primi commenti alla norma si è quindi evidenziato il problema del rapporto fra introduzione della clausola di risoluzione dei contrasti nella gestione e diritto di recesso da parte dei soci assenti o dissenzienti.

È opportuno ricordare in proposito come l'art. 34 del D.lgs. 5 del 2003 preveda, al comma 6, che le modifiche dell'atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie, devono essere approvate dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale e che i soci assenti o dissenzienti possono, entro i successivi novanta giorni, esercitare il diritto di recesso.

Nelle società di persone vale il principio dell'unanimità dei consensi sancito dall'art. 2252 c.c., secondo il quale il contratto sociale può essere modificato soltanto con il consenso di tutti i soci, se non è convenuto diversamente.

Chi si è occupato del problema ha sostenuto che in ogni caso, per le società di persone, il problema della sussistenza del diritto di recesso neppure si pone, essendo richiesto il consenso di tutti i membri per ogni tipo di modifica statutaria <sup>(73)</sup>.

L'affermazione può in realtà valere solo ove appunto non sia convenuto diversamente e quindi la modifica debba necessariamente avvenire con il consenso una-

nime.

Dato che è però consentito derogare al principio dell'unanimità dei consensi - e si ammette, che per diversa convenzione intercorsa tra le parti sociali, le modificazioni del contratto sociale possano avvenire con il consenso della maggioranza assoluta o di una particolare maggioranza <sup>(74)</sup> - le ragioni dell'esclusione del diritto di recesso vanno ricercate altrove.

Invero, nelle società di persone il socio può recedere nei casi previsti nel contratto sociale ovvero quando sussiste una giusta causa (art. 2285 c.c.).

Potrebbe quindi darsi il caso che sia lo stesso contratto sociale a determinare quale causa di recesso l'introduzione di una clausola *ex art.* 37 del D.lgs. 5 del 2003.

Ma anche in assenza di siffatta previsione, va verificato se la modifica implicante l'introduzione della clausola non possa considerarsi quale *giusta causa* di recesso, anche in considerazione del fatto che in giurisprudenza si è ritenuto che ricorra la giusta causa di recesso del socio *ex art.* 2285, 2° co., ogni qualvolta il recesso sia la conseguenza dell'estromissione del socio dall'amministrazione e dalla gestione della società <sup>(75)</sup>.

A ben vedere, tuttavia, la clausola *ex art.* 37 non priva né estromette il socio dalla amministrazione, ma si limita a deferire ad uno o più terzi i contrasti tra coloro che hanno il potere di amministrazione in ordine alle decisioni da adottare nella gestione della società.

Quanto alle società a responsabilità limitata, va subito evidenziato come il recesso sia diversamente modulato dall'art. 2473 c.c. <sup>(76)</sup>: se da un lato, infatti, deve essere l'atto costitutivo a determinare quando il socio può recedere (e quindi, anche qui potrebbe esservi una apposita previsione dell'introduzione di una clausola *ex art.* 37 come causa di recesso), dall'altro lato il diritto di recesso viene in ogni caso riconosciuto ai soci che non hanno consentito al cambiamento dell'oggetto o del tipo sociale, alla fusione o alla scissione ecc.

Dunque, o l'atto costitutivo la contempla espressamente come causa di recesso, oppure l'introduzione della clausola di risoluzione dei contrasti nella gestione non dà luogo al recesso.

Resta da verificare se sia possibile il ricorso ad una applicazione analogica del disposto dell'art. 34 (recesso a seguito dell'introduzione della clausola compromissoria).

Ciò sembra tuttavia da escludere, posto che manca una *eadem ratio* fra le due ipotesi: destinatari della clausola compromissoria sono tutti i soci, che si vedono preclusa, anche senza il loro consenso, la possibilità di adire il giudice per risolvere le controversie sociali, per cui il recesso in questo caso impedisce che sia vulnerato il principio consensualistico dell'arbitrato; la clausola di risoluzione dei contrasti nel-

la gestione produce invece i propri effetti nei confronti degli amministratori, non impedisce ai soci di ricorrere al giudice per ottenere la decisione di qualsivoglia tipo di lite societaria, mira solo a fornire un meccanismo per sbloccare la situazione di impasse nella gestione e non rappresenta un mezzo per risolvere le controversie in senso tecnico <sup>(77)</sup>.

## **10. Soggetti legittimati ad attivare la clausola di risoluzione del contrasto e alla nomina del o dei terzi**

Secondo la dottrina <sup>(78)</sup> non è necessario che il contrasto tra gli amministratori debba in qualche modo esser formalizzato prima che si dia corso del procedimento; l'affermazione si giustifica poi particolarmente per le società di persone in cui il metodo collegiale non è necessario.

L'art. 37, peraltro, neppure stabilisce quale sia il soggetto legittimato ad attivare la clausola di risoluzione del contrasto, né chi debba procedere alla nomina del terzo o dei terzi.

Quanto al primo punto si registrano due diverse opinioni.

Secondo alcuni, infatti, salvo che l'atto costitutivo disponga diversamente, la legittimazione spetterebbe a ciascun amministratore <sup>(79)</sup> e, per l'ipotesi in cui il contrasto sulla gestione attenga alla decisione sull'opposizione *ex art.* 2257, comma 2, anche ai soci non amministratori <sup>(80)</sup>.

Verosimilmente, per le società a responsabilità limitata che ne siano dotate, la legittimazione è da riconoscere anche al collegio sindacale, stante il disposto dell'art. 2403 c.c., applicabile in forza del richiamo di cui all'ultimo comma dell'art. 2477.

Altri autori <sup>(81)</sup>, che tendenzialmente negano che la decisione sull'opposizione *ex art.* 2257 comma 2 sia atto di gestione e conseguentemente affermano l'inutilizzabilità in questi casi del procedimento *ex art.* 37, ritengono che la legittimazione spetti solo agli amministratori.

Quanto ai soggetti legittimati a nominare il terzo o i terzi, mentre nella versione dell'art. 37 nello Schema di decreto legislativo approvata dal Consiglio dei ministri il 30 settembre 2002, si prevedeva espressamente che la nomina dovesse avvenire, sia in prima che in seconda istanza ad opera di soggetto estraneo alla società, nella versione definitiva scompare ogni traccia di tale espressione.

Ne deriva che il terzo, o i terzi, possono anche esser nominati dai soggetti in contrasto fra loro <sup>(82)</sup>.

Si ritiene invece poco consigliabile che la nomina sia contenuta direttamente nell'atto costitutivo, introducendosi in tal modo un evidente elemento di rigidità.

## **11. Soggetti ai quali può esser devoluta la risoluzione del contrasto e composizione del collegio**

L'art. 37 consente di deferire il contrasto "ad uno o più terzi", in prima istanza, e "ad un collegio" in sede di reclamo.

La norma, in sostanza, prevede quale unico requisito del soggetto nominato la sua terzietà rispetto alla questione oggetto del contrasto. Ne consegue che non potranno esser nominati gli stessi amministratori, mentre quanto alla possibilità di nominare un socio non amministratore non sussiste uniformità di vedute.

Secondo alcuni, infatti, non è da escludere che, in linea di principio, possa svolgere la funzione di arbitratore anche il socio di s.r.l. (che naturalmente non svolge anche funzioni amministrative) o il socio accomandante <sup>(83)</sup>.

Altri, più correttamente, ritengono che la terzietà debba esser commisurata non solo rispetto all'organo amministrativo, ma riguardo alla intera compagine societaria, per cui sarebbe esclusa la possibilità di nominare un socio non amministratore o un accomandante <sup>(84)</sup>.

