

Consiglio Nazionale del Notariato

Studio n.70-2026/I

IL DEFERIMENTO A TERZI DEI CONTRASTI SULLA GESTIONE AI SENSI DELL'ART. 838-QUINQUIES, C.P.C. (EX ART. 37 D.LGS. N. 5/2003) E IL SUPERAMENTO DELLO STALLO GESTIONALE

di Carlo Alberto Busi e Massimo Palazzo

(Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 25 giugno
2026)

Abstract

Il contributo approfondisce il deferimento a terzi dei contrasti sulla gestione societaria, oggi disciplinato dall'art. 838-quinquies c.p.c. (già art. 37 d.lgs. 5/2003), introdotto per superare le situazioni di stallo decisionale (*deadlock*) che possono paralizzare la gestione delle società, in particolare s.r.l. e società di persone.

Sommario: 1. Soluzioni dello stallo esterne all'organo consigliare. La clausola statutaria di cui all'art. 838-quinquies c.p.c. già art. 37 co. 1 del D. Lgs. 17.1.2003, n. 5 (ora abrogato). Cenni. - 2. Evoluzione legislativa. - 3. Le società a cui è applicabile la normativa. - 4. Una figura estranea all'arbitrato e all'arbitraggio. - 5. La necessità di una clausola statutaria che preveda espressamente il deferimento a terzi della decisione sul contrasto gestionale. - 6. I contrasti per i quali non può

attivarsi la clausola. - 7. Il contenuto della clausola. La definizione delle situazioni di stallo in cui può essere attivata la clausola. - 8. Ipotetici limiti alla autonomia statutaria nel deferimento a terzi della soluzione di contrasti creatisi durante l'attività gestoria dell'organo amministrativo. - 9. Ipotetici limiti alla autonomia decisoria dei terzi nominati nella soluzione di contrasti creatisi nell'organo amministrativo. L'alternativa tra scelta tra le soluzioni proposte dagli amministratori in contrasto o la piena libertà decisoria sul tema in contrasto. - 10. Il soggetto legittimato ad assumere l'iniziativa di devoluzione al terzo del contrasto. - 11. Le modalità di designazione del terzo. - 12. Il concetto di "terzietà" del soggetto nominato per decidere. - 13. Il procedimento. Cenni generali. - 14. Il procedimento: l'attività preparatoria della decisione. - 15. Il procedimento: la decisione e la possibilità che il terzo decisore dia agli amministratori "indicazioni vincolanti anche su questioni collegate con quelle espressamente deferitegli". - 16. Il procedimento: la fase attuativa della decisione - 17. La responsabilità degli amministratori. Cenni generali - 18. La responsabilità dei terzi decisori - 19. La responsabilità degli amministratori per le decisioni dei terzi - 20. Il procedimento. Il reclamo e l'impugnazione - 21. Pubblicità legale. - 22. Conclusioni.

1. Soluzioni dello stallo esterne all'organo consigliare. La clausola statutaria di cui all'art. 838-quinquies c.p.c. già art. 37 co. 1 del D. Lgs. 17.1.2003, n. 5 (ora abrogato). Cenni.

Con la riforma del diritto societario del 2003 il Legislatore ha introdotto, attraverso il d. lgs. n. 5, l'art. 37 rubricato "Risoluzione di contrasti sulla gestione di società", con lo scopo di fornire uno strumento utile alla soluzione a questo problema, in particolare per le società di persone e per le società responsabilità limitata¹.

Se attraverso la previsione legislativa contenuta nell'art. 37 si è predisposto uno strumento per tentare di risolvere i conflitti in ambito amministrativo, è altresì opportuno sottolineare lo scarso riscontro di tale strumento, nella esperienza giuridica nazionale, a causa della limitata applicazione sin qui registrata all'interno di atti costitutivi e statuti delle clausole di *deadlock*, testimoniata, tra l'altro, dalla mancanza di decisioni giurisprudenziali sul tema e del c.d. arbitrato economico²,

¹Busi C.A., Società di capitali con partecipazioni paritetiche e stallo decisionale", edito Eutekne, Torino, 2024, 148.

²Scrivono Cerrato S.A. – Brunelli B., Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie societarie (mediazione, arbitrato, arbitraggio gestionale), in A.a.V.v., Trattato delle società, diretto da Donativi V., Milano, 2022, Vol. I, 495, che "al di là di una qualche

Occorre tuttavia prendere atto che nel mondo di ieri, dominato da un rigido legalismo, lo Stato era ritenuto il produttore esclusivo e necessario del diritto. Il paesaggio giuridico muta nel corso del Novecento a causa di eventi di straordinario rilievo. Gli Stati non riescono più a ordinare il divenire e lo stesso Codice civile, nella sua aspirazione a ridurre entro un sistema chiuso e completo di regole una intera branca disciplinare, si vede impotente a realizzare un fine irraggiungibile.

Nell'esperienza giuridica contemporanea il diritto si rinnova costantemente a partire da materiali vari e attraverso l'articolazione di fonti di origine e autoritatività differenziate, in un contesto destrutturato e reticolare nel quale assume rilevanza il diritto dei privati. Il contratto, in particolare, non costituisce soltanto il luogo di applicazione di regole legali ma spesso si pone come fonte di nuovo diritto, concorrendo a ordinare la realtà sociale. Concepire il diritto come un complesso di comandi e sanzioni oppure come *ordinamento* non è soltanto una questione terminologica: pregnanti sono infatti le conseguenze sulle modalità di conoscenza e di ricostruzione dei suoi contenuti, sull'interpretazione giuridica, sulla rete delle fonti³.

In tale prospettiva l'intervento del legislatore sopra richiamato sembra fornire un incentivo alla prassi notarile per elaborare clausole negoziali⁴ in grado di prevenire o superare le situazioni di stallo decisionale che possono presentarsi all'interno di strutture organizzative a gestione pluripersonale paritetica o equiordinata, come le società di persone o di capitali formate da due gruppi di soci, alle *joint-venture*, etc.⁵

curiosità suscitata in dottrina, non si ha notizia di effettivo utilizzo concreto di questo strumento, né consta (quantomeno dalla consultazione delle principali banche dati) che vi sia alcun precedente giurisprudenziale in merito". Compagnoni E., Le clausole di risoluzione dei contrasti sulla gestione di società nel sistema di governance delle s.r.l., Riv. dir. comm., 2025, I, 488, precisa che "è doveroso notare che, ... questa tipologia di clausole a livello nazionale non ha riscosso un grande successo".

³ Chi volesse approfondire questo tema può leggere, nell'ambito dei numerosi scavi di Grossi P., almeno L'invenzione del diritto, Roma-Bari, 2017 e Oltre la legalità, Roma-Bari, 2020.

