

LA RISOLUZIONE DI CONTRASTI SULLA GESTIONE DI S.R.L. (OVVERO L'AMMINISTRAZIONE *DE CONSILIO*) *

SOMMARIO: 1. La disposizione. – 2. La comune opinione sulla natura dell'istituto e la sua scaturigine normativa. – 3. Il precedente di «amministrazione arbitrata». – 4. L'«amministrazione arbitrata» può rientrare tra gli «oggetti nuovi» di arbitrato *post* d.lgs. n. 40/2006? – 5. La dimensione processuale di qualunque fenomeno arbitrale. – 6. Il diritto processuale privato e la sua tutela nell'ordinamento statutale. – 7. Arbitrabilità e controllo giurisdizionale dei giudizi privati: *atto* e *procedimento*. – 8. La risoluzione di contrasti sulla gestione come *atto*: la permanente alterità rispetto all'arbitrato e la prossimità logico-concettuale al *consilium sapientis*. – 9. La disciplina dell'amministrazione *de consilio*: prime conseguenze applicative dalle premesse. – 10. *Segue*: le conseguenze ultime.

1. L'art. 37 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, modificato dall'art. 4 d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37, reca «Risoluzione di contrasti sulla gestione di società»:

«1. 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.

2. Gli atti costitutivi possono prevedere che la decisione sia reclamabile davanti ad un collegio, nei termini e con le modalità dagli stessi stabilite.

3. 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.

4. La decisione resa ai sensi del presente articolo è impugnabile a norma dell'articolo 1349, comma secondo, del codice civile.»¹.

(*) Questo saggio è destinato a comporre l'opera di AA.Vv., *La Governance nelle società di capitali a dieci anni dalla loro riforma*, in corso di edizione per Egea, Università Bocconi editore.

(1) Se si esclude l'affermazione parentetica che si legge in Trib. Trento, ord. 8 aprile 2004, in *Riv. arbitrato* 2004, p. 738, con nota di C. PERAGO; in *Giur. it.* 2005, p. 116, con nota di P.L. NELA; e in *Giur. comm.* 2006, p. 497, con nota di S. CERRATO, «l'istituto

2. Basterebbe citare due delle più recenti edizioni della migliore trattatistica del processo civile, e arbitrale in particolare, per giustificare la pregiudiziale estromissione dell'istituto di cui qui ci si occupa dal novero di quelli che possono andare sotto il nome «dell'arbitrato» al quale il Libro IV, Titolo VIII del c.p.c. è dedicato: vuoi Luiso, nel quinto tomo del suo «Diritto processuale civile» appositamente dedicato alla «Risoluzione non giurisdizionale delle controversie» (Milano⁶, 2011), vuoi Punzi, nel suo pluri-articolato «Disegno sistematico dell'arbitrato» (Padova², 2012), non dedicano un rigo solo all'argomento².

Del resto, occupandomi della questione io stesso, anteriormente alla modifica della disciplina sull'arbitrato – quella dovuta al d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 –, avevo osservato che «il senso di alterità dallo schema degli artt. 806 e 808 c.p.c. risiede nel fatto che la clausola in questione non concerne “controversie”, come invece queste disposizioni postulano con riguardo all'arbitrato vero e proprio. Per controversie invero deve intendersi ciò che altrove il codice definisce “cause” (art. 50-*bis*, ad esempio). Viceversa qui manca un conflitto su posizioni di diritto soggettivo che siano regolarmente giustiziabili avanti l'AGO. [...]. Dunque, non si dà il caso di un arbitrato in funzione sostitutiva della giurisdizione statale, ma un sistema alternativo di amministrazione delle s.r.l. nonché delle società di persone. E questo ambito di applicazione deriva soprattutto dal peculiare contesto normativo entro cui la situazione governabile dall'art. 37 d.lgs. n.5/2003 può insorgere. Si tratta degli artt. 2257 e 2258, ora applicabili anche alle s.r.l. (fuori cioè del nucleo di società di persone) a norma dell'art. 2475, terzo comma, c.c., in virtù dei quali l'amministrazione disgiuntiva e quella congiuntiva possono determinare posizioni di stallo della gestione che, attraverso il sistema elaborato, consente di superare i contrasti senza esterna(lizza)re i medesimi. Né la previsione dell'impugnazione a norma dell'art. 1349, secondo comma, della decisione amministrativa che il terzo abbia emanato (eventualmente anche in “secondo grado”) – così rendendosi censurabile la condotta del terzo per “mala fede” – conferma che non si è di fronte a un negozio formato

previsto dall'art. 37 non ha nulla a che vedere con l'arbitrato in senso stretto, dovendosi invece considerare una forma di arbitraggio, come lascia agevolmente intendere il rinvio all'art. 1349 c.c., di cui al comma 4 della disposizione in esame», non constano altre posizioni edite della giurisprudenza.

(2) Né l'ultima dottrina gius-commercialista cambia il senso delle cose: S. CERATO, *La clausola compromissoria nelle società. Profili sostanziali*, Torino, 2012, per esempio, rimane alieno dalla trattazione, neppure per cenno, dell'istituto.

col concorso della volontà altrui (ché in questo caso la impugnazione non avrebbe potuto essere limitata a quella di mala fede) quanto a un atto che costituisce esercizio di un potere che non trova in un diritto la sua origine. Nessun socio ha diritto di imporre la propria determinazione gestoria, ma ha diritto soltanto a che il superamento del contrasto mediante la prestazione del terzo avvenga con condotta di lui immune da mala fede. Nessun giudice può allora pronunciare in via sostitutiva dopo aver posto nel nulla la determinazione del terzo, perché nessuna delle parti ha diritto di conseguire un determinato risultato gestorio. E l'alternativa è – se lo stallo gestorio prosegue – lo scioglimento della società a norma dell'art. 2272, n. 2 e 2284, n. 3 c.c.»³.

«Non è il caso di ricercare la figura di riferimento in diritto sostanziale, così come non appare utile verificare se la minima unità azionabile in sede di arbitrato coincida o meno con ciò che può costituire oggetto di un processo giurisdizionale: anche ammettendo l'arbitrabilità di questioni rilevanti per l'esistenza o il modo di essere di un rapporto giuridico, mai nell'accezione di *questione* potrebbe rientrare la previsione di una determinazione anche arbitraria destinata a spiegare effetti solutori di un contrasto a contenuto non giuridico, ma economico. E lo stesso richiamo all'impugnazione dell'arbitrio mero non immuta la natura della cosa»⁴.

Le opinioni apparivano largamente convergenti sopra tale opzione sistematica: davvero minimi erano gli scostamenti dall'idea che si trattasse, in realtà, di *non-arbitrato*⁵. E, del resto, la legittimazione legi-

(3) L'apprestamento di un rimedio interno, qual è lo stabilimento di un collegio di reclamo della prima determinazione (questa ipoteticamente monocratica o collegiale), preclude l'impugnazione finché il procedimento di fonte statutaria abbia reso definitiva la decisione che conculca l'aspirazione amministrativa di uno dei soggetti muniti di potere amministrativo. In questo senso appare decisiva l'indicazione testuale per cui è sempre una la «decisione [...] impugnabile» di cui al «presente articolo»: *vuoi* che derivi in unico *vuoi* in doppio grado, il regime dell'impugnazione conosce un oggetto declinato invariabilmente al singolare, così rivelando come soltanto il compimento finale delle possibili dinamiche di formazione endo-societaria interessi l'ordinamento giurisdizionale. Di «scelta» rimessa al «soccumbente» parla invece il documento n. 40 della Fondazione Aristeia, *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie: arbitrato e conciliazione nella riforma del diritto societario*, gennaio 2004, § 2.9 (p. 15).

(4) F. AULETTA, *Dell'arbitrato*, in *La riforma delle società. Il processo*, a cura di B. SASSANI, Torino, 2003, p. 354 s.

(5) Cfr., per tutti, F. CORSINI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, in *Il nuovo processo societario*, diretto da S. CHIARLONI, Torino, 2004, p. 1023 ss. Anche se E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrati speciali*, commentario diretto da F. CARPI, Bologna, 2008, p. 150 avvertiva che «se si volessero seguire recenti tendenze dirette a ricondurre nell'alveo dell'arbitrato anche semplici questioni [...], la linea di demarcazione fra i due istituti si farebbe meno netta».

slativa, cioè l'autorizzazione al Governo a porre la norma, non potrebbe che essere rinvenuta nell'art. 12, l. 3 ottobre 2001, n. 366, per cui rimaneva consentito di stabilire la disciplina di «clausole compromissorie, anche in *deroga* agli articoli 806 e 808 del codice di procedura civile, per [...] procedimenti [in] materi[a di] diritto societario», vale a dire che si attribuiva al Governo il potere di creare forme arbitrali altrimenti inibite (almeno per la normativa del tempo) già *ratione obiecti*⁶.