La norma tace anche sulla composizione del collegio sia in prima istanza laddove si sia optato per la nomina di più terzi, sia in seconda istanza, ma si suggerisce da più parti che i componenti siano in numero dispari, onde evitare il rischio del perpetuarsi della situazione di stallo.

## **12. La decisione e le questioni collegate**

Anche per ciò che concerne il procedimento decisionale l'art. 37 del D.lgs. n. 5 del 2003 non detta particolari disposizioni.

Il richiamo al secondo comma dell'art. 1349 c.c. e, più in generale, il suo tendenziale inquadramento nell'ambito dell'arbitraggio inducono a ritenere che il terzo o il collegio debbano deliberare secondo il loro equo apprezzamento, a meno che l'atto costitutivo preveda particolari criteri di decisione o ammetta la pronuncia secondo il mero arbitrio.

Secondo la dottrina che si è occupata *ex professo* dell'interpretazione della norma in esame, nel decidere il contrasto il terzo o il collegio si devono limitare a optare per l'una o per l'altra soluzione gestionale proposta dagli amministratori, e quindi non potrebbero assumere una decisione diversa rispetto alle proposte formulate dai gestori della società. Tale interpretazione restrittiva si giustifica in considerazione della eccezionalità delle prerogative attribuite al terzo o al collegio, posto che questi si sostituiscono agli amministratori nel decidere un'attività afferente alla gestione sociale <sup>(85)</sup>.

In realtà, come si vedrà, qualche dubbio su tale ricostruzione può derivare da

quanto previsto dallo stesso art. 37 in ordine alla competenza del terzo a dare indicazione anche sulle questioni collegate e dalla ammissibilità del “mero arbitrio”.

Quanto alla forma che la decisione deve assumere, pur nel silenzio della norma, si ritiene che questa debba essere scritta: lo esigono ragioni di certezza nei rapporti giuridici infrasocietari, ma anche nei confronti dei terzi, e, soprattutto, lo esige l'impugnabilità della decisione <sup>(86)</sup>.

Quanto, infine, alla vincolatività della decisione per gli amministratori, questa si desume, *a fortiori*, dal comma 3 dello stesso art. 37, che considera vincolanti anche le indicazioni sulle questioni collegate con quelle espressamente deferitegli <sup>(87)</sup>.

Secondo la dottrina, poi, la vincolatività del *dictum* degli arbitratori opererà solo ove gli stessi, nell'espletare il loro compito, si siano limitati a recepire una delle scelte gestionali proposte dagli amministratori stessi; nell'ipotesi patologica in cui il *dictum* degli arbitratori dovesse infatti discostarsi da una delle posizioni espresse dagli amministratori questi ultimi legittimamente potrebbero non eseguire la decisione in quanto proveniente da un soggetto sprovvisto della titolarità della funzione amministrativa <sup>(88)</sup>.

Proprio il comma 3 dell'art. 37 <sup>(89)</sup> è quello che ha suscitato le maggiori perplessità nei commentatori, in quanto essa prevede un'indicazione vincolante a prescindere da una apposita istanza di parte: ciò in pratica potrebbe portare ad una sostituzione agli amministratori degli arbitratori senza che siano predisposte idonee contromisure affinché i primi possano esser spogliati della loro responsabilità, investendone al contempo i secondi <sup>(90)</sup>.

Parte della dottrina ritiene comunque che la norma possa essere interpretata nel senso che la «questione collegata rappresenta un “segmento” interno del contrasto, non si posiziona su un terreno esterno allo stesso» e l'opportunità della norma può essere individuata nella circostanza che «la questione collegata non rappresenta oggetto del contrasto soltanto perché non si è ancora potuta formare la decisione gestionale che ne costituisce il presupposto» <sup>(91)</sup>.

Rispetto a tale ricostruzione che ravvisa un limite al *decisum* del terzo, nel senso che questi non potrebbe assumere una decisione diversa rispetto alle proposte formulate dai gestori della società, l'espressa previsione di un potere di fornire indicazioni sulle questioni collegate con quelle espressamente deferitegli e la circostanza, desumibile dal richiamo all'art. 1349, comma 2, c.c., che la decisione possa dipendere dal suo mero arbitrio, creano qualche dubbio.

Sul punto, v'è subito da evidenziare, come la norma non sia del tutto chiara.

La limitazione del *decisum* affermata dalla dottrina, infatti, trae il proprio fondamento nei principi sull'amministrazione della società, e non su un riscontro normativo.

E, tuttavia, ipotizzare una diversa ricostruzione darebbe luogo ad inconve-

nienti difficilmente superabili.

Laddove, infatti, si ritenesse che il terzo possa anche formulare una soluzione gestionale diversa da quelle espresse dagli amministratori si potrebbero configurare due diversi esiti.

Ove, infatti, si consideri la decisione (diversa da quelle prospettate dagli amministratori) vincolante per gli amministratori stessi, questi ultimi si dovrebbero ritenere vincolati a darvi attuazione con una connessa responsabilità per fatto altrui (ove, ad esempio, si ipotizzi che la scelta sia *contra legem*) che non trova probabilmente altri riscontri nel nostro ordinamento.

Ove, viceversa, la decisione del terzo (diversa da quelle prospettate dagli amministratori) non sia considerata vincolante per gli amministratori, appare verosimile ritenere che questi ultimi possano vagliarla come proposta di decisione, e di conseguenza approvarla o meno. Tale ultima soluzione, se da un lato ha il pregio di ricondurre alla naturale competenza degli amministratori la scelta di una diversa (rispetto a quella da loro originariamente formulata) scelta gestionale, ci porta dall'altro lato nettamente fuori dall'ambito dell'istituto previsto dall' art. 37.

In definitiva la soluzione formulata dalla dottrina in ordine ai limiti del *decisum* del terzo sembra, oltre che supportata dall'indubbia eccezionalità delle prerogative attribuite al terzo o al collegio, che si sostituiscono agli amministratori nel decidere un'attività afferente alla gestione sociale, soprattutto necessitata in considerazione degli esiti cui si dovrebbe altrimenti pervenire specie sul piano della responsabilità.

Resta comunque poco chiaro, al di là del ridimensionamento che ne hanno dato gli interpreti, il significato del disposto del comma 3 e l'effettivo ambito delle "questioni collegate".

Verosimilmente, riferendosi la norma ad "indicazioni vincolanti" e non a decisioni sui contrasti fra i soci, l'intervento del terzo varrà a precisare le condizioni e i presupposti considerati necessari per l'assunzione di una determinata scelta gestionale: ad esempio, rispetto alla decisione (sulla quale vi è il contrasto) in ordine ad un acquisto di un bene immobile, il terzo o i terzi potrebbero, in forza del disposto del comma 3, determinarne il corrispettivo massimo nei cui limiti l'acquisto stesso è possibile.

### **13. La responsabilità degli amministratori e degli "arbitratori"**

Il tema della decisione e delle "questioni collegate" rievoca inevitabilmente quello della responsabilità degli amministratori.

Uno dei problemi più intricati che l'art. 37 lascia aperti è infatti quello della ripartizione della responsabilità per l'atto gestorio <sup>(92)</sup> posto in essere in attuazione del *dictum* del terzo o del collegio.