⁴ Bella E. – Barbieri G., Il nuovo diritto dell'arbitrato, in Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia, diretto da Galgano F., Padova, 2007, Vol. XLV, 474, dopo aver criticato il legislatore per aver previsto l'intervento del terzo decisore anche sulle questioni "meramente collegate" a quella decisa concludono che "forse è per questo motivo che tale istituto, che potrebbe trasformarsi in un boomerang per gli amministratori che rischiano di rispondere per responsabilità altrui, difficilmente avrà pratica attuazione, salvo una disposizione chiara nello statuto, soprattutto sui tempi della decisione e sulla responsabilità per gli atti conseguenti alle decisioni".

⁵ Scrive Rescio G. "Stalli decisionali e roulette russa", in AA.VV. "Patrimonio sociale e governo dell'impresa", a cura di Rescio G., Speranzin M., Giappichelli, 2020, p. 360, che la clausola ex art. 838-quinquies c.p.c. "si presenta particolarmente utile quando il contrasto tra gli amministratori riflette il contrasto tra i soci, anch'essi non in grado di uscire dallo stallo decisionale. Ne deriva che tale strumento potrebbe essere rivalutato e adoperato in funzione anti-stallo con una frequenza maggiore di quanto sinora avvenuto".

Si conferma dunque la tendenza del contratto a diventare fonte del diritto. Nel senso che la sua vincolatività (con effetto generale al di sopra delle parti contraenti) non si impone alla luce di una regola legale che lo sovrasta, ma opera per virtù propria, in forza di un'auto-produzione delle norme costruite dai loro stessi destinatari, i quali concorrono a "conformare" l'ordinamento giuridico⁶.

All'interno di questo studio, si è cercato di illustrare le potenzialità di risposta alle esigenze pratiche, sopra sinteticamente richiamate, che ha lo strumento di risoluzione dei conflitti gestionali immaginato dal legislatore, ma anche i numerosi limiti che esso presenta⁷.

Ancora non esiste una opinione largamente condivisa nella riflessione scientifica circa la natura e l'inquadramento giuridico dell'istituto⁸ disciplinato originariamente dall'art. 37 d. lgs. 5/2003, essendoci tutt'oggi un dibattito vivo in merito; la mancanza di una definizione legislativa accurata rappresenta forse un ostacolo alla diffusione dello strumento in esame⁹, ma anche un'opportunità per l'autonomia privata alla luce della potenziale utilità del medesimo in materia societaria.

⁶ Sia consentito un rinvio, per una distesa argomentazione, a Palazzo M., *Il contratto nella pluralità degli ordinamenti*, Napoli, 2021, 217 ss. ove ampi ragguagli sul valore ordinante della prassi notarile, 237 ss.

⁷ Il tema era già stato esaminato all'indomani della riforma del 2003-4 da Ruotolo A., *La risoluzione dei contrasti nella gestione delle società*, in *Studi e materiali*. Quaderni semestrali. Consiglio Nazionale del Notariato, 2005, 1296-1324. Il ventennio trascorso, l'evoluzione legislativa di cui al paragrafo seguente e il fiorire di contributi scientifici sul punto, pur in assenza di decisioni giudiziarie significative, giustificano una ripresa del tema.

⁸ In tal senso tra gli altri Fortunato S., *La società a responsabilità limitata*, Torino, 2020, 213 secondo cui "la disposizione, che pure trova precedenti nella prassi statutaria ante-riforma e in esperienze straniere (nella *GmbH* tedesca e nella *Close corporation* statunitense), è stata ampiamente criticata dalla dottrina non tanto per la sua funzione (agevolare il superamento di situazioni di stallo), quanto per le incertezze sulla qualificazione stessa dell'istituto, sui limiti di vincolatività della decisione del terzo/collegio nei confronti degli amministratori e sul regime di responsabilità che ne dovrebbe conseguire".

⁹ Scrive Caccavale C., *I modelli di amministrazione della società a responsabilità limitata*, in A.a.V.v., *Scritti in onore di Giancarlo Laurini*, Napoli, 2015, Vol. I, 260, che "la disciplina risulta non già lacunosa, ma addirittura manchevole, con riferimento ad aspetti centrali della fattispecie. In particolare, un assoluto silenzio del legislatore si riscontra in ordine alla nomina del terzo e, nell'ipotesi in cui i terzi nominati siano più di uno, al vincolo che si instaura tra loro e, soprattutto, in ordine allo svolgimento del procedimento, alla sua scansione temporale e al procedimento di reclamo al collegio, che è espressamente consentito e che, parimenti, è rimesso essenzialmente alla regolamentazione statutaria".

2. Evoluzione legislativa

L'articolo 37 del d. lgs. 17 Gennaio 2003 n. 5, era dedicato alla predisposizione di strumenti atti alla risoluzione dei contrasti che riguardano la gestione delle società, i c.d. *deadlock-breaking systems* con riferimento agli organi amministrativi¹⁰.

In attuazione della legge delega n. 206/2021, che imponeva il trasferimento delle disposizioni in materia di arbitrato societario all'interno del codice di rito, il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149 (c.d. Riforma Cartabia) ha introdotto un nuovo Capo VI-*bis* nell'ambito del Titolo VIII del libro IV del c.p.c.¹¹.

In tale nuovo capo trovano collocazione le disposizioni originariamente contenute negli artt. 34-37 del D. lgs. n.5/2003, che divengono ora, rispettivamente gli art. 838-*bis*, 838-*ter*, 838-*quater* e 838-*quinquies* c.p.c. Detto trasferimento ha comportato la definitiva abrogazione del decreto legislativo sul processo societario. La disposizione legislativa che qui interessa è l'art. 838-*quinquies*, che riproduce testualmente il previgente art. 37 del D. lgs. 5/2003¹².

L'articolo in esame si occupa quindi di una figura giuridica che, in ragione della difficoltà di inquadramento delle norme contenute nel testo legislativo, si presta a diverse denominazioni:

¹⁰ La disciplina in esame fu introdotta nel 2003, recuperando uno spunto già emerso nei lavori della Commissione ministeriale presieduta dal prof. A. Mirone nel corso della XII legislatura, come emerge dalla relazione di accompagnamento al d. lgs. 5/2003, leggibile in *Guida al diritto*, 4/2003, 109 ss. Il meccanismo introdotto dal legislatore richiama il *temporary management* olandese che prevede, a seguito di richiesta di una minoranza qualificata, che la Corte di appello di Amsterdam possa emettere una risoluzione immediatamente esecutiva nel caso di contrasti gestionali. Sul punto v. Girello G., *Risoluzione dello stallo gestionale mediante ricorso all'art. 37 D. lgs. n.5/2003*, in *Le società*, 10/2005, 1290.