3. Del resto, neppure rappresentava una novità in senso assoluto che forme arbitrali potessero servire ad ammantare entità non veramente giustiziabili, nel senso di avere sostanza diversa da una controversia su posizioni giuridiche soggettive altrimenti deferibile (questa controversia) alla giurisdizione statale e dunque tali (quelle forme) da creare prodotti non conformabili al lodo, benché di novità assoluta si sia detto a proposito della «Risoluzione di contrasti sulla gestione di società»⁷.

Giova qui riferirsi alla vicenda che ha reso a lungo incerto se il procedimento che si teneva presso la Camera di conciliazione e arbitrato per lo sport (poi Tribunale nazionale di arbitrato dello sport), istituita presso il C.O.N.I., avesse natura di arbitrato, e se il relativo provvedimento costituisse lodo (irrituale) come le relative fonti di disciplina stavano a qualificare. Di contro, dal Consiglio di Stato veniva seguita l'alternativa per cui le forme dell'arbitrato non riuscissero capaci di alterare la natura intimamente amministrativa della decisione conclusiva, integrante l'ultimo dei «gradi della giustizia sportiva» e, perciò, provvedimento impugnabile davanti al Giudice amministrativo⁸.

(6) Cfr. M. VIETTI, F. AULETTA, G. LO CASCIO, U. TOMBARI e A. ZOPPINI, *La riforma del diritto societario. Lavori preparatori. Testi e materiali*, Milano, 2006, p. 97.

(7) U. MORERA, *L'«arbitraggio» per la risoluzione dei contrasti gestionali nelle s.r.l.*, in *Analisi giur. economia*, 2003, p. 313, che riferisce il giudizio al diritto dell'impresa. In realtà, anche nell'ambito del diritto delle società il carattere innovativo è dubbio: v. E. FUSCO, *I modelli «alternativi» di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, Quaderni degli Annali dell'Università degli Studi del Molise, Campobasso, 2009, p. 93 s., nota 83.

(8) Non sono mancate prese di posizione divergenti, nel senso di ammettere che il sindacato del T.A.R. avesse a svolgersi, pur dopo la fase di arbitrato, ancora nei confronti del precedente atto della singola Federazione donde il giudizio arbitrale era scaturito. Soltanto in virtù di atti del genere, invero, sarebbe stata creata la giurisdizione esclusiva che, *ratione obiecti*, altrimenti rimaneva più difficile da giustificare, soprattutto perché il lodo successivo veniva espressamente sottratto, quanto alla sua imputazione soggettiva, alla Camera di conciliazione e arbitrato per lo sport e al C.O.N.I., e ne sarebbe mancato in ultimo una chiara base normativa per attribuirne la cognizione al giudice speciale.

Secondo i giudici amministrativi, «l'arbitrato sportivo libero o irituale in sede di ordinamento sportivo (in ipotesi, riferibile pure agli interessi legittimi, oltre che ai diritti soggettivi: si vedano art. 11 l. 241/1990 e art. 3 l. 280/2003) non si sostituisce alla giustizia resa dagli organi giudiziari dello Stato, ma sfocia in un atto – il lodo – avente natura di mero provvedimento amministrativo, espressivo della volontà ultima dell'ordinamento sportivo, conseguente all'esaurimento dei vari gradi interni di gravame. Come tale il lodo, pertanto, ove incidente su interessi legittimi, è soggetto all'ordinario giudizio di legittimità del g. a.»⁹.

Già nell'occasione avevo personalmente tentato di inscrivere la soluzione finale (almeno in termini di riparto di giurisdizione) comunque nel quadro della disciplina dell'arbitrato, aiutato dalla sopravvenuta riforma di quest'ultima per d.lgs. n. 40/2006, cit.

Avevo lì ragionato sopra la natura di determinazione contrattuale del lodo e la relativa azione di annullamento per motivi tipici a norma dell'art. 808-ter c.p.c.; annullamento che può avvenire a opera del «giudice competente» secondo i criteri ordinari e non indeclinabilmente da parte della Corte di appello, in ogni caso senza che a quel Giudice sia automaticamente devoluto il potere di «decide[re] la controversia nel merito» (art. 830, 2° comma, c.p.c.) .

Dunque, il lodo contrattuale che veniva reso presso la Camera poteva risultare sì impugnabile davanti al Tar del Lazio quale «giudice competente», ma chiamandolo a conoscere – e per fini di mero annullamento *ex* art. 808-ter c.p.c. – soltanto «se la convenzione d'arbitrato è invalida, o gli arbitri hanno pronunciato su conclusioni che esorbitano dai suoi limiti», «se gli arbitri non sono stati nominati [...] nei modi stabiliti», «se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro», «se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo», e «se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio» (art. 808-ter, 2° c., c.p.c.).

In breve, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, nella fattispecie, rispondeva al criterio legislativo (art. 3, c. 1, d.l. n. 220/03) che a essa manda soggetto ogni rapporto che scaturisca da

(9) Cons. Stato, VI, 25 gennaio 2007, n. 268, in *Guida dir.* 2007, pp. 9, 90. Sul tema, dopo la fondamentale Corte cost. 11 febbraio 2011, n. 49, v., anche per la bibliografia, G. SANTAGADA, *Le sanzioni disciplinari sportive: se non sono annullabili non sono «atti amministrativi», ma «fatti storici» non arbitrabili e la domanda risarcitoria si propone davanti al giudice ordinario*, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 2519 ss.

atti delle Federazioni sportive, non già al diverso criterio che avrebbe postulato di mandarvi soggette le controversie comunque relative ad atti del C.O.N.I., e ciò in quanto il lodo contrattuale ivi reso tale non avrebbe potuto esser considerato sotto il profilo dell'imputazione soggettiva.

Che, poi, la competenza giurisdizionale in caso di impugnazione del lodo irrituale non possa essere replicata dall'atto, bensì esclusivamente dal sottostante rapporto tra associato e Federazione di appartenenza era fatto palese proprio dall'art. 808-ter c.p.c. là dove rinvia alle regole generali per la selezione del Giudice cui spetta soltanto il potere di annullamento della determinazione che ha risolto la questione e non elegge invece un determinato Giudice per il lodo in sé (come fa il codice per quello rituale, a prescindere dalla materia e dal valore della controversia, e finanche dalla relativa appartenenza del rapporto a questa o quella giurisdizione).

Voglio dire, insomma, che la aumentata capacità ricettiva delle norme che regolano l'arbitrato aveva già consentito di superare una crisi sistemica, quale si veniva determinando a immaginare un procedimento amministrativo in forme arbitrali (ovvero un'atipica *amministrazione arbitrata*¹⁰) concluso da un provvedimento estraneo ai controlli giurisdizionali propri del lodo.

4. Pur senza anticipare gli esiti dell'indagine che intendo focalizzare di qui in avanti sull'art. 37 d.lgs. 5/2003, mi sembra opportuno introdurre, in vista della possibile rimeditazione delle conclusioni di estraneità della relativa materia a quella dell'arbitrato (alle quali ero giunto anch'io), alcune note descrittive della mutata consistenza, ancora per d.lgs. n. 40/2006, cit., dell'oggetto «dell'arbitrato».

Studiando possibili «Oggetti nuovi di arbitrato», scrivevo: «Sono divenute regolarmente "arbitrabili", secondo il codice di procedura civile, le "controversie [...]" che non abbiano per oggetto diritti indisponibili»: ciò per effetto dell'art. 20 d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 (che ha modificato, tra gli altri, l'art. 806 c.p.c.). In più, "controversie arbitrabili" sono dichiarate anche quelle "relative a uno o più rapporti non contrattuali" (art. 808-bis), cioè da "altro atto o fatto idoneo a produr[re] obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico".

(10) Come noto, proprio di *amministrazione arbitrata* (L') si legge, a proposito dell'istituto disciplinato nell'art. 37 d.lgs. n. 5/2003, cit., nel titolo del contributo di P. SPADA, in *Liber amicorum G.F. Campobasso*, I, Torino, 2005, p. 255.

Vien fatto di domandarsi, allora, quale sia, adesso, il possibile “oggetto della controversia” (art. 807, 1° comma); infatti, l’implicito rinvio a “diritti che formano oggetto della lite” (art. 1966, 1° comma, c.c.) – rinvio che un tempo era contenuto nel divieto di arbitrato per tutte le “altre [controversie] che non possono formare oggetto di transazione” (art. 806 nel testo anteriore alla riforma attuata per d.lgs. n. 40/2006, cit.) – non è ulteriormente presente nel testo della disposizione, sicché finisce per mancare ogni positiva indicazione nel senso che deve trattarsi, comunque, di “diritti”».