Secondo la dottrina, se è corretto che “gli arbitratori devono limitarsi ad optare per l’una o l’altra soluzione gestionale proposta dagli amministratori ne discende che la scelta gestionale non faccia mai capo agli arbitratori (ma sempre all’amministratore, o agli amministratori, che la hanno proposta e caldeggiata)”; “ne discende ulteriormente che nella fattispecie in esame troveranno applicazione le normali regole sulla responsabilità degli amministratori; ove la scelta gestionale, seppur avallata dagli arbitratori, possa essere fonte di responsabilità la stessa non potrà che far capo ai gestori (secondo le normali regole di cui rispettivamente agli artt. 2260 e 2476 c.c.)” <sup>(93)</sup>.

Il problema ulteriore è quello di verificare se la responsabilità investa anche quegli amministratori la cui scelta gestionale non sia stata recepita dagli arbitratori.

Per escludere la responsabilità di questi ultimi è necessario far riferimento ai principi dettati rispettivamente in tema di società personali e di società a responsabilità limitata.

Per le prime l’art. 2260 c.c., sancisce, al comma 2, la responsabilità solidale degli amministratori verso la società per l’adempimento degli obblighi ad essi imposti dalla legge e dal contratto sociale. La responsabilità, tuttavia, non si estende a quelli che dimostrino di essere esenti da colpa.

Per le seconde, l’art. 2476 c.c., al primo comma, sancisce analogamente la responsabilità solidale degli amministratori verso la società per i danni derivanti dall’inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall’atto costitutivo per l’amministrazione della società. Anche qui, 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”.

In entrambi i casi si può ipotizzare che il fatto di aver osteggiato la decisione provocando il procedimento di arbitraggio e avversando nello stesso la decisione poi adottata sia comportamento idoneo ad esonerarli da responsabilità <sup>(94)</sup>.

Sembra invece da escludere una responsabilità degli amministratori per comportamenti omissivi (per l’inerzia o per il ritardo), laddove il contrasto fra le diverse posizioni abbia reso necessaria l’attivazione della clausola *ex art. 37* <sup>(95)</sup>.

Non può invece escludersi una responsabilità degli arbitratori per violazione degli obblighi assunti per effetto del mandato o del contratto d’opera, a seconda del tipo di schema negoziale che si intenda adottare per inquadrare il rapporto che li lega alla società <sup>(96)</sup>.

#### **14. Il reclamo e l’impugnazione**

Il comma 2 dell’art. 37 stabilisce che “gli atti costitutivi possono prevedere che la decisione sia reclamabile davanti ad un collegio, nei termini e con le modalità

dagli stessi stabilite”.

La reclamabilità della decisione è quindi sostanzialmente rimessa alla scelta operata nel contratto sociale, cui sono anche deferite le relative modalità, restando la scelta stessa altrimenti intangibile.

Tuttavia, allorché la decisione sia stata rimessa al mero arbitrio del terzo, essa è impugnabile a norma dell'articolo 1349, comma secondo, del codice civile (art. 37, comma 4).

Al riguardo il rinvio alla norma codicistica pone una serie di questioni relative: *a)* al procedimento di impugnazione; *b)* alla sussistenza di ulteriori cause di impugnazione; *c)* alla riferibilità dell'impugnazione per mala fede anche al caso in cui la questione non sia rimessa al mero arbitrio del terzo.

Quanto al primo profilo, si ritiene che l'impugnazione in esame sia assoggettata alle regole relative alle impugnative negoziali (benché il *decisum* non sia generalmente considerato una manifestazione di volontà negoziale <sup>(97)</sup>), e quindi richieda l'instaurazione di un ordinario giudizio di cognizione <sup>(98)</sup>.

Quanto al secondo profilo, e cioè alla possibilità di far valere ulteriori vizi oltre alla mala fede del terzo, vi sono due orientamenti.

Il primo è sostenuto da chi ritiene applicabili per analogia le norme dettate in tema di arbitrato irrituale o libero e sostanzialmente considera la decisione impugnabile anche per la sua iniquità e erroneità ai sensi dell'art. 1349, primo comma, c.c. <sup>(99)</sup>.

Il secondo orientamento, prevalente e più rispondente al dettato normativo, afferma invece come il rinvio contenuto nel comma 4 dell'art. 37 al comma 2 dell'art. 1349, e non anche al comma 1 dello stesso articolo, autorizzi a ritenere che la decisione non possa essere impugnata ai sensi del comma 1 benché manifestamente iniqua o erronea <sup>(100)</sup>.

Nell'ambito di tale orientamento – passando così all'ultimo profilo - si è sostenuta l'impugnabilità per mala fede <sup>(101)</sup> anche delle decisioni *ex art. 37* rimesse all'*arbitrium boni viri*, posto che la norma di cui al comma 4 si riferisce alle decisioni rese “ai sensi del presente articolo” <sup>(102)</sup>

Non è invece chiaro il rapporto tra il terzo ed il quarto comma della norma ovvero se la decisione, ove ne ricorrano naturalmente gli estremi, possa essere impugnata per mala fede del terzo ove siano perenti i termini stabiliti dall'atto costitutivo per il reclamo <sup>(103)</sup>.