¹¹ È stato pubblicato nella *G.U.* 17.10.2022 n. 243 il DLgs. 10.10.2022 n. 149 che con riguardo al diritto societario all'art. 3 co. 55 prevede la trasposizione delle norme relative all'arbitrato societario (contenute nel DLgs. 5/2003) all'interno del codice di procedura civile. Si è quindi provveduto a inserire nel titolo VII del codice un apposito capo VI-*bis* e a rinumerare gli originari artt. 34, 35, 36 e 37 del DLgs. 17.1.2003 n. 5, che ora diventano rispettivamente gli artt. 838-*bis*, 838-*ter*, 838-*quater* e 838-*quinquies* c.p.c. Sul tema: Boggio L., *L'arbitrato societario (e l'arbitrato economico) nel Codice riformato*, *Giur. arb.*, 2023, 153; Merone A., *Arbitrato societario (artt. 828-bis, 838-ter, 838-quater, 838-quinquies c.p.c.)*, in A.a.V.v., *La riforma Cartabia del processo civile*, *Commentario al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di Taschini R., Pisa, 2023, 1260; Mosco G.D. – Lopreiato S., *L'arbitrato societario nella legge Cartabia*, *Giur. Comm.*, 2023, I, 735.

¹² Per comodità di lettura si riporta il testo vigente dell'art. 838-*quinquies* c.p.c. - *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 possa 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, secondo comma, del codice civile.

“arbitrato economico” (come si può leggere nella Relazione ministeriale al d. lgs. 5/2003), “arbitraggio gestionale” (denominazione forse maggiormente appropriata), oppure “arbitraggio economico”¹³.

La previsione legislativa contiene la possibilità, testualmente limitata alle sole società a responsabilità limitata e alle società di persone, di inserire all’interno degli atti costitutivi (o statuti) clausole, attraverso le quali si deferiscono ad uno o più terzi una o più scelte gestionali nel caso di contrasti che possono sorgere tra coloro che hanno il potere di amministrazione.

¹³ Sul tema: Arieta G. – De Santis F., L’arbitrato economico, in *Diritto processuale societario*, CEDAM, Padova, 2004, 687-702; Auletta F. “La risoluzione di contrasti sulla gestione di s.r.l. (ovvero l’amministrazione *de consilio*)”, *Riv. dir. comm.*, 2013, I, p. 371; Bella E. – Barbieri G., Il nuovo diritto dell’arbitrato, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia*, diretto da Galgano F., Padova, 2007, Vol. XLV, 475; Cabras G. “Art. 37. Risoluzione di contrasti sulla gestione di società”, in AA.VV. “Commentario romano al nuovo diritto delle società”, Piccin, 2009, Vol. I, “Il processo commerciale e l’arbitrato societario”, p. 331; Carpi F. “Profilo dell’arbitrato in materia societaria”, *Riv. dell’arbitrato*, 2003, p. 411; Carraro G. “L’arbitratore economico come gestione sostitutiva”, *Riv. soc.*, 2020, p. 784; Cerrato S.A. – Brunelli B., Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie societarie (mediazione, arbitrato, arbitraggio gestionale), in A.a.V.v., *Trattato delle società*, diretto da Donativi V., Milano, 2022, Vol. I, 397; Compagnoni E., Le clausole di risoluzione dei contrasti sulla gestione di società nel sistema di governance delle s.r.l., *Riv. dir. comm.*, 2025, I, 487; Consolo C., Muroli R. “Commento all’art. 37 d.lgs. 5/2003”, in “Comm. Breve al diritto dell’arbitrato nazionale e internazionale”, a cura di Benedettelli-Consolo-Radicati di Bronzolo, Cedam, 2010, p. 427; Corapi D. “L’arbitraggio gestionale”, *Rass. Enel*, 2003, p. 613; Corsini F. “La risoluzione dei contrasti nell’amministrazione sociale mediante arbitraggio gestionale”, *Società*, 2003, p. 1209; Dalmotto E. “L’arbitraggio gestionale”, in “L’arbitro nelle società”, Zanichelli, 2013, p. 50; Fabris P. “Arbitraggio endosocietario e temporary director”, *Giur. it.*, 2006, p. 1094; Fusco E. “I modelli alternativi di amministrazione nella società a responsabilità limitata”, *Quaderni degli Annali dell’Università degli Studi del Molise, Campobasso*, 2009, p. 93; Girello G. “Risoluzione dello stallo decisionale mediante ricorso all’art. 37 D.Lgs. n. 5/2003”, *Società*, 2005, p. 1290; Guidotti R. “La risoluzione dei contrasti sulla gestione delle società”, *Giur. it.*, 2005, p. 893; Majorano A., Sub art. 37, A.a.V.v., I procedimenti in materia commerciale, a cura di Costantino G., Padova, 2005, 817; Mancinelli F. “Arbitrato economico: paralisi gestionale e sua soluzione”, *Società*, 2005, p. 1047; Marullo di Condojanni S. “Note sul contratto di arbitraggio”, *Riv. dell’arbitrato*, 2006, p. 727; Minervini E. “L’arbitrato economico e la risoluzione dei contrasti sulla gestione della società”, *Giur. comm.*, 2004, I, p. 885; Morera U. “L’arbitraggio per la risoluzione dei contrasti gestionali nelle s.r.l.”, *Analisi giur. Economica*, 2003, p. 313; Pisani L. “Modelli di amministrazione delle società di persone ed arbitraggio gestionale”, in AA.VV. “Amministrazione e controllo nel diritto delle società”, *Liber amicorum* Antonio Piras, Giappichelli, 2010, p. 307; Purpura L. “Risoluzioni di contrasti sulla gestione di società, in S.r.l.”, Commentario a cura di Dolmetta A.A., Presti G., Giuffrè, 2011, p. 1021; Rescio G. “Stalli decisionali e roulette russa”, in AA.VV. “Patrimonio sociale e governo dell’impresa”, a cura di Rescio G., Speranzin M., Giappichelli, 2020, p. 360; Ricci E.F. “Il nuovo arbitrato societario”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 517; Ruotolo A. “La risoluzione dei contrasti nella gestione delle società”, *Studi e Materiali. Quaderni del Consiglio nazionale del notariato*, Milano, 2005, p. 1296; Sangiovanni V. “Risoluzione di contrasti sulla gestione di società, arbitraggio e modelli di amministrazione”, *Riv. dell’arbitrato*, 2008, p. 1; Sassani B., Gucciardi B. “Arbitrato societario”, *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. c., Tomo I, UTET, 2012, p. 119; Soldati N. “Le clausole compromissorie nelle società commerciali”, *Giuffrè*, 2005, p. 825; Spada P. “L’amministrazione arbitrata”, in AA.VV. “Il nuovo diritto delle società”, *Liber amicorum* Gian Franco Campobasso, UTET, 2006, I, p. 265; Zucconi Galli Fonseca E. Commento all’art. 37 d. lgs. n. 5/2003, in *Arbitrati speciali*, Commentario diretto da Carpi F., Zanichelli Editore, Torino, 2008, 147-154.