«I “diritti” costituiscono con gli “interessi legittimi” la coppia che, sotto il profilo costituzionale, attua le condizioni di necessarietà e sufficienza dell’“agire in giudizio” (art. 24); vuol dire che “l’organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia” (art. 110 Cost.) è necessario e (ma anche) sufficiente che a queste posizioni soggettive assicurino tutela, appunto, senza escludere tuttavia che la “funzione giurisdizionale” possa esercitarsi anche in relazione a posizioni diverse o inferiori alle suddette. Dunque, è ben possibile che si dia *giurisdizione volontaria* nel senso che il legislatore ordinario – pur senza essere necessitato dalla Costituzione – affida la tutela di (determinati) interessi (individuali o meno) all’“ordinamento giurisdizionale”, il che viene facendo, perciò, volontariamente. Tant’è che anche “la procedura camerale è stata concepita per la tutela non tanto di posizioni giuridiche soggettive riconducibili a diritti o *status* quanto più in generale a generici interessi in capo a singoli individui o determinate collettività la cui tutelabilità è rimessa ad una valutazione discrezionale del legislatore».

Qui, in un variegato contesto di ipotesi esaminate, allora, mi era sembrato – tra l’altro – di poter ammettere «la tendenziale arbitrabilità anche di giudizi su fatti», oltre che di quelli sull’interesse legittimo¹¹.

5. Sennonché, l’argomento ricavato dalla «efficacia del lodo», siccome fatta uguale a «gli effetti della sentenza», prospetta – non diversamente, sotto il profilo logico-concettuale, da quanto fa per l’arbitrato irrituale l’art. 808-ter c.p.c. col promuovere quale suo esito necessario una «determinazione contrattuale» – profili ulteriori d’indagine.

(11) Le parole del testo sono tratte da F. AULETTA, *Oggetti nuovi di arbitrato? Prime note sopra un emergente «diritto processuale privato»*, in AA.Vv., *Sull’arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, a cura di F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA e N. RASCIO, Napoli, 2010, p. 35 ss.

Infatti, l'oggetto arbitrabile ha da essere l'oggetto possibile di una «sentenza» o di un «contratt[o]», da cui sembra tornare un criterio di positiva individuazione delle posizioni soggettive suscettibili di arbitrato ovvero delle questioni più in generale elevabili a materia di lodo.

In sintesi, dato che finanche il «contenuto del contratto» non può andare alieno da uno degli «interessi meritevoli di tutela» (art. 1322 c.c.), e che la «tutela» può tuttavia mancare per ciò che sia altro da «diritti e interessi legittimi» (art. 24 Cost.), «contratto» e «sentenza» (quest'ultima quale atto che sostanzia la «tutela»), nella misura in cui di ciascuno dei rispettivi effetti deve sempre potersi stabilire l'origine nel lodo, possono svolgere una funzione determinativa dell'oggetto delle controversie arbitrabili impedendo che posizioni soggettive diverse o pure questioni risultino generalmente arbitrabili.

Tant'è che è stato pure sostenuto, per esempio, che «quando all'arbitrato [...] sono devolute [...] controversie (“questioni”) non rilevanti per l'ordinamento statale [...], non ricorrono né un vero arbitrato né un vero lodo secondo l'ordinamento statale, e pertanto non si può affermare la “competenza naturale” della Corte d'appello, che presuppone la deroga alla giurisdizione statale realizzata attraverso il ricorso ad un vero arbitrato [...]. Pertanto, [...] la riscontrata inesistenza, nel caso di specie, di un vero lodo secondo l'ordinamento statale, dovrebbe condurre alla dichiarazione di inammissibilità dell'impugnazione per difetto del provvedimento tipicamente impugnabile»¹².

L'assunto non mi pare condivisibile in assoluto: le volte in cui le parti di una «convenzione» munita della debita forma scritta «a pena di nullità» abbiano stabilito di «far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte», queste potendo finanche risultare relative a «rapporti non contrattuali» (art. 808-*bis*), è evidente come l'unico (oggetto di) «contratto» che venga in rilievo è soltanto quello di «far decidere da arbitri le controversie», senza che la natura di altre posizioni soggettive o delle questioni da «far decidere» possa presentare alcuna priorità logica. Dunque, il contratto compromissorio (che, peraltro, mai postulerebbe l'«esistenza effettiva», ma sempre e soltanto l'eventuale «affermazione» di un anteriore diritto) è dotato *ex lege* di autonoma «meritevole[zza]», e per risultare pienamente «tutela[to]» in quanto tale (cioè nella sua essenza di strumento attributivo di diritti procedi-

(12) A.M. MARZOCCO, *Sulla natura e sul regime di impugnazione del lodo reso negli arbitrati presso il Tribunale nazionale di arbitrato per lo sport*, in *Rass. dir. econ. sport*, 2010, p. 104 ss.

mentali) non può veder negato che sui «requisiti» e gli «effetti» del medesimo sempre possa pronunciare l'A.G. anche con «sentenza passata in giudicato» (art. 813-ter, 4° comma, c.p.c.).

Dunque, la pretesa all'annullabilità del lodo irrituale «secondo le disposizioni del libro I» del codice di procedura ovvero alla «impugnazione per nullità» del lodo rituale costituiscono inalienabili forme di tutela della stessa «convenzione di arbitrato», e non degli interessi sostantivi per i quali «le controversie [sono] insorte». Di qui consegue che la prestazione giurisdizionale volta a rescindere il lodo è innegabile (*i.e.* ammissibile) dal giudice presso il quale è impugnata la decisione degli arbitri, mentre l'irrelevanza degli interessi in conflitto o l'insufficienza della questione a farsi di per sé (anche) oggetto di processo giurisdizionale costituiranno elementi impeditivi soltanto dell'esercizio del potere rescissorio conseguente all'annullamento o alla nullità¹³.

In definitiva, «assumere che se l'oggetto dell'arbitrato è altro da un diritto o un interesse legittimo, il lodo non è giustiziabile, appare dimentico (almeno) della dimensione processuale di qualunque fenomeno arbitrale, ond'è che davanti ai giudici dello Stato è riconosciuta un'autonoma pretesa all'annullamento (artt. 808-ter e 829 c.p.c.) che è altro da quella di cui si è pur legittimamente giudicato in arbitri (dato che è sicuro non essersi trattato lì di “diritti indisponibili”))»¹⁴.

Del resto, non è (ancora o del tutto) revocabile in dubbio che è data azione anche per interessi non «meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico» – salvo non lasciarne conseguire l'attuazione per le vie di quest'ultimo – perché l'immeritevolezza dell'interesse non altera l'autonomia del potere d'azione quale diritto di conseguire dal giudice un provvedimento non semplicemente in rito¹⁵.

(13) In sintesi, mi sembra anche la posizione di I. PAGNI, *Giurisdizione e arbitrato nell'ordinamento sportivo: le difficoltà di una distinzione*, in AA.Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., p. 602, nota 32.

(14) F. AULETTA, *Oggetti nuovi di arbitrato? Prime note sopra un emergente «diritto processuale privato»*, cit., p. 44.

(15) Cfr. sulle posizioni in antitesi: G. VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012, p. 128, secondo cui «non spetta al giudice sanzionare con la nullità, l'inammissibilità o l'irricevibilità l'atto abusivo, là dove tale sanzione non è prevista»; M.F. GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, p. 53, per la quale – invece – «la sanzione [...] è quella che corrisponde in Francia all'irricevibilità per difetto di interesse ad agire e che nel nostro sistema ho qualificato come carenza di meritevolezza, quale condizione dell'azione». Il tema de *L'abuso del processo* è stato oggetto del XXVIII Convegno nazionale dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile, tenutosi a Urbino nei giorni 23 e 24 settembre 2011, i cui atti risultano editi in Bologna, 2012.

6. La carenza di un diritto sostanziale ultimo significa che dalla convenzione di arbitrato in quanto tale può precipitare un nudo quanto compiuto «diritto processuale privato»; che il sistema legislativo, cioè, protegge il diritto (che i privati hanno possibilità di reciprocamente attribuirsi) a un determinato procedimento per la decisione di contrasti la cui soluzione abbiano liberamente rimesso a terzi, in replica di quell'autonomia tradizionalmente riservata alla manifestazione del potere d'azione.

L'ipotesi sostenuta, insomma, è che residui una costante giustiziabilità, sebbene variabile nella consistenza, presso i giudici dello Stato degli accordi attributivi di diritti procedurali anche in assenza di posizioni o questioni di per sé suscettibili di accesso diretto alla giustizia pubblica.