- 1) Prima della riforma, aveva negato l'omologazione di una clausola di uno statuto di s.r.l. che rimetteva ad un collegio arbitrale la risoluzione di eventuali contrasti sulle scelte relative alla gestione dell'impresa sociale Trib. Cassino, 21 giugno 1991, in *Società*, 1992, 82. In dottrina, Cabras, *La forma d'impresa*, Torino, 1995, 245; Jaeger, *Appunti sull'arbitrato e le società commerciali*, in *Giur. comm.*, 1990, 219. Secondo Corapi, *Note sull'art. 37 del decreto legislativo di attuazione dell'art. 12 della legge n. 366/2001*, in *Conciliazione e arbitrato*, cura dell'Associazione italiana per l'arbitrato, Roma, 2003, 93 ss., anche in precedenza erano ammissibili clausole siffatte, assumendo l'odierna previsione un valore interpretativo.
- 2) Carpi, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. Arb.*, 2003, 430.
- 3) Nella Relazione si legge appunto che la "previsione è diretta alle società a responsabilità limitate e alle società di persone, secondo quanto appare consentito dalle principali direttive della L. n. 366/01, vale a dire l'art. 1, commi 1 e 2 (oltre che non vietato dall'art. 12). Del resto, l'opzione verso forme di arbitrato sulle divergenze negli indirizzi di gestione si conforma, non soltanto ad un'aspirazione già emersa nei lavori della Commissione ministeriale che - nel corso nella XIII legislatura - fu presieduta dal prof. A. Mirone, ma anche ai nuovi modelli di società, a cominciare da quello della s.r.l., in cui il potere di amministrazione può essere fortemente disarticolato, con corrispondente incremento delle possibilità di conflitto.
- 4) Corsini, sub art. 37, in Chiarloni (diretto da), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, 1022 s.; Guidotti, *L'arbitraggio gestionale nelle società di persone e nella società a responsabilità limitata*, in *Notariato*, 2005, 34 s.; Morera, *L'«arbitraggio» per la risoluzione dei contrasti gestionali nelle s.r.l.*, in *Ann. Giur. dell'econ.*, 2003, 315; Fondazione Aristeia, *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie: arbitrato e conciliazione nella riforma del diritto societario*, documento n. 40, gennaio 2004, 13. Secondo Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2003, 517, la disposizione in questione, non avendo niente a che vedere con l'arbitrato vero e proprio, è anche estranea alla materia delle "nuove norme di procedura", cui si riferisce l'art. 12 della legge di delega 3 ottobre 2001, n. 366. A differenza di quanto avviene per le altre norme contenute nel decreto legislativo in oggetto, dunque, non è l'art. 12 a fornire il parametro per valutare un eventuale eccesso di delega. Rileva l'eccesso di delega anche Spada, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla «nuova» società a responsabilità limitata)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 489 ss., in part. 500 s.
- 5) Arieta – De Santis, *Il nuovo processo societario*, Padova, 2004, 687 ss.; Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003, V, 18, pur senza prendere espressa posizione in merito; Lombardini, *L'arbitrato societario alla luce della recente riforma*, in *St. iuris*, 2003, 827, nonché la Relazione.
- 6) Corsini, op. cit., 1013 ss.
- 7) Sassani – Tiscini, *Il nuovo processo societario. Prima lettura del d.lgs. n. 5 del 2003*, in *Giust. Civ.*, 2003, II, 72 ss.
- 8) Soldati, in Amadei – Soldati, *Il processo societario*, Milano, 2003, 152, nonché Guidotti, op. cit., 33 ss.
- 9) Carpi, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, cit., 430; La China, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2004, 252; Fazzalari, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. Arb.*, 2002, 446; Ricci, op. cit., 517; Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. Dir. proc.*, 2003, 705; Corsini, 1023 ss.; Soldati, in Amadei – Soldati, *Il processo societario*, Milano, 2003, 152; Morera, op. cit., 314; Fondazione Aristeia, *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie: arbitrato e conciliazione nella riforma del diritto societario*, cit., 13; D'Alessio, *I procedimenti in materia societaria, bancaria e finanziaria – d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 – l'arbitrato*, *Tratto da Modulo Ipsoa - Riforma societaria*, Milano, 2003 reperibile sul sito [www.ipsoa.it/Isonline](http://www.ipsoa.it/Isonline), 10 s.; Morleo, *L'arbitrato e la conciliazione stragiudiziale nel d.lgs. n. 5/2003. Spunti di riflessione sulle controversie in ambito cooperativo*, in *Coop. e consorzi*, 2003, 108; Bove, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. Civ.*, 2003, II, 473 ss.; Miccolis, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, in Di Cagno (a cura di) *La riforma del diritto societario*, Bari, 2004, 418; Rordorf, *I sistemi di amministrazione e controllo nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 664 ss.; Ruffini, *La riforma dell'arbitrato societario nel decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5*, in *Riv. Trim. dir. e proc. Civ.*, 2004, 495 ss.; Stesuri, *Gli arbitrati societari*, Torino, 2005, 186; Ventura, *L'arbitrato e la conciliazione stragiudiziale*, rinvenibile sul sito [www.ordineavvocatorino.it](http://www.ordineavvocatorino.it), 8; Brunelli, *Clausole compromissorie, dell'arbitrato e della conciliazione giudiziale*, in Bortoluzzi (a cura di), *La riforma delle società. Aspetti applicativi*, Torino, 2004, 458; Corapi, *Note sull'art. 37 del D.Lgs. di attuazione dell'art. 12 della L. n. 366/2002*, in *Convegno su "conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie"*, Roma, 2003, 93 ss.; Spada, op. cit., 500; Colantuoni, *Commento all'art. 37*, in *AA.VV.*, *Procedimenti*, in Lo Cascio (a cura di) *La riforma del diritto societario*, , 2, Milano, 2003, 462; Auletta, *Commento agli artt. 34 – 37*, in Sassoni (a cura di) *La riforma della società – Il processo*, in *Le nuove leggi del diritto dell'economia*, diretto da Sandulli e Santoro, 5, Torino, 2003, 354; Costantino, *L'arbitrato «societario» secondo il d.leg. 17 gennaio 2003, n. 5*, in *Guida normativa*, 2003, 1; Perago, *La sospensiva delle delibere nelle società di persone tra potere cautelare dell'a.g.o. e dell'arbitro*, rinvenibile sul sito [www.judicium.org](http://www.judicium.org); Caccavale, *L'amministrazione nelle società a responsabilità limitata in Consiglio Nazionale del Notariato, Studi sulla riforma del diritto societario*, Milano, 2004, 742 s.; ; Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 2003, 929 ss. Quest'ultima suggerisce di vagliare l'opportunità di combinare insieme l'arbitrato degli artt. 34 ss. e l'arbitraggio dell'art. 37, con evidenti vantaggi di

coordinamento, soprattutto nei casi in cui la linea di confine fra i due tipi di controversie non sia così netta. Si può, cioè, prevedere, nello statuto delle società di persone e a responsabilità limitata, un doppio meccanismo: conferire agli arbitri, oltre che la risoluzione delle liti, anche il potere di risolvere i conflitti di gestione, similmente a quanto accade nella prassi quando all'opzione arbitrale è collegato il potere di rinegoziare i patti contrattuali. In giurisprudenza, Trib. Trento, ord. 8 aprile 2004, rinvenibile sul sito [www.judicium.org](http://www.judicium.org). Contra, e per una sostanziale riconducibilità all'arbitrato irrituale, seppur mai esplicitamente, Arieta – De Santis, op. cit., 687 ss., che afferma costantemente l'applicabilità per analogia della disciplina dell'arbitrato libero.