3. Le società a cui è applicabile la normativa

L'art. 838-quinquies c.p.c. sancisce che "le società a responsabilità limitata e (...) le società di persone" possono prevedere nei loro atti costitutivi delle "clausole di risoluzione di contrasti sulla gestione". Il tenore letterale della norma sembra implicitamente sottendere che queste tipologie di clausole non possano essere adottate dalle società azionarie.

La dottrina che si è confrontata con il tema ha interpretato la mancata enunciazione normativa delle s.p.a. tra i modelli societari abilitati ad introdurre nello statuto la clausola risolutiva del contrasto gestionale in due modi diametralmente opposti.

Secondo una prima tesi non sarebbe consentito alle s.p.a. di prevedere nel proprio statuto il deferimento a terzi delle controversie gestionali. A sostegno di detta tesi si invoca l'art. 2380-bis c.c. che prevede che "la gestione dell'impresa...spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale".

Tale norma secondo parte della dottrina mal si concilierebbe con il deferimento a soggetti non amministratori dei poteri gestori contemplato dall'art. 838-quinquies c.p.c.¹⁴. "Infatti, la formulazione dell'art. 2380-bis c.c. implicitamente afferma che tutte le fasi (preparatoria, decisionale ed attuativa) dell'*iter* gestorio sono di esclusivo appannaggio degli amministratori. Non è, quindi, compatibile con tale norma che, ad esito del deferimento, la fase decisionale venga sottratta dalla loro sfera di competenza per essere affidata a dei soggetti terzi"¹⁵.

Si è aggiunto che "non a caso, nelle società azionarie non c'è una norma che, al pari dell'art. 2479, comma 1, c.c., permette ai soci di avocare le materie gestorie (sottraendole alla competenza degli amministratori) su cui far perno per configurare delle ipotesi statutarie di deferimento. Tutt'al più all'assemblea, ai sensi dell'art. 2364, comma 1, n. 5), c.c., può essere riconosciuto un potere autorizzativo che non vincola gli amministratori nell'esecuzione dell'atto valutato favorevolmente

¹⁴Sangiovanni V. "Risoluzione di contrasti sulla gestione di società, arbitraggio e modelli di amministrazione", *Riv. dell'arbitrato*, 2008, 9. Secondo cui "nella s.p.a. la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori. Se si ammettesse l'istituto di cui all'art (ora 838-quinquies c.p.c.) in tale tipo societario, un'attività gestionale – anche se solo temporanea – verrebbe svolta da un soggetto che non è amministratore".

¹⁵ Compagnoni E., Le clausole di risoluzione dei contrasti sulla gestione di società nel sistema di governance delle s.r.l., *Riv. dir. comm.*, 2025, I, 501.

dai soci”¹⁶. Da ciò conseguirebbe l’inapplicabilità della norma alle società azionarie desumibile dall’incipit dell’art. 838-quinquies c.p.c.¹⁷.

In dottrina è stata sostenuta tuttavia anche la diversa tesi secondo cui, l’art. 838-quinquies c.p.c. dovrebbe essere interpretato, attribuendo al riferimento alle s.r.l. e alle società di persone, di cui al testo letterale della norma, un valore meramente ricognitivo¹⁸. Infatti, l’utilizzo della previsione in esame in un modello personalistico avrebbe potuto sollevare dubbi sulla sua ammissibilità. La precisazione di cui al testo normativo, relativa all’applicabilità alle società a responsabilità limitata e alle società di persone, sarebbe pertanto finalizzata ad eliminare ogni dubbio relativo alla compatibilità della norma con un modello di amministrazione di tipo personalistico. Con la motivazione sopra riportata si valorizza così il silenzio della norma relativamente alle s.p.a.

Concludendo, vista la richiesta legislativa di una apposita clausola statutaria/pattizia che legittimi la soluzione dei contrasti gestionali nelle s.r.l. e nelle società personali, taluno desume il carattere speciale della norma, ritenendola insuscettibile di applicazione analogica al di fuori dei limiti testuali¹⁹ (e quindi non applicabile a s.p.a. e s.a.p.a.). Parte dei commentatori si sono infatti confrontati con il testo di legge come se dallo stesso si ricavasse una licenza prima interdetta all’autonomia statutaria.

Tale posizione restrittiva parrebbe, tuttavia, frutto di un pregiudizio legalistico e statalistico. Non è questa la sede per ripercorrere il dibattito storico, del resto ben noto agli studiosi, sul rapporto tra legge e autonomia privata nel diritto delle società²⁰, ma sembrerebbe ormai non più

¹⁶ Compagnoni E., Le clausole di risoluzione dei contrasti sulla gestione di società nel sistema di governance delle s.r.l., Riv. dir. comm., 2025, I, 502.

¹⁷ Compagnoni E., Le clausole di risoluzione dei contrasti sulla gestione di società nel sistema di governance delle s.r.l., Riv. dir. comm., 2025, I, 502. In tal senso anche: Majorano A., Sub art. 37, A.a.V.v., I procedimenti in materia commerciale, a cura di Costantino G., Padova, 2005, 817, secondo cui “l’esclusione delle restanti società di capitali dall’ambito di applicazione della norma in esame è pienamente condivisibile, considerando il fatto che i meccanismi di gestione delle stesse, fondati sulla netta separazione di funzioni tra organi sociali (ossia tra assemblea e consiglio di amministrazione), nonché sul metodo collegiale nella formazione della volontà del gruppo dirigente, sono già di per sé predisposti per garantire processi decisionali efficienti ed evitare situazioni di stallo”.

¹⁸ Corapi D. Note sull’art. 37 del decreto legislativo di attuazione dell’art. 12 della legge n. 366/2001, in Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie, Roma, 2003, 97, Cabras G., Art. 37 Risoluzione di contrasti sulla gestione di società, in A.a.V.v., Commentario romano al nuovo diritto delle società, Padova, 2009, 334.

¹⁹ In tal senso. Carraro G., *L’arbitrato economico come gestione sostitutiva*, Riv. soc., 2020, 790.

²⁰ Le citazioni sul tema del rapporto tra impresa (e forme di esercizio della stessa) e autonomia privata potrebbero riempire molte pagine, in questa sede pare tuttavia opportuno almeno un richiamo al “dialogo” tra Carlo Angelici e Francesco Denozza che può leggersi in Angelici C., Note minime su la libertà contrattuale e i rapporti societari, in Giur. comm., 2009, 1 ss.; Denozza F., Quattro

proficuamente controvertibile un ampio spazio per la seconda, anche nel caso delle società di capitali (segnatamente per la s.r.l., organizzativamente disciplinata sul calco della società per azioni) caratterizzate dalla ripartizione corporativa delle competenze e dalla commisurazione del potere al rischio.

Non si vede infatti quali potrebbero essere le ragioni (come, ad esempio, la presenza di un interesse eteronomo) che dovrebbero limitare l'autonomia statutaria in ordine alla possibilità di prevedere tali clausole anti-stallo gestionale anche nelle società per azioni, nella società in accomandita per azioni e nelle cooperative, nonché in generale a tutte le formazioni organizzative a carattere pluri-personale²¹ purché si resti entro i limiti del rispetto delle regole imperative e del regime della pubblicità legale.