Certo, deve ammettersi che il legislatore ordinario rimane libero di conformare il livello di meritevolezza della tutela giurisdizionale relativa al diritto processuale privato senza dover rispettare clausole costituzionali di sorta: se l'arbitrato non si pone in funzione alternativa e sostitutiva della giurisdizione dal momento che questa rimane originariamente inaccessibile, è chiaro che neppure in via secondaria questa, ove acceduta, ha da largire garanzie predeterminate.

La convenzione di arbitrato che non accede a diritti soggettivi o interessi legittimi conferisce un diritto processuale alla cui separata tutela non concorrono, però, le garanzie costituzionali che presidiano la giurisdizione in materia di «diritti e interessi legittimi». Ciò vuol dire che vi appare pregiudizialmente impedita la sollevazione di questioni di legittimità in ordine allo *standard* costituzionale del procedimento giurisdizionale che prenda a oggetto un lodo che abbia deciso in materia irrilevante per l'ordinamento generale, fatti salvi i limiti essenziali di «ogni procedimento» e di «ogni processo» (cfr., rispettivamente, artt. 24, 2° comma, 111, 2° comma, Cost.).

Così, per esempio, non sarebbe assicurato il diritto al ricorso in Cassazione che, secondo la stessa Corte, la Costituzione ha riconosciuto soltanto per i portatori di diritti sostanziali, e non meramente processuali atteso che la pronuncia sull'osservanza delle norme sul processo ha la medesima natura dell'atto giurisdizionale cui il processo è preordinato, e non può dunque avere autonoma valenza di provvedimento decisorio e definitivo ¹⁶.

(16) Cfr. R. TISCINI, *Il ricorso straordinario in Cassazione*, Torino, 2005, p. 168.

Tuttavia, se in linea di principio il diritto processuale privato vive senza speciali coperture costituzionali, almeno nell'*an*, neppure può essere pregiudizialmente scartata l'idea che il «riconosc[imento e la] garan[zia]» necessari a tutelare i diritti dell'uomo, specialmente nelle «formazioni sociali», possa determinare un'accidentale insopprimibilità della tutela del diritto processuale privato, come forma di compimento di quel riconoscimento e di quella garanzia che l'autonomia degli individui e dei gruppi organizzati meritano nelle forme di svolgimento delle rispettive determinazioni rilevanti, specialmente quando attingono -come per l'«ordinamento sportivo» prima considerato- un differenziato rango costituzionale (art. 117, 3° comma, Cost.).

7. In tale rinnovata perimetrazione degli oggetti di arbitrato non andrebbe più estromesso pregiudizialmente dal novero di quelli il sistema di decisione dei «contrastisti» di cui all'art. 37 d.lgs. n. 5/2003, cit.: potrebbe infatti trattarsi di convenzione di arbitrato che non accede a diritti soggettivi ma conferisce un diritto processuale a tutela attenuata, concessa dal legislatore quale forma di migliore compimento dell'autonomia dei gruppi organizzati in funzione della libera iniziativa economica quale ulteriore valore di differenziata protezione superiore (art. 41, 1° comma, Cost.).

Del resto, nella dominante cultura giuridica relativa alle c.d. *close corporations* l'asimmetria tra ciò che è azionabile e ciò che è arbitrabile è un dato emergente anche in termini legislativi, che hanno via via permesso «arbitration of controversies irrespective of whether they were subject to court action»¹⁷. E più in generale si è giunti sino alla concettualizzazione secondo la quale «arbitrability is, thus, a specific condition pertaining to the jurisdictional aspect of arbitration agreements, and therefore, it goes beyond the discussion on validity. Arbitrability is a condition precedent for the tribunal to assume jurisdiction over a particular dispute (a jurisdictional requirement), rather than a condition of validity of an arbitration agreement (contractual requirement)»¹⁸.

(17) R.B. O'NEAL e F.H. THOMPSON, *Close Corporations and LLCs: Law and Practice*, West, 3 ed., 2009, vol. 2., Sez. 9-64.

(18) S. BREKOUKAKIS, *On arbitrability: Persisting Misconceptions And New Areas Of Concern*, in Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper n. 20/2009 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1410285) (§ 2.63, p. 38).

In sintesi, seppure la convenzione non concerna un conflitto su posizioni di diritto soggettivo che sia regolarmente giustiziabile avanti l'A.G.O. comunque potrebbe darsi arbitrato: nessun giudice potrà mai pronunciare in via sostitutiva dopo aver posto nel nulla la determinazione del terzo, perché nessuna delle parti ha diritto di conseguire un determinato risultato gestorio (e l'alternativa rimane – se lo stallo gestorio prosegue – lo scioglimento della società a norma dell'art. 2272, n. 2 e 2284, n. 3 c.c.), ma è ammissibile che quel rimedio privato di giustizia non si mantenga esente da un controllo giurisdizionale di validità in forme adeguate.

Tuttavia, a dispetto della verificata possibilità di riconduzione della fattispecie qui indagata nell'ambito dell'arbitrato su «nuovi oggetti», la struttura legale dell'*atto* di cui si discute, avulso da ogni *procedimento* e dalle immanenti garanzie di questo, viene a denunciarne una natura incompatibile con l'esito proprio dell'arbitrato pur quando il relativo oggetto si riconosca riducibile fino a entità non titolate alla cognizione diretta presso la giurisdizione.

Per meglio intendere le ragioni dell'antitesi è dato utilmente ripercorrere la storia di istituti che hanno visto la loro fisionomia normativa venir determinata in diretta dipendenza proprio della collocazione sul versante dell'*atto* ovvero del *procedimento*: congeniale allo studio è il caso del contributo del consulente tecnico al processo civile.

8. Ho motivatamente dissentito dalla dottrina che aveva identificato nel *consilium sapientis* le origini dommatiche della perizia civile perché, tra l'altro, «il *consilium* è scritto, normalmente immotivato, [...], consiste sempre di opinioni individuali nominative anche se deferito a una pluralità di persone, ha un carattere di pre-decisione che esenta il giudice da responsabilità per la sentenza resa *de consilio sapientis*», «al fondo c'è che il *consilium* non è attività ma *atto* istantaneo, un atto geneticamente estraneo alle *dramatis personae*: il *consilium*, cioè, è concepito fuori del processo, non è *processo* se così si intende “ogni” fenomeno di durata che segue da parti e giudice».

Ne ho potuto concludere, sotto il profilo storico, che «non è “sulla base del Duranti” [autore dello *Speculum iudiciale*, di cui il Libro II, parte 2.^{nda} si occupa *De requisitione consilii* nell'attività del giudice: *n.d.r.*] che “nella dottrina italiana” è penetrata l'idea del perito quale “ausilio del giudice”, cioè autore esclusivamente di *giudizi*»¹⁹.

(19) F. AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002, p. 25 s.

Cambiato quanto è da cambiare nelle circostanze che occupano adesso, è il caso di ribadire che la disciplina legale della «Risoluzione di contrasti sulla gestione di società» è ferma alla creazione di un *atto* senz'altro, al quale rimane insensibile l'attività precedente del suo autore, salvo – come nella tradizione del *consilium sapientis* – che questi abbia agito (e se ne dia prova da parte di chi lo afferma) *dolo malo*²⁰: un atto che, in quanto tale, e sempre che sia genuino, non causa responsabilità primarie per il suo autore poiché continua a spettare ad altri *se* determinarsi (la «decisione», anche quella degli amministratori, rimane, infatti «da adottare» pur sempre da parte loro²¹), sebbene – in tal caso – sopra la premessa che intanto il consulente è venuto ponendo: «*consulere* è predisporre il tenore di una delibera quando ciò faccia un soggetto cui non compete propriamente il deliberare. Il soggetto del *consulere* è per sé incompetente alla stessa delibera, o perché affatto estraneo all'organo, oppure perché non si identifica con questo»²².

Il che, nella vicenda che interessa, può avvenire senza che i «più terzi» si esprimano necessariamente in guisa di collegio, né simulatamente, né con opinioni di pari rilevanza, né dovendosi ipotizzare ragioni di incompatibilità speciali data una o più funzioni già svolte (per esempio: non sembra impedita la parità di numero dei terzi, l'attribuzione di un potere di proposta separato da uno di veto, l'assegnazione di una funzione preparatoria distinta da altra finale; né l'identità dei

(20) D. 11.6.3.4: «Idem Pomponius scribit, si propter iudicium adhibitus mentor fraudaverit me in renuntiatione, teneri eum, si ob hoc de iudicio minus tuli: plane si a iudice adhibitus contra me renuntiaverit dolo malo, dubitat an teneri mihi debeat quam magis admittit».