- 10) Cass. 25 giugno 1983, n. 4364; Cass. 28 luglio 1995, n. 8289, in *Studium iuris*, 1996, 619.
- 11) Bianca, *Diritto civile*, III, Milano, 1992, 330.
- 12) Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996, 849; Carpi – Zucconi Galli Fonseca, in Carpi (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2001, 76 s.; Crisculo, voce *Arbitraggio e perizia contrattuale*, in *Enc. Dir.*, agg., IV, Milano, 2000, 71 s.; Verde, *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2000, 39; in chiave di ricostruzione storica delle diverse tesi sulla distinzione fra le due figure, Bove, *La perizia arbitrale*, Torino, 2001, 10 ss. In giurisprudenza, Cass. 19 aprile 2002, n. 5707, in *Giust. Civ.*, 2003, I, 2936.
- 13) Corsini, op. cit., 1025, dal quale sono tratti i rilievi che seguono.
- 14) Morera, op. cit., 314.
- 15) Festi, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, 59; Zuddas, *L'arbitraggio*, Napoli, 1992, 76 ss.
- 16) Guidotti, op. cit., 35 e s., dal quale sono tratti i rilievi che seguono.
- 17) Corsini, op. cit., 1026, riprendendo le opinioni di Carnelutti e di Satta pur divergenti sulla natura contrattuale o giurisdizionale dell'arbitraggio.
- 18) Zucconi Galli Fonseca, op. cit., 971; Corsini, op. cit., 1027 ss.
- 19) Campobasso, *Diritto commerciale*, II, 3a ed., Torino, 1995, 78
- 20) Ferri, *Delle società*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 2247-2324, Bologna-Roma, 1981, 195
- 21) Corsini, op. cit., 1027 s.
- 22) Ferri G., op. cit., 195.
- 23) Corsini, op. cit., 1027 ss., il quale, fuori dell'ambito societario, vi enumera anche l'art. 1474 c.c., che in tema di determinazione del giusto prezzo della vendita prevede che questo, in mancanza di accordo, sia determinato da un terzo eletto nel contratto o da eleggere posteriormente, o dal presidente del tribunale del luogo in cui è stato concluso il contratto, norma che presuppone non solo una fattispecie negoziale incompleta, ma anche la divergenza (mancanza di accordo) fra le parti; nonché l'art. 2 del D.Lgs. 24 giugno 1998, n. 213, che prevede un arbitraggio per l'ipotesi in cui i parametri finanziari di indicizzazione, venuti meno a seguito dell'introduzione dell'euro, non siano automaticamente sostituiti da quelli nuovi e manchi un accordo fra le parti.
- 24) Corsini, op. cit., 1029, che in definitiva sembra escludere anche la riconducibilità all'arbitraggio.
- 25) Miccolis, op. cit., 418.
- 26) Corsini, op. cit., 1029; Guidotti, op. cit., 36.
- 27) Cabras, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del diritto societario*, in *Vita not.*, 2003, 563 ss., il quale ritiene che anche nelle s.p.a., nel rispetto delle competenze esclusive degli organi amministrativi, possano introdursi ugualmente sistemi per ovviare alle situazioni di stallo decisionale, ancorché l'operatività di simili clausole debba affidarsi al diritto societario comune e non possa beneficiare della specifica disciplina del d. lgs. n. 5
- 28) Corsini, op. cit., 1014 s.; Guidotti, op. cit., 36; Fondazione Aristeia, *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie: arbitrato e conciliazione nella riforma del diritto societario*, cit., 13.
- 29) Sulla cui ammissibilità, Trib. Napoli, 21 giugno 1996, in *Società*, 1997, 71, De Marchi, In tema di organo amministrativo composto di due membri, in *Riv. Soc.*, 1963, 314; Minervini, *Gli amministratori di società per azioni*, Torino, 1956, 386; Bonelli, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 21; Bianchi, *Gli amministratori di società di capitale*, Padova, 1998, 4. Contra, Franzoni, *Gli amministratori e i sindaci*, Torino, 2002, 208.
- 30) Come sostenuto da Corsini, op. cit., 1014 s. Sulla ammissibilità della clausola casting vote, App. Milano, 2 aprile 1973, in *Riv. notar.*, 1973, 963; Orientamento Trib. Milano, 1976; Orientamento Trib. Bologna 1995
- 31) Trib. Milano, 18 luglio 1984, in *Giur. comm.*, 1985, I, 653, con nota di Calandra Bonaura, *Amministrazione bipersonale, metodo collegiale e clausola di prevalenza del voto del presidente*; Trib. Napoli, 21 giugno 1996, cit.. Orientamento Trib. Brescia, 1992; Orientamento Trib. Milano, in *Società*, 2000, 387. Secondo Trib. Bologna, 23 febbraio 1996, in caso di c.d.a. bipersonale, non è omologabile l'atto costitutivo il quale preveda che le deliberazioni siano adottate a maggioranza. Tale regola, se non ulteriormente specificata, contrasta con il metodo maggioritario che, comunque, deve disciplinare i quorum costitutivi e deliberativi e con il principio di ordinato funzionamento dell'organo societario, a meno che non sia espressamente prevista la necessità della regola dell'unanimità, è pertanto lecita l'esplicitazione del correlativo principio per cui, in caso di parità di voti e c.d.a. composto di due soli membri la delibera debba intendersi respinta; contrasta invece con il principio maggioritario il ricorso, nella medesima ipotesi di due componenti, al criterio del casting vote, con il quale, in caso di parità di voto, si attribuisca efficacia prevalente alla manifestazione volitiva espressa dal presidente o da altro membro, ciò significando l'elusione del principio di collegialità.
- 32) Trib. Cassino, 21 giugno 1991, in *Società*, 1992, 82. Secondo gli Orientamenti del Trib. Milano, tuttavia, legittima la previsione statutaria che le delibere del consiglio di amministrazione di una s.r.l. debbano essere assunte in presenza di tutti i componenti e, per determinati oggetti, all'unanimità. Per consolidata giurisprudenza si ritiene che la deroga statutaria al principio di maggioranza, prevista dal secondo comma dell'art. 2388 c.c., trovi un limite nel divieto di previsione dell'unanimità dei

voti: la clausola che imponesse al consiglio di amministrazione di decidere all'unanimità viene infatti considerata incompatibile con il principio di collegialità, oltre a porre l'organo di gestione in condizione di poter difficilmente funzionare con regolarità. Il principio potrebbe non operare nelle società a responsabilità limitata: sotto il profilo storico dell'istituto si osserva infatti che l'unanimità costituisce la massima espressione di democraticità; dal punto di vista formale si rileva che l'art. 2487 non richiama l'art. 2380 e dunque che, quando la gestione è affidata a più amministratori, questi possono operare anche non collegialmente; dal punto di vista strutturale si fa leva sull'aspetto personalistico delle s.r.l. e sul fatto che la maggioranza come l'unanimità sono semplici regole di funzionamento dell'organo; l'unanimità poi non paralizzerebbe l'attività sociale perché resterebbe salva la possibilità di un intervento assembleare ex art. 2364, n. 4; infine l'unanimità è implicita in un consiglio di due persone, sulla cui legittimità non sussistono seri dubbi. Tenendo conto di queste ragioni e delle consistenti contrarie argomentazioni, si ritiene che debba tenersi conto delle esigenze concrete manifestate da soci di s.r.l. e quindi possano considerarsi legittime le previsioni di unanimità sia per il quorum costitutivo che per quello deliberativo, purché quest'ultimo sia limitato soltanto alle decisioni su specifici argomenti di particolare rilevanza per la società: in questo modo si consente ai soci di una s.r.l. di partecipare tutti alle riunioni di consiglio e di impegnarsi per trovare il consenso sulle scelte più importanti.