La dottrina ritiene pertanto “che l'interprete debba leggere l'intervento del legislatore come avallo ed incentivo a questo metodo di risoluzione dei contrasti ed adottare conseguentemente un contegno di favore e non di diffidenza, preferendo dunque soluzioni ermeneutiche che, ove vi siano dubbi, propendano per la posizione che consente il più esteso ricorso a questo strumento. Ed è proprio in questa ottica che possiamo dichiarare la nostra preferenza per l'applicazione analogica dell'art. (ora 838 quinquies c.p.c.) anche alle società per azioni e in accomandita per azioni, nonché alle cooperative, e in genere a tutte le formazioni organizzative a gestione pluripersonale, nonostante l'apparente limitazione testuale solo ai tipi personalistici e alle s.r.l.”²².

Visto, comunque, il silenzio del legislatore sul tema e la nutrita schiera di detrattori della soluzione qui prospettata l'interprete dovrà muoversi sul tema con grande cautela.

Vi sarebbe, semmai da porsi il dubbio se possa sorgere il diritto di recesso a favore dei soci che non abbiano approvato la delibera introduttiva della clausola in quanto affidare la gestione temporaneamente a un terzo potrebbe giustificare il diritto di sciogliersi dal rapporto sociale, se in dissenso con questo strumento.

variazioni sul tema: Contratto, impresa e società nel pensiero di Carlo Angelici, in *Giur. comm.*, 3, 2013, 480 ss. ove il rilievo che “tutta la società sia in definitiva costruita su una piramide di espressi o taciti contratti”; Angelici C., Note sul contrattualismo societario. A proposito del pensiero di Francesco Denozza, in *Riv. dir. comm.*, 2018, 191.

²¹ Cerrato S.A. – Brunelli B., Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie societarie (mediazione, arbitrato, arbitraggio gestionale), in A.a.V.v., *Trattato delle società*, diretto da Donativi V., Milano, 2022, Vol. I, 399; Cerrato S.A., Arbitrato societario e arbitrato gestionale nelle società di persone, *Giur. It.*, 2010, 495; Cabras G., Art. 37 Risoluzione di contrasti sulla gestione di società, in A.a.V.v., *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, Padova, 2009, 333.

²² Cerrato S.A. – Brunelli B., Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie societarie (mediazione, arbitrato, arbitraggio gestionale), in A.a.V.v., *Trattato delle società*, diretto da Donativi V., Milano, 2022, Vol. I, 399.

Si deve sottolineare in materia come per l'introduzione, modificazione o eliminazione della clausola in esame nello statuto, manchi una disposizione analoga a quella di cui all'art. 838-bis, c.p.c., che nell'ipotesi di introduzione della clausola compromissoria statutaria riconosca il diritto di recesso ai soci assenti, dissenzienti e astenuti. Pertanto, in dette ipotesi deve ritenersi applicabile la disciplina generale e salvo apposita previsione statutaria, non sussisterà il diritto di recesso in caso di introduzione, modificazione o eliminazione della citata pattuizione²³.

Sembra inoltre "da escludere qualsiasi possibilità di un'estensione analogica dell'art. (838-bis, c.p.c. già) 34, comma 6, D.Lgs n. 5/2003 (diritto di recesso a favore dei soci che non abbiano votato a favore) trattandosi di istituti differenti (l'arbitrato gestionale non implica, alcuna deroga alla giurisdizione che possa giustificare il diritto di sciogliersi del rapporto sociale se in dissenso con questo strumento)"²⁴, come meglio si approfondirà nel paragrafo successivo.

4. Una figura estranea all'arbitrato e all'arbitraggio.

A dispetto della sua eccentrica collocazione tra le disposizioni in materia di arbitrato societario, la figura oggi prevista dall'art. 838-*quinquies* c.p.c., parrebbe da ricondurre al terreno delle regole di amministrazione e di governo societario.

Fin dai primi commenti è stato osservato, infatti, che il c.d. arbitrato gestionale non presenta alcuno dei caratteri tipici della giurisdizione, alla quale in ultima analisi l'essenza dell'arbitrato appartiene²⁵.

²³Corsini F., "Sub art. 37 del d.lgs. n. 5/2003", in AA.VV. "Il nuovo processo societario", diretto da Chiarloni S., Zanichelli, 2008, p. 1031; Bella E. – Barbieri G., Il nuovo diritto dell'arbitrato, in Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia, diretto da Galgano F., Padova, 2007, Vol. XLV, 475.

²⁴ Esclude l'applicazione analogica del recesso previsto in tema di clausole compromissorie Cerrato S.A., Arbitrato societario e arbitrato gestionale nelle società di persone, Giur. It., 2010, 500, sulla scorta del rilievo che non siamo in campo di arbitrato.

²⁵ Cfr. Ricci E.F., Il nuovo arbitrato societario, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2003, 517; Minervini E., L'arbitrato «economico» e la risoluzione dei contrasti sulla gestione delle società, in Giur. comm. 2004, 886; Guidotti R., La risoluzione dei contrasti sulla gestione della società, in Giur.it.2005, 891; Morera U., L'arbitraggio per la risoluzione dei contrasti gestionali nelle s.r.l., in Analisi giur. econ., 2003, 314; Carraro G., L'"arbitrato economico" come gestione sostitutiva, in Riv. soc., 2020, 785; Cerrato S.A. – Brunelli B., L'arbitrato gestionale (o economico), in Trattato delle società, diretto da Donativi V., I, Milano, 2022, Vol. I, 397; Paccoia M., Società a responsabilità limitata, Torino, 2016, 276; Caccavale C., I modelli di amministrazione della società a responsabilità limitata, in A.a.V.v., Scritti in onore di Giancarlo Laurini, Napoli, 2015, Vol. I, 260; Auletta F., Commento agli artt. 34-37, in A.a.V.v., La riforma delle società – Il processo, a cura di Sassani B., in Le nuove leggi del diritto dell'economia, diretto da Sandulli M. – Santoro V., Torino, 2003, Vol. V, 354; Colantuoni I., Commento all'art. 37, in A.a.V.v., La riforma del diritto societario, a cura di Lo Cascio G., Società per azioni – amministrazione e controlli, Milano, 2003, 462. In giurisprudenza esclude la riconducibilità dell'istituto all'arbitrato, Trib. Trento, ord. 8.4.2004, Riv. dell'arbitrato, 2004, p. 738, con nota di Perago C., Giur. it., 2005, p. 116, con nota di Nella P.L., Giur.