(21) Un'attenta esegesi dell'art. 37 d.lgs. n. 5/2003 impone di distinguere i diversi contesti e, per conseguenza, i distinti significati del lemma «decisione»: nel comma 1, al plurale, esso è riferito non già all'atto del terzo, bensì (e con rapporto di chiara alterità semantica) «alle decisioni da adottare nella gestione delle società», uniformandosi alle scelte lessicali della coeva riforma del codice civile, in cui «decisioni» sono tutte quelle prese per l'«Amministrazione della società» a norma dell'art. 2475 c.c., ed eventualmente dai soci «sulle materie riservate alla loro competenza» a norma dell'art. 2479 c.c.; nel comma 2 e nel comma 3, viceversa, la «decisione» è il vero e proprio atto del terzo, quello «reso ai sensi del presente articolo», il quale è tale nella manifestazione essenziale di dirimere il contrasto, così facendo giustizia tra antagonisti, ma che, potendo dare «indicazioni vincolanti *anche* sulle questioni collegate», rivela come il suo contenuto ultimo rimanga -appunto- quello di dare «indicazioni». Sul significato del vincolo che ne scaturisce, si v. *infra*.

(22) S. CAPRIOLI, *Breve foglio di lumi sul consilium sapientis nel sistema sammarinese*, in I.G.S. *Miscellanea*, 1992, p. 11.

«più terzi» col «collegio» agente in sede di reclamo, il quale postula semplicemente la simultanea determinazione di pari).

Del resto, il «consiglio del savio», com'era detto nell'art. 435 e ss. del Codice toscano, ha resistito fino al XIX secolo, e oltre: quando Chiovenda lesse a Parma, nel 1901, la notissima prolusione su *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*, egli dirà della *requisitio consilii* come uno dei prodromi di istituti ancora a lui coevi²³.

9. Si delineano i contorni di un istituto che non si identifica col-l'arbitrato (non tanto perché non ha per oggetto diritti soggettivi, ma) perché non è disciplinato come *procedimento*, rilevando in quanto *atto* e basta²⁴, come prova il regime di impugnazione che è mutuato da quello dell'arbitraggio per «mero arbitrio»²⁵, cioè di un fenomeno (la cui autonomia appare comunque stabilmente convenuta in dottrina) di formazione istantanea, insensibile al contesto della sua genesi, irripetibile storicamente, soggettivamente insurrogabile nella sua manifestazione e autosufficiente nella posizione degli effetti, come in generale potrebbe risultare – nel genere dei procedimenti – soltanto l'atto terminativo, la «decisione»²⁶; e che, al modo della *requisitio consilii*,

(23) Cfr. *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993, 199, dove il riferimento è agli artt. 881 e 899 c.p.c. che, nell'ambito del procedimento di apertura delle successioni, consentiva transazioni ora al curatore dell'eredità giacente ora all'erede, e però «l'autorità giudiziaria, prima di approvare la transazione, p[oteva] richiedere il parere di uno o più giureconsulti».

(24) Consapevole del punto, G. CABRAS, in *Commentario dei processi societari*, diretto da G. ARIETA e F. DE SANTIS, II, Torino, 2007, p. 960, non sembra trarne le dovute conseguenze e procede per supposizione: «la disposizione parla soltanto della decisione e dei suoi effetti, ma appare evidente che essa costituisce l'esito di un procedimento». Qui va soltanto aggiunto che la natura di procedimento pur quando in linea teorica potesse essere riconosciuta al reclamo, siccome caratterizzato da «termini» e «modalità» rimesse allo stabilimento statutario, non potrebbe determinare conclusioni diverse da quelle prese nel testo dal momento che il reclamo sostanzia una pura eventualità, onde non può trarsi dalla sua ipotetica natura procedimentale la identica natura della fase anteriore, questa sì necessaria e ineludibile, la quale *uno actu* può perfezionarsi.

(25) «La determinazione rimessa al mero arbitrio del terzo non si può impugnare se non provando la sua mala fede. Se manca la determinazione del terzo e le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo». (art. 1349, 2° c., c.c.). «Nel determinare la prestazione il terzo deve tener conto anche delle condizioni generali della produzione a cui il contratto eventualmente abbia riferimento» (3° c.).

(26) Per differenza vien fatto di richiamare la disciplina della determinazione della parte di ciascun socio nei guadagni e nelle perdite nella società semplice, quando rimessa a un terzo, ai sensi dell'art. 2264, 2° comma, c.c.: «La determinazione del terzo può essere impugnata soltanto nei casi previsti dall'articolo 1349 e nel termine

può servire a sottrarre a responsabilità l'autore della decisione amministrativa che, previa la conseguente quanto necessaria determinazione ad agire, vi si sia successivamente conformato.

A mio avviso, infatti, gli amministratori mantengono, pur dopo che «i contrasti» siano stati rimossi per via del parere del terzo (e che, si badi, soltanto ognuno di loro ha il potere di sollecitare), la capacità di determinarsi in autonomia, il che fa risalire ulteriormente a loro la scelta del *se* praticare l'opzione privilegiata dal terzo, eventualmente completata di «indicazioni vincolanti anche sulle questioni collegate con quelle espressamente deferitegli»²⁷: in tal modo, il parere «vincolant[e]» del terzo (che – come in generale per la funzione consultiva – non toglie l'altrui capacità in ordine all'iniziativa in quanto tale, la quale deve principiare anzitutto dalla verifica di permanenza e medesimezza delle ulteriori condizioni che la legittimano pur in aderenza al parere) stimola la rimozione dello stallo perché il protrarsi di quest'ultima situazione sarebbe l'unico elemento dal quale potrebbe ancora dipendere la responsabilità dell'amministratore (salvo che l'opinione del terzo – all'estremo logico – non si attesti proprio sopra il dovere d'inerzia)²⁸.

In questa prospettiva, i soci contraenti il patto statutario – e soltanto loro, non anche i terzi «direttamente danneggiati» (art. 2476, 6° comma, c.c.) o coloro comunque abilitati ad agire contro gli amministratori in guisa di terzi, qual è esemplarmente il curatore fallimenta-

di tre mesi dal giorno in cui il socio, che pretende di esserne leso, ne ha avuto comunicazione»; e così anche la disciplina dell'art. 2603, 4° comma, c.c. che, in tema di consorzi, stabilisce che «Se l'atto costitutivo deferisce la risoluzione di questioni relative alla determinazione delle quote ad una o più persone, le decisioni di queste possono essere impugnate innanzi all' autorità giudiziaria, se sono manifestamente inique od erronee, entro trenta giorni dalla notizia».

(27) Credo di dover fare qui una precisazione interpretativa, anticipando alcuni elementi dell'argomentazione che segue nel testo: cioè, che il «vincol[o]» che scaturisce dal *consilium sapientis* è quello che determina il dovere di considerare equi-ordinate tutte le questioni in ultimo costitutive della determinazione del terzo, che crea anche una reciproca inscindibilità di tali le questioni, che lega insomma la «decisione» sul contrasto propriamente «deferit[o]» alle «indicazioni» sulla materia ritenuta semplicemente «collegata», *ex lege* procurando un' estensione flessibile dei *limiti* del mandato (art. 1711 c.c.) o, meglio, una integrazione variabile dei suoi contenuti «necessari» (art. 1708 c.c.).

(28) L'atto del terzo è una «decisione», secondo l'art. 37, cit.: si tratta di un atto idoneo a novare lo statuto soggettivo dell' amministratore, che riesce modificato nella disciplina almeno processuale della sua responsabilità (presuntivamente esclusa) secondo i contenuti delle «indicazioni vincolanti».

re²⁹ – assumono sopra di sé e per conto della società i rischi dell'immunità dell'amministratore da responsabilità per la scelta condivisa dal «savio». Insomma, il patto statutario è causa di infondatezza della ipotetica domanda di risarcimento dei danni, non certo di inammissibilità dell'azione di responsabilità sociale o del singolo socio³⁰, ma rimane evidente che al «savio» sono deferite «questioni», non pretese individuali: si deve infatti pregiudizialmente respingere, anche in base al testo della disposizione, che possa riprodursi nella materia del contrasto l'antitesi giudiziale tra *oggetto* in senso proprio e mera *questione*, piuttosto dovendosi intendere la materia come suscettibile naturalmente di incremento e di altrettanto naturale composizione di elementi funzionalmente omologhi, con separazione tra gli stessi segnata da quel che è ovvero *non* è espressamente rimesso al terzo ma al primo è inscindibilmente collegato in senso economico.

Il terzo non è costretto entro il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, a lui devono essere consentite opinioni di terza via; il carattere intimamente secondario della soluzione, del resto, è determinato dalla premessa di quest'ultima, costituita da questioni comunque *già* insorte, sicché il terzo non può assurgere al rango di *original formulator of policy* che è esclusivo dell'amministratore³¹,

(29) Per paradigmatiche ipotesi di inerzia gestoria causativa *a*) di «responsabilità di natura extracontrattuale verso i creditori sociali per inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale», cfr. Trib. Milano, 26 aprile 2003, in *Foro pad.* 2003, I, p. 690; ovvero, *b*) di «un pregiudizio diretto al patrimonio sociale e non al patrimonio del socio o del terzo», cfr. Cass. 3 novembre 1983, n. 6469, in *Dir. fall.* 1984, II, p. 90.