- 33)** Va comunque considerato che l'inderogabilità presenta alcuni temperamenti: a) il metodo collegiale si applica solo in relazione alle funzioni di amministrazione interna del consiglio di amministrazione, cioè alla sua attività deliberativa, non anche alla amministrazione esterna, cioè alla rappresentanza all'esterno della società, che viene esercitata individualmente, congiuntamente o disgiuntamente dal o dagli amministratori cui è stato conferito il potere di rappresentanza; b) v'è la facoltà del consiglio di amministrazione di delegare ad un amministratore delegato o a più amministratori delegati disgiuntamente (senza vincolo di collegialità) parte delle proprie funzioni nei limiti di cui all'art. 2381, comma 4; vi sono alcune funzioni comunque sottratte all'obbligo di esercizio con metodo collegiale perché attribuite direttamente a ciascun amministratore individualmente, come il diritto di chiedere informazione agli organi delegati (art. 2381, ultimo comma) e il diritto per gli amministratori dissenzienti di impugnare la deliberazione del consiglio di amministrazione presa non conformemente alla legge o allo statuto (De Feo, sub art. 2380 *bis*, in Bonfante, Corapi, Marziale, Rordorf, Salafia (a cura di), Codice commentato delle nuove società, Milano, 2004, 366).
- 34)** Cass. 5 settembre 1995, n. 9364; Cass. 21 agosto 1991, n. 8976, in Giust. Civ., 1992, I, 1307.
- 35)** Galgano, Il nuovo diritto societario, Padova, 2003, 256; Aimi, Le delibere del consiglio di amministrazione, Milano, 2000, 62; Cagnasso, L'amministrazione collegiale e la delega, in Tratt. Colombo-Portale, IV, Torino, 1991, 251; Franzoni, op. cit., 206 ss.; Cecchi, Gli amministratori di società di capitali, Milano, 1999, 79 ss.; Minervini, op. cit., 387; Campobasso, Diritto commerciale, II, cit., 355. Sul punto vedi anche Stella Richter Jr., La collegialità del consiglio di amministrazione, in Libonati (a cura di), Amministrazione e amministratori di società per azioni, Milano, 1995, 291 ss. Contra, Bonelli, op. cit., 26 s.
- 36)** Diverse sono le ricostruzioni sul fondamento del principio di collegialità. Secondo alcuni lo scopo perseguito sarebbe quello di creare un affiatato gruppo dirigente in una situazione in cui i soci, per potersi avvalere di specifiche competenze e professionalità espresse dai singoli amministratori, hanno deciso di attribuire l'amministrazione della società ad una pluralità di persone (Weigmann, Responsabilità e potere legittimo degli amministratori, Torino, 1974, 93). Per altri la funzione della collegialità viene individuata nella necessità di garantire l'unità della gestione, attraverso un sistema che consenta di determinare in modo unitario e non contraddittorio la volontà dell'organo amministrativo (Zanarone, La clausola di amministrazione disgiuntiva nelle società a responsabilità limitata, in Riv. Soc., 1979, 138). Secondo altri ancora, la ratio della collegialità risiede nella responsabilità solidale in caso di danni derivanti dall'inosservanza dei propri doveri da parte degli amministratori e quindi nella necessità che le decisioni in materia gestoria vengano adottate con la massima ponderazione e meditazione (Grippio, Deliberazione e collegialità nelle società per azioni, in Quaderni Giur. comm., Milano, 1979, 133). Per queste indicazioni, De Feo, sub art. 2380 *bis*, cit., 364 s.
- 37)** Corsini, op. cit., 1014, riprendendo le parole di Calandra Bonaura, Amministrazione disgiuntiva e società di capitali, Milano, 1984, 42 ss.
- 38)** Nel senso che la situazione di impasse gestionale possa verificarsi anche nelle società con organi collegiali che decidono a maggioranza, Guidotti, op. cit., 37 e Morera, op. cit., 316.
- 39)** È ben difficile ipotizzare, infatti, che la società sia dotata di un consiglio di amministrazione bipersonale.
- 40)** Sul punto, Corsini, op. cit., 1015. Fra coloro che escludono che l'incapacità di funzionamento del consiglio di amministrazione integri una causa di scioglimento della società, Niccolini, Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni, in Tratt. Colombo – Portale, 7\*\*\*, Torino, 1997, 277 ss.; Santini, sub artt. 2472 – 2497 *bis*, in Comm. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1992, 335; Porzio, L'estinzione della società per azioni, Napoli, 1959, 66 s. Nel senso che il mancato funzionamento degli organi amministrativi integri una causa di scioglimento della società, Montagnani, Disfunzioni dell'organo deliberativo e impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale, Milano, 1993, 203 ss.; Id., sub art. 2368-2369, in Commentario Niccolini – Stagno d'Alcontres – Società di capitali, Napoli, 2004, 468 ss.
- 41)** Sul principio di esclusiva spettanza della gestione dell'impresa in capo agli amministratori, in particolare, Abriani, sub art. 2380-*bis*, in Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, il nuovo diritto societario, commentario, \*, Bologna, 2004, 671 s.
- 42)** Fondazione Aristeia, Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie: arbitrato e conciliazione nella riforma del diritto societario, cit., 13; Corsini, op. cit., 1014.

- 43) Sul rinvio alla disciplina delle società di capitali, Petrelli, *Le cooperative nella riforma del diritto societario. Analisi di alcuni aspetti controversi*, in corso di pubblicazione in Consiglio Nazionale del Notariato, Studi e materiali in tema di riforma delle società cooperative, Milano, 2005.
- 44) Così Petrelli, op. cit.
- 45) Ancora Petrelli, cit.
- 46) In tal senso anche Guidotti, op. cit., 37.
- 47) Petrelli, op. cit.
- 48) Si pensi alle cooperative di lavoro, per quali, in forza dell'art. 1, comma 2, della legge 3 aprile 2001 n. 142 (i soci lavoratori di cooperativa "concorrono alla gestione dell'impresa partecipando alla formazione degli organi sociali e alla definizione della struttura di direzione e conduzione dell'impresa", "partecipano alla elaborazione di programmi di sviluppo e alle decisioni concernenti le scelte strategiche, nonché alla realizzazione dei processi produttivi dell'azienda", "partecipano al rischio d'impresa, ai risultati economici ed alle decisioni sulla loro destinazione") e delle norme della contrattazione collettiva del settore, si attua una gestione in forma associata dell'impresa sociale, cui partecipano tutti i soci cooperatori, a prescindere dalla sussistenza attuale di un rapporto di lavoro con la cooperativa
- 49) Petrelli, op. cit.,
- 50) Secondo la giurisprudenza, l'impossibilità di funzionamento della società deve risultare in modo obiettivo e prescindere da qualsiasi responsabilità dei soci circa le cause del dissidio e dell'inattività (App. Milano, 25 ottobre 1991, in *Società*, 1992, 1073, con nota di Morano). Costituisce causa di scioglimento del rapporto sociale riconducibile all'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale, e non giusta causa di recesso del socio, il dissidio insanabile tra i soci che preclude in via permanente la formazione della volontà sociale ai fini della gestione dell'attività, del compimento delle operazioni sociali e dell'osservanza dei patti sociali per Trib. Napoli, 26 marzo 2003, in *Giur. Mer.*, 2003, I, 1099; App. Firenze, 19 maggio 2000, in *Foro tosc.*, 2001, 145; Trib. Roma, 9 novembre 1999, in *Giur. it.*, 2000, 787; Trib. Milano, 10 giugno 1999, in *Vita not.*, 2000, 982; App. Milano, 25 ottobre 1991, cit.; Trib. Ascoli Piceno, 14 giugno 1988, in *Società*, 1988, 1256, con nota di Marcinkiewicz; App. Cagliari, 28 febbraio 1985, in *Riv. Giur. sarda*, 1986, 349; Trib. Roma, 28 novembre 1984, in *Società*, 1985, 1180; Trib. Catania, 24 ottobre 1981, in *Sent.*, 1981, 203; App. Bari, 28 maggio 1979, in *Banca e borsa*, 1983, II, 65; Trib. Roma, 16 maggio 1978, in *Giur. comm.*, 1979, I, 1113; Trib. Trani, 25 luglio 1978, in *Banca e borsa*, 1983, II, 65. Numerose anche le pronunce di legittimità in tal senso: Cass. 2 giugno 1983, n. 3779, in *Foro it.*, 1984, I, 1947; Cass. 14 febbraio 1984, n. 1122, in *Dir. fall.*, 1984, II, 428; Cass. 13 gennaio 1987, n. 134, in *Giust. Civ.*, 1987, I, 843; Cass. 15 luglio 1996, n. 6410, in *Società*, 1997, 37, con nota di Soldati; Cass. 22 agosto 2001, n. 11185, in *Dir. fall.*, 2002, II, 19, con nota di Maceroni; Cass. 10 settembre 2004, n. 18243. In dottrina, per tutti, Campobasso, op. cit., 118; Ferri, *Delle società*, Torino, 1987, 256.
- 51) Lubrano, *Insanabile dissidio tra i soci di società di persone, prevalenza dello scioglimento del vincolo particolare e modalità di liquidazione della quota*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 868 ss.
- 52) Sull'amministrazione delle società di persone, Cagnasso, *La società semplice*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1998, 146 ss.; Galgano, *Diritto commerciale*, II, *Le società*, Bologna, 1997, 58 ss.; Id., *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Padova, 1960; Id., *Degli amministratori di società personali*, Padova, 1963; Salafia, *L'amministrazione delle società personali*, in *Società*, 1999, 1285 ss.; Belviso, *Contratto di società e contratto di amministrazione nelle società di persone*, in *Riv. Soc.*, 2001, 713 ss.; Ghidini, *Società semplice*, in *Enc. Giur.*, XXXIX, Roma, 1993, 16 ss.; Id., *Le società personali*, Padova, 1973, 359 ss.; Bussoletti, *Società semplice*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1990, 917 ss.; Mignoli – Nobili, *Amministratori (di società)*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, 131 s.; Vassalli, *Responsabilità d'impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, Milano, 1973, passim; Venditti, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, 1955, passim; Libonati, *L'amministratore non socio di società in nome collettivo*, in *Riv. Dir. comm.*, 1965, I, 426 ss.; Di Sabato, *Società in generale. Società di persone*, in *Tratt. Perlingieri*, Napoli, 2005, 159 ss.; Cottino – Sarale – Weigmann, *Società di persone e consorzi*, in *Tratt. Cottino*, Padova, 2004, 137 ss.; Mironi, *Il procedimento deliberativo nelle società di persone*, Torino, 1998, passim.; Taurini, *Adozione del metodo assembleare per la formazione della volontà dei soci nelle società personali*, in *Società*, 2003, 36 ss.
- 53) Cottino – Sarale – Weigmann, op. cit., 145.
- 54) E quindi certamente non all'accomandante e neppure ai soci non amministratori diversi dall'accomandante (Cagnasso, op. cit., 146; Galgano, *Degli amministratori di società personali*, cit., 31).
- 55) Cottino, *Diritto commerciale*, I, 2, Padova, 1994, 167; Ferri, *Delle società*, sub artt. 2247-2324, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, 150; Galgano, *Diritto commerciale*, II, Bologna, 1996, 71; Buonocore, *Società in nome collettivo*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1995, 104; Ghidini, *Società semplice*, cit., 16. In giurisprudenza, Trib. Monza, 10 aprile 1990, in *Foro pad.*, 1991, I, 200; Trib. Napoli, 7 ottobre 1986, in *Società*, 1987, 389, con nota di Morano. Secondo la giurisprudenza di legittimità, l'unanimità o la maggioranza richieste per le decisioni nelle società di persone possono essere raggiunte attraverso la raccolta dei consensi dei singoli soci, anche separatamente, non essendo necessaria una riunione convocata preliminarmente, la concessione ai soci di un termine o la predeterminazione degli argomenti (Cass. 10 maggio 1984, n. 2860; Cass. 15 luglio 1996, n. 6394, in *Società*, 1996, 1410). Una parte minoritaria della dottrina ritiene che il metodo collegiale trovi applicazione in ogni gruppo organizzato, quindi anche nelle società di persone: in questo ambito alcuni sostengono che il metodo collegiale si applichi per tutte le decisioni sociali (Bolaffi, *La società semplice*, Milano, 1947, 242 e 302), altri per le sole decisioni da prendersi a maggioranza (Ferrara – Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1996, 303). Per queste indica-