Si tratta infatti di uno strumento che attiene alle regole sostanziali e di governo societario, attraverso il quale viene proceduralizzata una fase dell'esercizio del potere gestorio allo scopo di neutralizzare e risolvere eventuali contrasti insorti tra coloro che hanno il potere di amministrazione in società di persone e a responsabilità limitata.

Riguardata sotto il profilo funzionale, la figura disciplinata dall'art. 838-*quinquies* c.p.c., non serve a prevenire o a comporre una lite, ma – a tutto voler concedere – a prevenire lo scioglimento della società per sopravvenuta impossibilità dell'oggetto.

Del resto che arbitrato (e in genere i procedimenti alternativi alla soluzione di una controversia) e risoluzione dei contrasti gestori siano istituti irrelati tra loro, si evince dalla semplice constatazione che né dal veto (art. 2257 c.c.) né più latamente dallo stallo gestionale, mai si originano azioni o rimedi giurisdizionali davanti al giudice statale oppure che possano essere in astratto devoluti ad arbitri. Il contrasto in ordine alle decisioni da adottare nella gestione della società, in altri termini, non è una lite giustiziabile. Se, quindi, non si controverte di diritti e il contrasto non conduce a una decisione avente natura giurisdizionale, appare congruo concludere che non siamo nel campo dell'arbitrato.

Malgrado la suggestione dell'apparente analogia (indotta anche dal richiamo testuale del terzo comma dell'art. 1349 c.c. contenuta nell'art. 838-*quinquies* c.p.c.)²⁶ con la figura dell'arbitraggio, è utile rilevare che l'arbitrato gestionale non dà luogo alla determinazione dell'oggetto di un contratto "chiuso", cioè di un programma negoziale precostituito. Come accade appunto nel caso di arbitraggio²⁷ o di perizia contrattuale²⁸. Bensì ad una scelta gestionale da assumere nel quadro di un programma negoziale "aperto", come accade per tutti gli enti di natura societaria o associativa.

comm., 2006, 497, con nota di Cerrato S., che scrive che "l'istituto 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 quarto comma della disposizione in esame".

Contra, Santosuosso U., La riforma del diritto societario, Milano, 2003, 309; Arieta G. - De Santis F., L' «arbitrato economico», in Diritto processuale societario, Padova, 2004, 687 i quali considerano l'istituto come un arbitrato libero. Secondo Zoppini A., I diritti disponibili relativi al rapporto sociale nel nuovo arbitrato societario, Riv. soc., 2004, 1185, l'istituto configura una forma di arbitrato, essendo comunque rivolto a risolvere un conflitto e non a integrare un negozio incompleto.

²⁶ Non deve trarre in inganno l'ultimo comma dell'art. 838-*quinquies* secondo cui "la decisione resa ai sensi del presente articolo è impugnabile a norma dell'art. 1349, secondo comma, c.c.". La tecnica legislativa per l'applicazione (spesso foriera di equivoci) è limitata ai presupposti per l'impugnazione e non all'intero istituto disciplinato dall'art. 1349 c.c. (dal momento che, altrimenti, il legislatore avrebbe dovuto farne rinvio o richiamo integrale).

²⁷ Come nota Criscuolo F., L'arbitrato gestionale, in Conciliazione, arbitrato e gestione d'impresa nel nuovo diritto societario, a cura di Mantucci D., Napoli, 2008, è caratteristica dell'arbitraggio "la completezza originaria del negozio", pur quando si preveda che l'oggetto sia determinabile dal terzo.

La decisione del terzo, neppure è sovrapponibile quindi a quella “determinazione della prestazione dedotta in contratto” che l’art. 1349 c.c. consente alle parti di deferire all’arbitrio o all’equo apprezzamento di un arbitratore²⁹.

Nonostante, in definitiva, una parte della riflessione scientifica sostenga che l’istituto originariamente previsto nell’originario art. 37 d.lgs. 5/2003 (ora 838- *quinquies* c.p.c.) sia riconducibile alla fattispecie dell’arbitraggio³⁰, permangono tuttavia alcuni ostacoli suggeriscono di giungere ad una conclusione diversa.

Se da un lato risulta assodato che il testo legislativo parli di contrasti nella gestione e non di vere e proprie controversie, elemento che indubbiamente crea una profonda divaricazione tra la natura dell’istituto in questione e quella dell’arbitrato; dall’altro lato, non sembra che l’attività devoluta al terzo della figura sia il mero completamento di un contratto, come nel caso dell’arbitraggio.

Si è infatti in presenza di un contratto già completo di tutti i suoi elementi necessari, quindi non si è nella circostanza in cui debba essere individuato l’oggetto di un contratto né, tantomeno, l’attività del terzo può essere assimilata alla determinazione di altri elementi di un negozio giuridico o di una quantità numerica.

Non è oltretutto ben identificabile a quale contratto si intenda fare riferimento mediante la riconduzione all’arbitraggio della figura prevista nell’art. 838-*quinquies*: si potrebbe alludere al cosiddetto contratto di amministrazione, che lega ciascun amministratore alla società o allo stesso contratto di società; entrambi, comunque, si ritengono in sé contratti assolutamente completi. Se, invece, si allude al futuro contratto da stipulare o all’esecuzione di un atto di amministrazione interna, in merito al quale vi è contrasto tra gli amministratori, è ragionevole ribadire che da una parte l’arbitraggio è una tecnica di completamento di un contratto già concluso e dall’altra, invece,

²⁸ Falzea A., *L’atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 37, osservava che nel caso della perizia contrattuale l’indeterminazione è esclusivamente soggettiva, poiché le scelte sono già formulate, sì che la perizia contrattuale si risolve in un’attività, tecnica o scientifica, di carattere meramente conoscitivo (non decisorio) necessaria per farle emergere e precisarle.

²⁹ Con grande chiarezza Spada P., *L’amministrazione «arbitrata»*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum* Gian Franco Campobasso, a cura di Abbadessa P. e Portale G.B., Torino, 2006, 259: “ Il fatto è che lo stallo decisionale di più funzionari equiordinati (come possono esserlo gli amministratori di una società) non è mai incompletezza di un regolamento vincolante in formazione ma mancata formazione di una decisione che attua un preesistente regolamento vincolante (il regolamento organizzativo che fissa competenze e procedure per adottare le decisioni preordinate allo sviluppo del programma sociale...)”.

³⁰ Cerrato S.A., *Arbitrato societario e arbitrato gestionale nelle società di persone*, *Giur. It.*, 2010, 497; Corsini F., *La risoluzione dei contrasti nell’amministrazione sociale mediante “arbitraggio gestionale”*, *Le Società*, 2003, 1212; Zucconi Galli Fonseca E. *Commento all’art. 37 d. lgs. n. 5/2003*, in *Arbitrati speciali*, Commentario diretto da Carpi F., Zanichelli Editore, Torino, 2008, 147-154.

che il contrasto tra gli amministratori non sorge a causa di un contratto, bensì da fatti propri della gestione aziendale, quali, a titolo esemplificativo, la produzione o meno di beni e/o l'erogazione di servizi.