(30) Sembra appropriato, qui, il richiamo a quella dottrina statunitense che stima l'inadeguatezza dell'arbitrato in contesti del genere siccome sistema inidoneo alla vera e propria *creazione* di diritti, che invece finisce con l'essere l'effetto del peculiare *consilium sapientis* del quale ci si occupa nel testo: R.B. O'NEAL e F.H. THOMPSON, *op. cit.*, pp. 9-48.

(31) È interessante notare come anche in sistemi di sblocco di estrazione pubblicistica, qual è quello del *provisional director* negli U.S.A., si esclude che questi sia «empowered to make unilateral decisions to maintain the operations of the business» (S. KIM, *The Provisional Director Remedy for Corporate Deadlock: A Proposed Model Statute*, in 60 *Wash. & Lee L. Rev.* 111 (2003), p. 148). Nella letteratura italiana, dove si affaccia il timore anche dell'interposizione fraudolenta nell'amministrazione della società (cfr. G. GUIZZI, *L'amministrazione della s.r.l.*, in *La riforma del diritto societario*, Atti dei seminari tenuti nell'auditorium della Cassa Forense in Roma 12 maggio – 10 luglio 2003, Roma, 2003, p. 516), si trae talora il principio dall'esperienza americana delle *close corporations*; sennonché, è da chiarire che il sistema domestico di risoluzione dello stallo societario nulla ha a che fare con quello statunitense (né con altri di stampo europeo, qual è quello degli artt. 356 ss. del codice civile olandese, su cui v.

con la conseguenza che la funzione della clausola statutaria finisce col-essere quella di immunizzare l'amministratore, nei confronti della società e dei soci, da responsabilità per l'eventuale intrapresa dell'iniziativa *de consilio sapientis*, e sempreché l'iniziativa risulti diligentemente assistita dagli esiti della verifica alla quale egli è comunque chiamato.

Non mi pare che si possa, viceversa, mantenere in capo all'amministratore che abbia così agito, pur nel contrasto determinatosi per via dell'ipotizzata soluzione contraria, la responsabilità per l'attuazione della scelta infine condivisa dal terzo ³², e ciò appunto in ragione della *ratio* più profonda del sistema che intende superare i contrasti: assicurare che, una volta approvata nel suo eventuale modo di essere, della scelta gestoria che sia prevalsa non possa oltremodo essere chiamato a rispondere l'amministratore il quale, pur non essendovi tenuto siccome *l'an* rimane monopolio esclusivo e suscettibile continuamente di rideterminazione da parte di «coloro che hanno il potere di amministrazione», vi si sia comunque conformato. È l'auto-responsabilità dei soci che, per via statutaria (dove l'infungibilità della fonte e l'insurrogabilità della disciplina sostanziale con atti di grado o formazione diversi: delibere, regolamenti *et coetera* ³³), impedisce di conseguire in capo agli stessi e alla società gli effetti di reintegrazione patrimoniale della eventuale responsabilità per la scelta gestoria ³⁴; ed è la scrimi-

P. FABRIS, *Arbitraggio endosocietario e temporary director*, in *Giur. it.*, 2006, p. 1094 ss.), il quale è fondato su normative «that specifically authorize courts to order one of several alternative remedies in cases of shareholder or director deadlock», quale è -tra altri che prevedono l'intervento di terzi- il c.d. *provisional director*: «a neutral third party appointed by the court to the board of directors to act as a tie-breaking director». Questi ha «same rights and power of ordinary directors to vote at meetings» (S. KIM, *op. cit.*, p. 113 s.). Viene, dunque, dall'origine pubblica della nomina (talora possibile «notwithstanding any contrary provision of the article of incorporation or the bylaws or agreement of the shareholders»: p. 118) la naturale conclusione del ruolo che può consistere in ultimo in «deciding in favor of one side to break the tie» (p. 117). Si tratta di «officer of the court», con possibile immunità da responsabilità finanche per decisioni di mala fede siccome l'ombra dell'immunità dei giudici che giunge a ricoprirlo potrebbe essere assai lunga dato che il corpo della prima resiste «even if the judges are alleged to have been corrupt, malicious or negligent» (pp. 118 s., nota 26; per precisazioni si v., però, p. 170). Egli, comunque, «serve[s] for the term and under the conditions prescribed by the court» (p. 146).

(32) Conf. G. CABRAS, *op. cit.*, p. 964.

(33) Conf. U. MORERA, *op. cit.*, p. 317 s.

(34) Secondo G. CABRAS, *op. cit.*, p. 965, la clausola statutaria potrebbe attribuire o meno «vincolatività» alla decisione del terzo, fermo che il sindacato successivo di «legittimità» spetterebbe in ogni caso al singolo amministratore chiamato ad attuare l'indicazione del terzo.

nante che deriva dalla determinazione modale del terzo a consentire il concorso virtuoso, per la rimozione dello stallo, anche dell'amministratore già dissenziente e tuttavia immunizzabile nella prospettiva di promuovere, naturalmente quando *coeteris paribus*, la scelta sopra la quale cada poi il sigillo del terzo³⁵.

A norma degli artt. 2260, 2° comma, e 2476, 1° comma, c.c., l'amministratore che, ferme le altre condizioni, si conformi alle «indicazioni vincolanti» del terzo, a mio avviso, così *regolarmente* «dimostr[a] di essere esent[e] da colpa»³⁶.

Non c'è spazio, nella lettura che si preferisce qui, per conferire ad altri che l'amministratore (e, dunque, neppure al socio, anche quando «rappresent[i] almeno un terzo del capitale sociale»³⁷) il potere di

(35) Trovo singolare quanto immotivata antitesi in G.D. MOSCO, «*Arbitrato economico*» e *funzione amministrativa nella s.r.l.*, in Atti della tavola rotonda «L'arbitrato in materia societaria», organizzata dalla Luiss Guido Carli, dottorato di ricerca in «Diritto degli Affari», presso l'Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna l'8 giugno 2007: «Non ho qui modo di affrontare l'argomento con l'attenzione che merita. Mi limito a sottolineare che le precedenti riflessioni indirizzano verso una perdurante responsabilità dell'amministratore la cui tesi sia stata fatta propria dall'arbitro, potendosi invece considerare l'amministratore la cui tesi sia stata respinta per ciò solo esonerato dalla responsabilità solidale ai sensi dell'art. 2476, comma 1, secondo capoverso, c.c.» (p. 14 del dattiloscritto).

(36) Non esattamente in termini è la ricostruzione di A. RUOTOLO, *La risoluzione dei contrasti nella gestione della società*, Studio n. 5734/I (approvato dalla Commissione Studi d'Impresa del Consiglio Nazionale del Notariato il 15 luglio 2005), § 13. (p. 23). L'A., pur assumendo che «ove la scelta gestionale, seppur avallata dagli arbitri, 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.)», si interroga sulla responsabilità di quegli amministratori la cui scelta gestionale non sia stata recepita dagli arbitri. «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. [...] 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».

(37) *Contra* L. PURPURA, *L' "arbitrato economico" nella S.r.l.*, in *S.r.l. Commentario* dedicato a Giuseppe B. Portale, a cura di A.A. DOLMETTA e G. PRESTI, Milano, 2011, p. 1023. Si può tuttavia convenire che l'opzione per il singolo amministratore di «sottopo[rre] alla [...] approvazione» dei soci «argomenti», così come nella società di persone quella di cui all'art. 2257, 3° comma, c.c. possa essere disciplinata in coordinamento con la clausola di arbitrato economico (sul punto v. anche la meditata opinione di U. MORERA, *op. cit.*, p. 317). R. GUIDOTTI, *La risoluzione dei contrasti sulla gestione delle società*, in *Giur. it.*, 2005, p. 893, non esclude che il potere di deferimento possa competere ai sindaci. A mio giudizio, l'iniziativa di rinunciare nel caso specifico all'autonomia gestoria degli amministratori non può che essere del singolo amministratore poiché lo statuto soggettivo del medesi-