- zioni, Annunziata, sub art. 2252, in Bonilini – Confortini – granelli (a cura di), Codice civile ipertestuale, II, Torino, 2001, 3624.
- 56)** Campobasso, op. cit., 103.
- 57)** Corsini, op. cit., 1019.
- 58)** Considerata essa stessa esercizio di un potere di gestione: Corsini, op. cit., 1019; Ghidini, Società semplice, cit., 18.
- 59)** Ne è un esempio quella suggerita da Guidotti, op. cit., 34: "I contrasti tra coloro che hanno il potere di amministrare in ordine alle decisioni da adottare nella gestione della società, quando determinano l'insorgenza di un dissidio insanabile a causa dell'impossibilità di adottare decisioni, sono deferite ad un arbitratore imparziale nominato su istanza della parte più diligente dal Presidente dell'Ordine dei commercialisti di (...). L'istanza dovrà contenere una indicazione dettagliata del contrasto". Così congegnata, infatti, la clausola può ritenersi applicabile anche laddove il contrasto riguardi appunto la decisione sull'opposizione.
- 60)** In senso dubitativo, sul punto, Guidotti, op. cit., 37; Morera, op. cit., 316. In senso favorevole, Corsini, op. cit., 1033.
- 61)** Basata sulle varie ipotesi di amministrazione nelle società di persone delineate da Di Sabato, op. cit., 160 s.
- 62)** Zanarone, La clausola di amministrazione disgiuntiva nella società a responsabilità limitata, cit., 90; Calandra Buonauro, Amministrazione disgiuntiva e società di capitali, cit., 130 ss.; Id., Ancora sull'amministrazione disgiuntiva nella società a responsabilità limitata, in Giur. comm., 1995, II, 231 ss.; Milone – Lops, L'amministrazione disgiuntiva nelle società a responsabilità limitata, in Dir. fall., 1982, I, 343; Rivolta, La società a responsabilità limitata, in Tratt. Cicu-Messineo, Milano, 1982, 317. In giurisprudenza, App. Firenze, 29 gennaio 1990, in Società, 1990, 927; Trib. Lucca, 17 novembre 1989, ibidem; App. Roma 9 marzo 1975, in Riv. not., 1975, 615; App. Milano, 9 giugno 1971, ivi, 1971, 700.
- 63)** Santini, Società a responsabilità limitata, in Comm. Scialoja-Branca, sub artt. 2472-2497 *bis*, Bologna-Roma, 1992; Ferri, Le società, in Tratt. Vassalli, Torino, 1987, ..; Campobasso, Diritto commerciale, II, cit., ; Gennari, La società a responsabilità limitata, Milano, 1999, 255 ss.; Franzoni, op. cit., 206 ss.
- 64)** Trib. Cosenza, 9 febbraio 1994, in Società, 1994, 671; Trib. Verona, 27 febbraio 1992, in Foro It., 1992, I, 1568; Trib. Novara, 23 novembre 1988, in Giur. it., 1989, I, 2, 368; Trib. Bologna, 3 ottobre 1988, in Società, 1989, 507; Trib. Bologna, 15 febbraio 1995, in Società, 1995, 1223; Trib. Foggia, 27 aprile 1999, in Giur. comm., 2000, II, 32.
- 65)** Così la Relazione governativa.
- 66)** Caccavale, L'amministrazione nelle società a responsabilità limitata in Consiglio Nazionale del Notariato, Studi sulla riforma del diritto societario, Milano, 2004, 705.
- 67)** Corsini, op. cit., 1022.
- 68)** Sulla amministrazione delle società a responsabilità limitata dopo la riforma, Rordorf, I sistemi di amministrazione e controllo nella nuova s.r.l., cit. 664 ss.; Ambrosini, La responsabilità degli amministratori nella nuova s.r.l., in Società, 2004, 293; Benazzo, L'organizzazione della nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari, in Società, 2003, 1062; Buonocore, L'organizzazione interna della società a responsabilità limitata riformata, in Riv. Not., 2004, 589; Nazzicone, L'amministrazione nella nuova società a responsabilità limitata, in Foro it., 2004, I, 2854.
- 69)** Corsini, op. cit., 1042, Guidotti, op. cit., 36.
- 70)** Così Caccavale, op. cit., 743.
- 71)** Ancora Caccavale, op. cit., 743 ss.
- 72)** Ancora Caccavale, op. cit., 744.
- 73)** Corsini, op. cit., 1031.
- 74)** Il computo della maggioranza può avvenire sia prevedendo il voto capitaro che in proporzione alla quota di partecipazione; in assenza di espressa menzione si è sostenuto che la maggioranza vada calcolata per capi (Ferri, Le società, cit., Torino, 1987, 152)
- 75)** App. Bologna, 20 novembre 1993, in Società, 1994, 340.
- 76)** In proposito, Stella Richter, Diritto di recesso e autonomia statutaria, in Consiglio Nazionale del Notariato, Studi sulla riforma del diritto societario, Milano, 2004, 214 ss.
- 77)** Così Corsini, op. cit., 1031 s.; Stesuri, op. cit., 186.
- 78)** Minervini, Risoluzione dei contrasti sulla gestione sociale, in Giur. comm., 2004, I, 882.
- 79)** Fondazione Aristeia, Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie: arbitrato e conciliazione nella riforma del diritto societario, cit., 14.
- 80)** Corsini, op. cit., 1033.
- 81)** Guidotti, op. cit., 37.
- 82)** Guidotti, op. cit., 37.
- 83)** Guidotti, op. cit., 37.
- 84)** Minervini, Risoluzione dei contrasti sulla gestione sociale, cit., 882; Corsini, op. cit., 1034, il quale rileva come, tra l'altro, se i soci non amministratori fossero dotati del potere di risolvere il tipo di conflitti contemplati dall'art. 37, interferirebbero con la gestione della società, il che appare illegittimo salvo il caso di cui all'art. 2257, comma 2. L'Autore, peraltro, rileva come non possa neppure escludersi a priori che il terzo possa essere una persona giuridica particolarmente qualificata, quale una società di consulenza o di revisione, che si occupi anche di strategia di impresa.
- 85)** Morera, op. cit., 316; Corsini, op. cit., 1035; Guidotti, op. cit., 37 s.; Stesuri, op. cit., 186.
- 86)** Corsini, op. cit., 1038.