Risulta significativo mettere in evidenza che lo stallo decisionale tra soggetti equi-ordinati, come lo sono per l'appunto gli amministratori, non deriva quasi mai dall'incompletezza di un regolamento vincolante in formazione, ma dalla mancata formazione di una decisione che attua un preesistente regolamento vincolante, ossia il regolamento organizzativo, che fissa competenze e procedure per adottare le decisioni preordinate al conseguimento dell'oggetto sociale.

La *ratio* dell'arbitrato gestionale risulta essere, principalmente, quella di evitare una permanente e sistematica paralisi della gestione amministrativa, qualora si manifestino contrasti per il compimento di atti gestionali da parte degli amministratori. Si può pertanto avanzare l'ipotesi ricostruttiva che il c.d. arbitrato gestionale, costituisca una figura munita di una sua specificità, consistente nel dar luogo a una forma di amministrazione temporanea per il compimento di una scelta gestionale e debba quindi ricomprendersi nella disciplina dei sistemi di *governance*, al cui interno concretizza una particolare *species* (parziale, facoltativa e rimessa all'autonomia privata) per l'amministrazione delle società³¹.

Come è stato osservato, l'accostamento più immediato che appare possibile operare è con le gestioni imprenditoriali di tipo sostitutivo³² che si hanno quando tutto o parte del potere di assumere una o più decisioni attinenti al governo dell'iniziativa economica viene attribuito a taluno diverso dal titolare dell'iniziativa e da coloro che dell'impresa hanno il governo.

Il contenuto proprio e specifico della risoluzione del contrasto non si sostanzia infatti in uno *ius dicere* e nemmeno nell'individuazione del contenuto di un atto giuridico o di una somma di atti secondo il modulo del mandato generale di diritto comune (che è proprio dell'arbitraggio e della perizia contrattuale), bensì nello svolgimento puro e semplice di una frazione dell'attività di impresa. Siamo dunque di fronte a una particolare forma di amministrazione della società da parte di soggetti ai quali la qualifica di amministratore non è stata attribuita secondo le ordinarie regole

³¹ Nella consapevolezza ascarelliana della relatività di ogni schema concettuale e di quanto possa essere fuorviante il tentativo di inquadrare a forza nuovi fatti entro i modelli tradizionali ricevuti dalla dogmatica.

³² Così, Carraro G., L'"arbitrato economico" come gestione sostitutiva, in Riv. soc., 2020, 788, ove il richiamo al concetto di gestione sostitutiva di Rivolta G.C.M., *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1969, 59 ss.; e di Oppo G., Impresa e imprenditore, in Enc. giur. Treccani, XVI, Roma, 1989, 6 ss. ripreso da Altieri, *Prime considerazioni in tema di sequestro di prevenzione di partecipazioni sociali*, in Riv. dir. comm., 2019, I 553.

relative alla ripartizione corporativa delle competenze e alla formazione degli organi amministrativi³³.

Alla luce di queste riflessioni, si tratta dunque di vagliare i dati essenziali della figura del c.d. arbitro gestionale e così di verificare sul piano sistematico la riconducibilità della figura alle regole di *governance* ed in particolare alla categoria dei meccanismi per i quali in via generale si rendono possibili la sostituzione nell'esercizio, o la traslazione degli effetti, dell'attività di impresa³⁴.

5. La necessità di una clausola statutaria che preveda espressamente il deferimento a terzi della decisione sul contrasto gestionale

L'art. 838-*quinquies* c.p.c., parrebbe esigere un requisito formale quale presupposto del c.d. arbitro gestionale: la presenza di una esplicita e conforme clausola nell'atto costitutivo, secondo uno schema non infrequente nel nuovo diritto della società a responsabilità limitata (cfr. ad esempio l'art. 2483 c.c., in materia di titoli di debito).

Sarebbe infatti assai dubbio che coloro che hanno il potere di amministrare la società possano dimettere tale potere *ad tempus o ad actum*, mediante un apposito accordo con il quale deferiscano a terzi una decisione gestionale³⁵.

Il legislatore non ha previsto per l'introduzione della clausola ex art. 838-*quinquies*, c.p.c. un quorum assembleare particolare, a differenza di quanto disposto in tema di clausola arbitrale e attesa la mancanza della *eadem ratio* (vista l'irriducibilità della clausola qui esaminata all'istituto dell'arbitro) non pare proprio si possa applicare analogicamente la relativa disciplina

³³ Ricci E.F. Il nuovo arbitro societario", Riv. trim. dir. proc. civ., 2003, p. 517.

³⁴ Questa è in sostanza la posizione autorevolmente espressa da Spada P. L'amministrazione «arbitrata», cit., 257-266. Nello stesso senso, Fabris P., Arbitraggio societario e temporary director, in Giur. it., 2006, 1097; Purpura L., L'«arbitro economico» nella S.r.l., in S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe Portale, a cura di A.A. Dolmetta - G. Presti, Milano, 2011, 1027

³⁵ Scrivono Cerrato S.A. – Brunelli B., Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie societarie (mediazione, arbitro, arbitraggio gestionale), in A.a.V.v., Trattato delle società, diretto da Donativi V., Milano, 2022, Vol. I, 403, che La normativa "esige la presenza di una clausola nello statuto, sicché parrebbe da escludere che vi si possa ricorrere nelle società di fatto o, più in generale, in difetto di una esplicita previsione statutaria". Per Carraro G., L'"arbitro economico" come gestione sostitutiva, in Riv. soc., 2020, 789, "si tratta di un vero e proprio limite legale imperativo: in assenza di una previsione che recepisca la disposizione dell'art. 37 (ora 838-*quinquies* c.p.c.), non sarebbe altrimenti possibile deferire a terzi la soluzione di contrasti amministrativi, foss'anche al fine di evitare lo scioglimento della società; e non sarebbe neppure immaginabile alcun contratto di compromesso gestionale ad hoc, per così dire, sulla falsariga dell'art. 807 c.p.c.: ossia, non sarebbe immaginabile che mediante un negozio occasionale stipulato coloro cui spetta la scelta gestionale, e che sono protagonisti del contrasto attribuissero ad altri il potere di adottare in vece loro la decisione contrastata".

con la conseguenza che non occorre alcuna maggioranza qualificata, ma solo quella di cui all'art. 2479-bis, comma 3, c.c.³⁶.

In qualche modo, la clausola che recepisce a livello statutario l'art. 838-quinquies c.p.c. sembrerebbe assimilabile a quella di cui all'art. 2479, comma 1, c.c., con cui i soci avocano a sé decisioni gestorie, con l'unica differenza che qui, in ragione del contrasto, i beneficiari del deferimento dei poteri gestori sono i terzi e non i soci. A tal proposito, la deviazione a favore dei terzi è particolarmente opportuna, oltre che per coinvolgere nella gestione della società dei soggetti dotati di particolari competenze tecniche, per evitare che lo stallo decisionale che si è verificato nell'organo amministrativo si ripresenti anche in sede assembleare in ragione del fatto che, come spesso capita, la composizione del CDA, riflette la ripartizione del capitale sociale. Di fatto i soci, introducendo la clausola che recepisce a livello statutario l'art. 838-quinquies c.p.c. avocherebbero a sé le decisioni sul contrasto gestionale riaffidando poi la soluzione della questione a terzi.