devoluzione del contrasto al terzo: la clausola statutaria – che, incompatibile con la spettanza «esclusiva» del potere di gestione agli amministratori di s.p.a. (art. 2380-*bis*, 2364, 1° c., n. 5, c.c.) e già ritenuta inammissibile per la s.r.l. quando ne mancava l'autorizzazione legislativa³⁸, ancora in ragione dell'esigenza di conservare intatte agli amministratori le prerogative proprie³⁹ – è pensata, sì nell'interesse superiore della società, ma in funzione immediata di liberare il singolo amministratore o dalla responsabilità dello stallo o da quella dell'azione ventura: è, al minimo, una specie del genere dei patti probatori⁴⁰ che gli amministratori convenuti in giudizio hanno facoltà di opporre per «dimostr[are] di essere esenti da colpa» (art. 2260, 2° comma, c.c.). Ciascuno di loro sin dalla fondazione della società risulta così titolato, nell'interesse della società medesima, a superare l'*impasse* assicurandosi che, alienando episodicamente (*i.e.* non fraudolentemente) il contrasto, egli non potrà essere chiamato a rispondere delle conseguenze né dell'inerzia attuale né dell'azione ventura, se intrapresa e mantenu-

mo non potrebbe riuscire diminuito per fatto altrui: la scelta dell'inserimento della clausola per la risoluzione dei contrasti gestori in sede costituente determina effetti depauperativi del patrimonio giuridico dei soci in quanto tali, non già verso gli amministratori (per i quali spiega effetti ampliativi e specificamente autorizzativi), né può applicarsi il principio proprio della clausola compromissoria, soltanto in riferimento alla quale l'art. 34, comma 4, d.lgs. n. 5/2003 stabilisce che «Gli atti costitutivi possono prevedere che la clausola abbia ad oggetto controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti e, in tale caso, essa, a seguito dell'accettazione dell'incarico, è vincolante per costoro». In un contesto argomentativo che replica per l'art. 37 d.lgs. n. 5/2003 le soluzioni applicate al sistema dell'art. 2257, 3° comma, c.c. sulla premessa della loro alternatività, appaiono condivisibili le conclusioni di E. FUSCO, *op. cit.*, p. 92.

(38) In Germania, il § 23, comma 5, *AktG*, stabilisce la c.d. *Satzungsstrenge* (rigore formale dello statuto), per cui è vietato inserire nello statuto clausole atipiche, se non consentito.

(39) Lo ricorda L. PURPURA, *op. cit.*, p. 1019, che censisce l'isolata pronuncia di Trib. Cassino, 21 giugno 1991 e la dottrina che vi aveva aderito. Invece, secondo G. CABRAS, *op. cit.*, p. 958, «l'art. 37 è applicabile [...] a tutte le società di capitali [...] ed alle cooperative». Francamente l'opinione non può essere oltremodo condivisa (almeno) da quando dell'ordinamento è entrato a far parte l'art. 2463-*bis* c.c. e il connesso decreto 23 giugno 2012, n. 138 onde rimane complessivamente regolata la «Società a responsabilità limitata semplificata» e dalla cui previsione la figura dell'art. 37 d.lgs. n. 5/2003 appare già estranea e finanche incompatibile (arg. *ex art.* 2463-*bis*, ult. comma). Diversa, nel senso dell'ammissibilità, sembra essere invece la conclusione da rassegnare per la s.r.l. «a capitale ridotto» di cui dell'art. 44 D.L. 22 giugno 2012, n. 83 convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012 n. 134.

(40) Cfr. T.M. PEZZANI, *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, 2009, p. 57 ss.

ta aderente alle «indicazioni vincolanti» ricevute nell'interesse della società e poi individualmente votate (anche) al fine di rendersi irresponsabili verso la società e i singoli soci.

Il patto fondativo, in sintesi, può privilegiare l'interesse della società assicurando ai responsabili del blocco amministrativo di uscirne, e con un salvacondotto, e così muovendo l'interesse individuale per superare quel blocco, che è il vero detrimento della società da evitare sopra tutto: un sistema, come altri, nel quale l'interesse egoistico si fa motore dell'affermazione di un interesse più alto e superindividuale (vien fatto di pensare alla ricostruzione di Piero Calamandrei del ricorso per cassazione o a quella di Schopenhauer dell'amore di maschio e femmina per la conservazione delle specie).

È consequenziale ammettere, dall'angolo di osservazione che si condivide, che il pure «reclamo» – dopo la ricerca di una prima e insoddisfacente soluzione del contrasto e magari all'esito di indicazioni non persuasive (né, di necessità, da motivare) – rimanga nella disponibilità di coloro ai quali è dato il potere di alienare già una prima volta quel contrasto e così trasferire altrove il potere di *come* decidere: l'amministratore, in altre parole, mentre è esposto alla responsabilità da stallo può, rinunciando alle prerogative sue proprie, rimettere al terzo il responso, adeguandosi al quale sa di riuscire (almeno) immune dalle conseguenze della scelta che dovesse quel responso secondare; e, quando previsto, può ancora interpellare (fuori dei criteri di legittimazione propri delle impugnazioni, e senz'altro replicando la originaria possibilità di accesso all'opinione dell'estraneo) il «collegio» prima di determinarsi: un collegio al quale non pare giustificato sistematicamente oltre che testualmente togliere alcuno dei poteri che siano concessi a quell'«uno o più terzi» cui le «questioni» possono venir portate in prima istanza. Ma inevitabile è soltanto pensare che tale «collegio» sia composto di persone fisiche, mentre nulla sta a impedire che il «soggetto» da interpellare in prime cure possa essere dotato di mera soggettività giuridica ⁴¹.

10. L'atto del terzo, che lodo non è, nemmeno è delibera di un organo societario ⁴², come lo stesso regime impugnatorio denuncia:

(41) La sperimentata prossimità storico-dommatica del *consilium sapientis* con la perizia civile induce a ricordare che, in arbitrato, l'art. 816-ter c.p.c. esplicita che «possono essere nominati consulenti tecnici sia persone fisiche, sia enti».

(42) Dunque, la sequela di conseguenze che in punto di forme e documentazione intende trarne G. CABRAS, *op. cit.*, p. 961, estendendo alla fattispecie il regime delle decisioni amministrative, non appare necessitata.

estraneità del designato alla società e necessaria intraneità dell'organo a quest'ultima sono opponenti concettuali⁴³. E non v'è dubbio che l'autore del responso, se terzo deve rimanere, non può replicare la sua funzione (né la sua responsabilità, che – coerentemente – nemmeno corrisponde a quella dell'arbitro, per quanto già visto⁴⁴) da alcuna permanenza organica, fosse pure un *fakultatives Organ* sul modello germanico⁴⁵ poiché il titolare di un ufficio facoltativo rimane comunque obbligato alla prestazione mentre la fattispecie di diritto interno, col prescrivere la stabile terzietà, sembra escludere ogni posizione del terzo che possa risultare diversa dalla libertà di adesione alla singola *requisitio consilii* (potendone valutare anche le implicazioni rischiose dell'ipotizzabile sua mala fede)⁴⁶. Tant'è che, «se manca la determinazione del terzo [...], il contratto è nullo» (art. 1349, 2° comma, c.c.),

(43) Secondo G. CABRAS, *op. cit.*, p. 959 s., terzo è un soggetto diverso dalle parti che hanno espresso opinioni divergenti, e quindi può essere intraneo alla società e finanche un suo «organo».

(44) La terzietà, escludendo di rimanere compatibile con la qualità di socio, esclude pure che possa applicarsi al terzo la prescrizione di responsabilità solidale dei «soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi» a norma dell'art. 2476, 7° comma, c.c. Vale la pena notare come la dottrina statunitense insista, in ipotesi di attribuzioni di responsabilità al terzo chiamato a bloccare l'*impasse*, sul rischio «that losing parties will bring suits against provisional directors alleging breaches of fiduciary duties in making decisions that favor the other side. Individuals who are contemplating service as provisional directors may be unwilling to accept the appointment even with strong indemnification protections because the benefits are simply not worth the risk of become entangled in litigation» (S. KIM, *op. cit.*, p. 153).

(45) In diritto tedesco, il tema di cui mi occupo viene trattato all'interno del più generale «Organstreit», che può essere endo-organico (come nella specie è quello rilevante ex art. 37 d.lgs. n. 5/2003, cit.) e infra-organico (ad es., nel sistema dualistico, quello tra consiglio di sorveglianza e consiglio di gestione: quest'ultimo – nella società per azioni – viene risolto ex § 177 *AktG* dall'assemblea). Anche quando si parla, appunto, di *Organstreit* ciò non avviene in termini di arbitrato: per la s.r.l. si ammette una sorta di organo introdotto (facoltativamente) con l'atto costitutivo (talvolta chiamato «Schiedsstelle», talvolta «Beirat») e con competenza limitata.