- 87) Guidotti, op. cit., 38.
- 88) Così Guidotti, op. cit., 38, nonché Morera, op. cit., 322.
- 89) Nella formulazione originaria della norma si utilizzava l'espressione "questioni connesse", mentre in quella definitiva sembrerebbe si sia ristretto il campo con il riferimento alle "questioni collegate".
- 90) Fra i più critici, Rordorf, op. cit., passim, Corsini, op. cit., 1037 il quale ritiene che l'art. 37 comma 3 codifichi in sostanza una ipotesi di responsabilità per fatto altrui, in quanto gli amministratori divengono responsabili per un atto che sono stati obbligati a compiere dagli arbitrali; Ricci, op. cit., 517. Accenna al fenomeno della sostituzione anche la Fondazione Aristeia, Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie: arbitrato e conciliazione nella riforma del diritto societario, cit., 15. Secondo Della Chà, La conciliazione e l'arbitrato in materia di diritto societario, Atti Convegno Paradigma, Milano 10-14 febbraio 2002, è difficile comprendere come della determinazione del terzo sulle questioni connesse possa esserne ottenuta l'esecuzione.
- 91) Morera, op. cit., p. 320; Guidotti, op. cit., 39.
- 92) Come rileva Spada, op. cit., 500, "formule organizzative coerenti con l'attività speculativa comune - che è tuttora al centro del paradigma funzionale di tutti i tipi di società di diritto comune e, quindi, anche della «s.r.l.», benché questa e la «s.p.a.» siano, oggi anche originariamente, compatibili con la unilateralità dell'iniziativa - sembrano ancora esigere che contrasti di gestione siano risolti (a) o facendo prevalere chi più rischia (b) ovvero facendo prevalere «i più» che siano responsabili verso la collettività che li ha nominati della loro diligenza professionale. Laddove l'istanza di arbitraggio non risponde, parrebbe, se non in caso di consapevolezza del danno arrecato alla società nel risolvere «il contrasto» tra amministratori. Nell'integrare nel sistema l'inedita tecnica organizzativa, bisognerebbe studiarla - dunque - di conservare un'area di responsabilità degli amministratori ancorata alla diligenza professionale. Si potrebbe innanzi tutto escludere che la previsione dell'istanza di arbitraggio esoneri gli amministratori dalla responsabilità per i comportamenti omissivi (per l'inerzia o per il ritardo). Si potrebbe, ancora, immaginare che la decisione dell'istanza esoneri da responsabilità per la possibilità alternativa non prescelta. Nel mentre resti ferma la responsabilità per la possibilità alternativa prescelta e - naturalmente - per la sua attuazione; salvo a mettere al riparo da responsabilità l'amministratore che abbia optato per la possibilità alternativa non prescelta".
- 93) Così Guidotti, op. cit., 38; Morera, op. cit., 332.
- 94) Guidotti, op. cit., 38; Corsini, op. cit., 1036, per il quale, il solo fatto che vi sia stato un contrasto composto da un "arbitrato gestionale" costituisce un esimente alla responsabilità di coloro che hanno visto rigettate le proprie tesi al termine della procedura. Spada, op. cit., 501.
- 95) Spada, op. cit., 500.
- 96) Corsini, op. cit., 1035.
- 97) Tale atto, in quanto esercizio di attività valutativa che richiede un previo accordo delle parti al fine di inserirsi nel concreto regolamento negoziale, costituisce una dichiarazione di scienza secondo Vasetti, Arbitraggio irrituale, in Noviss. Dig. It., I, 2, Torino, 1958, 829 s. V. anche Gazzoni, Manuale di diritto privato, Napoli, 1996, 848. Bianca, op. cit., 332, qualifica l'atto di arbitraggio come autonomo atto giuridico.
- 98) In giurisprudenza, Trib. Lanusei, 13 novembre 1989, in Riv. Giur. sarda, 1990, 448. In dottrina, pur partendo da una ricostruzione diversa da quella sostenuta dall'opinione prevalente, Arieta - De Santis, op. cit., 697 ss.
- 99) Arieta - De Santis, op. cit., 697 ss.
- 100) Corsini, op. cit., 1041; Guidotti, op. cit., 39. Rileva Spada, op. cit., 501, come "la regola dell'impugnabilità solo per malafede sembra sottrarre"... "questo segmento del ciclo amministrativo - istituzionalizzabile dall'atto costitutivo - al regime della responsabilità risarcitoria sociale (intendo: a favore della società); e crea una qualche distoma con la necessità funzionale della «attività comune», nella misura nella quale dà spazio ad una realizzazione del programma associativo immune da responsabilità".
- 101) La quale consiste nella presenza di motivi illeciti, quali la corruzione o l'intenzione di nuocere ad una delle parti o la collusione fraudolenta con una di esse (Sacco, Il contratto, in Tratt. Vassalli, Torino, 1975, 560).
- 102) Corsini, op. cit., 1041.
- 103) Nel senso che la decisione diventa definitiva e non può essere impugnata ai sensi dell'ultimo comma si esprime Minervini, op. cit., p. 883; in senso contrario invece Corsini, op. cit., p. 1041. Quest'ultimo ritiene che, ferma restando una diversa volontà statutaria, non sembrano sussistere i presupposti normativi per obbligare il soccombente ad esperire dapprima il reclamo per poi eventualmente ricorrere anche all'art. 1349, comma 2, c.c., per cui rientra nella discrezionalità di chi intende contestare la pronuncia degli arbitrali percorrere l'una o l'altra strada.

*(Riproduzione riservata)*