(46) È stato correttamente evidenziato che «appare essenziale che l'atto costitutivo illustri analiticamente le circostanze in presenza delle quali l'impossibilità degli amministratori di pervenire alle necessarie determinazioni, assumendo un livello minimo di continuità, provocherà la “deferibilità” del conflitto» (L. PURPURA, *op. cit.*, p. 1022). È in questa prospettiva che dev'essere sottolineata l'essenzialità del termine o delle modalità convenzionali («accord[o] per sostituir[e]» il terzo ai sensi dell'art. 1349, 2° comma, c.c.) per superare l'eventuale inerzia dell'interpellato.

cioè rimane irrimediabilmente privo di capacità effettuale l'interpello del «savio»⁴⁷, libero di aderire o meno le volte che gli si rivolga la richiesta di dare «indicazioni».

Si può, certo, evidentemente discutere di cosa possa intendersi per terzietà, essendo possibile muovere da un significato minimo che coincide con la mera alterità rispetto alla società (*i.e.*, ai soci e agli organi) de «il soggetto o il collegio chiamato a dirimere i contrasti» per passare, poi, a significati di maggiore o massima intensità che – attingendo alle nozioni di controllo, collegamento, influenza (art. 2359 c.c.) o di direzione e coordinamento (art. 2497 c.c.) – possono importare garanzie di indipendenza nel giudizio altrimenti rinunciabili col l'ammettere che il responso possa spettare a enti comunque correlati alla società del cui *deadlock* si tratta⁴⁸.

Non soccorrono indizi nel senso dell'esigenza di costantemente preservare l'indipendenza di giudizio del terzo, se si conviene di star discutendo pur sempre di un sistema di amministrazione, in cui non è richiesto certo che l'adozione della soluzione lasci indifferente colui che per essa si sia pronunciata, né che costui non fosse portatore di alcun interesse proprio anteriormente all'attuazione del mandato ricevuto.

Piuttosto, soccorre l'esigenza che la designazione del terzo, quando pure non in senso nominativo ma soltanto per rinvio mobile a funzioni o ruoli altrove svolte o ricoperti da una persona, avvenga – e il relativo potere si consumi, oserei dire – in sede di costituzione della società o con le forme e le maggioranze comunque richieste per le modifiche del patto originario, trattandosi di opzioni che la legge assegna alla sede costituente e la cui elusione ha da essere evitata mediante indicazione traslativa di altra *appointing authority* il cui «arbitrio mero» nella designazione del soggetto incaricato di dirimere il contrasto appare un medio non veramente sopportabile da una disciplina che riserva alla sede costituente il «deferi[mento]» senz'altro a «uno o più terzi» del contrasto (e neanche i «termini» e «modalità» di svolgimento del «reclamo» ulteriore paiono abdicabili dalla fonte più qualificata).

(47) Per G. CABRAS, *op. cit.*, p. 960, «nel nostro ordinamento al presidente del tribunale è attribuita la competenza ad intervenire, su richiesta delle parti, in ogni evenienza in cui occorra ovviare al loro mancato accordo per la nomina di un determinato soggetto».

(48) La definizione accreditata nella dottrina statunitense del concetto di *deadlock* può leggersi in S. KIM, *op. cit.*, 112, nota 2: «a decision or indecision of stockholders, which results in the corporation's inability to perform its corporate power [or] a state of inaction or neutralization caused by opposition of persons or of factions».

Con palese asimmetria rispetto all'art. 34 d.lgs. n. 5/2003, non si fa spazio a discipline eteronome e succedanee per «le modalità di nomina degli arbitri», né per conferire a terzi il «potere di nomina», né per confidare ad Autorità poteri residuali (*ad instar* dell'art. 810, 4° comma, c.p.c.) «ove il soggetto designato non provveda». Nelle circostanze che occupano, la designazione del terzo può essere indiretta ma non consente che il corrispondente potere volitivo sia trasferito ad altri, né può ipotizzarsi alcuna stabile previsione di legge per l'ipotesi che «manc[hi] la determinazione del terzo»: solo l'«accord[o]» delle parti in forme appropriate a incidere sopra l'atto costitutivo può superare l'altrimenti ineludibile nullità del patto ai sensi dell'art. 1349, 2° comma, c.c. (il cui richiamo si fa così più pregnante).

Ciò realizza l'ambiente normativo essenziale al deferimento del contrasto che, quale fattispecie singolarmente rilevante, viene poi a specificare la proposta di mandato destinata dalla società (attraverso uno dei suoi amministratori) al terzo⁴⁹: la dimostrazione della mala fede del terzo di libera elezione, per la società legittimata a impugnare in ogni caso la decisione del terzo (ché qui torna il diritto della società alla normale imputazione degli atti ai suoi organi e alla ordinaria sequela degli effetti di questi⁵⁰), è la condizione che può impedire non già l'attuazione della scelta amministrativa convalidata dal parere *dolo malo*, ma soltanto la sua attuabilità in regime di irresponsabilità degli amministratori (il che, però, già in sede cautelare, potrebbe prevenire l'attuazione *tout court*). La responsabilità dell'autore del parere di mala fede sarà, in tal caso, misurabile in termini di causalità necessaria verso l'adozione della scelta depauperativa e sarà liquidabile in corrispon-

(49) Si conviene di individuare così il rapporto anche da parte di G. Cabras, *op. cit.*, p. 964. Anche nell'assai diverso sistema del c.d. *provisional director* «all amounts shall be paid by corporation» (S. KIM, *op. cit.*, p. 169). Discende da qui anche la ritenuta revocabilità del mandato «atteso che l'assemblea societaria può revocare – con le maggioranze previste per la modifica dell'atto costitutivo – il mandato ai “terzi”» (G. ARIETA e F. DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, p. 694: autori che peraltro assumono quale angolo visuale quello dal quale inquadrare spesso e volentieri come in una medesima categoria l'arbitrato c.d. «economico» e quello irrituale).

(50) La distinta legittimazione (di là della incommensurabilmente diversa natura degli istituti) necessaria al reclamo al collegio (del singolo amministratore) ovvero all'azione presso l'A.G.O. (della società) escludono che il problema del concorso, da punto di vista di chi scrive qui, possa porsi, come ritiene F. CORSINI, *op. cit.*, p. 1041, in termini alternativi: *electa una via* Per una critica a tale ricostruzione che però muove da assunti diversi v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 154, nota 39.

denza della *relevatio* che avesse così operato in favore degli amministratori altrimenti responsabili direttamente ⁵¹.

Nella proposta ricostruzione, in sintesi, (i soci e) la società si riappropria(no) una quota (almeno) del potere impegnato in fase costituente, quando ha(nno) autorizzato la rimessione del contrasto e così sostanzialmente rinunciato ad avvalersi della responsabilità dell'amministratore per l'operazione gestoria eventualmente attuata *de consilio*: è la società, all'esito, che può promuovere il controllo giurisdizionale di validità dell'atto del terzo anche in funzione preventiva o reintegrativa della responsabilità per la *mala gestio* degli amministratori che ne sia scaturita. Ma ancora una volta la responsabilità del terzo che abbia accettato di dare le «indicazioni» del caso non pare duplicare quella dell'arbitro, esclusivamente per il quale – come vuole l'art. 813-ter, 4° comma, c.p.c. – «l'azione di responsabilità può essere proposta soltanto dopo l'accoglimento dell'impugnazione con sentenza passata in giudicato e per i motivi per cui l'impugnazione è stata accolta».

Nella fattispecie che qui si indaga, invece, validità dell'atto e responsabilità dell'autore non riescono sanzionabili secondo il nesso di antecedente-consequente che viceversa la legge prescrive per il lodo e gli arbitri propriamente detti. La causa (e l'eccezione) di malafede potrà, dunque, venir spesa liberamente in termini di pretesa responsabilità (o ritenuto impedimento alla spettanza di diritti patrimoniali) del terzo, prescindendo cioè dall'invalidazione della sua decisione, che rimane viceversa l'unico strumento attraverso il quale la società riesce a vincere la «dimostr[azione]» presuntiva di incolpevolezza dell'amministratore che, non altrimenti negligente, abbia seguito le altrui indicazioni di «mala fede».

FERRUCCIO AULETTA

(51) Per un esame delle diverse posizioni emerse a proposito del titolo di responsabilità del terzo, v. E. FUSCO, *op. cit.*, 94. A chi scrive sembra coerente affermare che, già in termini di causalità, debba rimanere esclusa, comunque, l'assunzione di una vera e propria responsabilità gestoria dell'autore del *consilium* (è questa, del resto, la linea che E. FUSCO, *op. cit.*, p. 90, segue esplicitamente nell'ambito dello schema alternativo dell'art. 2257, 3° comma, c.c.: schema di riferimento anche per altre opzioni che *aliunde* vien fatto di sposare per l'istituto la cui analisi si conduce adesso, quale – esemplarmente – l'opzione circa la esclusiva legittimazione dell'amministratore al deferimento del contrasto).