La portata sostanziale dell'art. 838-quinquies c.p.c. appare significativa, giacché consente l'adozione di strumenti aventi rango statutario (con conseguente efficacia reale) di risoluzione dei contrasti gestori; e ciò diversamente da quanto avviene per i patti parasociali (art. 2341-bis e ter ed art. 122 TUF), che soggiacciono (salvo alcuni specifici casi) alle ben note limitazioni di opponibilità alla società in oggetto ed allo stesso organo gestorio in seno al quale il contrasto emerge.

6. I contrasti per i quali non può attivarsi la clausola

Non sembrerebbe che l'arbitrato gestionale possa valere per contrasti inter-organici, cioè tra soci e amministratori per *mala gestio*³⁷. Il riferimento è, dunque, ai soli contrasti che possono sorgere, nel caso di amministrazione pluripersonale, tra componenti dell'organo gestorio o tra soci in caso di decisione sull'opposizione ex art. 2257 c.c. (applicabile anche alle srl).

In caso di amministrazione disgiuntiva è dato a ciascun amministratore il diritto di paralizzare l'operazione che l'altro voglia compiere ma sull'opposizione decide, per espressa previsione legislativa, la maggioranza dei soci determinata in ragione della partecipazione agli utili, sì che non parrebbe consentito che lo statuto contempli direttamente la devoluzione al terzo.

³⁶Paccoia M., Società a responsabilità limitata, Torino, 2016, 276.

³⁷ Cerrato S.A., Arbitrato societario e arbitrato gestionale nelle società di persone, Giur. It., 2010, 502.

La funzione della clausola sarà dunque quella di superare le situazioni di stallo che si verifichino *nonostante l'applicazione ed il funzionamento delle regole organizzative di ciascun modello*.

Ad esempio, nel modello disgiuntivo, può verificarsi la paralisi in sede di decisione sull'opposizione provocata dalla contrapposizione tra i due unici soci con eguali percentuali di partecipazione agli utili. Nel modello congiuntivo o collegiale il deferimento al terzo può essere attivato nei casi nei quali non si riesca a formare una maggioranza né a favore né contro una proposta.

E' pur vero che la prassi negoziale ha da tempo elaborato anche altri meccanismi statutari capaci di risolvere tali blocchi decisionali (si pensi ad esempio al *casting vote*, alla clausola *simul stabunt, simul cadent*, etc. nonché a meccanismi di devoluzione a terzi simili a quanto oggi previsto dall'art. 838-*quinquies* c.p.c.). Si deve pertanto ribadire che il legislatore ha soltanto voluto positivizzare uno dei possibili meccanismi di superamento dello stallo decisionale, senza precludere all'autonomia privata di ricorrervi anche oltre i paletti fissati dal testo legislativo, salvo il rispetto delle norme imperative.

Concludendo in questa prospettiva il nuovo meccanismo risolutivo non potrà essere attuato: 1) nell'ipotesi di gestione consiliare, quando pur emergendo divergenze tra i suoi membri, si riesca, tuttavia, a convogliare la maggioranza dei consensi verso l'una o l'altra posizione; 2) nell'ipotesi di amministrazione congiuntiva per la quale la predetta maggioranza sia sufficiente, non occorrendo l'unanimità; 3) nell'ipotesi di amministrazione disgiuntiva, quando sull'eventuale opposizione i soci riescano ad addivenire ad una decisione.

7. Il contenuto della clausola. La definizione delle situazioni di stallo in cui può essere attivata la clausola

La disposizione legislativa non prevede un contenuto specifico delle clausole dell'atto costitutivo o dello statuto, non detta gli elementi essenziali né, tantomeno, quelli accidentali, affidandoli all'autonomia statutaria.

Resta perciò compito dell'interprete, segnatamente del notaio, ricavare ermeneuticamente tali elementi dal contesto normativo o dalla prassi operativa.

In considerazione dell'ampia latitudine che l'art. 838-*quinquies* c.p.c. accorda all'autonomia privata, parrebbe opportuno che la clausola circoscriva l'ambito delle questioni suscettibili di essere deferite e la tipologia di contrasti di cui il terzo o il collegio possono essere investiti. Ad esempio, i soci possono limitare la deferibilità solo allo stallo negativo (cioè ove non si raggiunga una maggioranza su una singola proposta di deliberazione) oppure al caso di più proposte positive ma

tra loro incompatibili, oppure ai soli contrasti tra amministratori che già siano stati preventivamente sottoposti ai soci e da costoro non risolti.

La clausola dovrebbe, inoltre, prevedere cosa debba intendersi per “stallo decisionale”, specificando se il potere sostitutivo del terzo sorga *ipso iure* al verificarsi del contrasto gestionale; se questo debba permanere per un certo periodo o un certo numero di riunioni; se occorra l’iniziativa di uno di coloro che hanno il potere di amministrare; se sia possibile l’iniziativa di altri organi (il revisore, i soci).

8. Ipotetici limiti alla autonomia statutaria nel deferimento a terzi della soluzione di contrasti creatisi durante l’attività gestoria dell’organo amministrativo

Secondo una tesi la clausola che recepisce a livello statutario l’art. 838-quinquies c.p.c. sarebbe idonea a risolvere solo stalli attinenti a decisioni di natura gestionale. In particolare, i contrasti a cui si riferisce la norma in esame, sarebbero solo quelli di natura imprenditoriale relativi all’esercizio dell’impresa sociale, restando esclusa l’attività di mera amministrazione, in cui sono da ricomprendersi tutti quegli adempimenti di attività societarie, tra i quali la convocazione dell’assemblea, la redazione del bilancio di esercizio e del progetto di fusione e scissione³⁸.

Si è scritto che costituirebbero limiti alla deferibilità a terzi di conflitti, in primis l’art. 2475 comma 1 c.c. e a seguire l’art. 2475 comma 5, c.c. i quali rispettivamente prevedono che: a) “l’istituzione degli assetti di cui all’art. 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori” e b) “la redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione e scissione, nonché le decisioni di aumento del capitale (delegato) sono di competenza dell’organo amministrativo”.

In riferimento al primo profilo la dottrina ha osservato che l’istituzione e la cura degli adeguati assetti amministrativi, organizzativi e contabili richiedono, oltre che una serie di competenze di carattere tecnico riguardanti la specifica attività d’impresa svolta, anche che il soggetto investito di tale potere abbia una presenza continuativa all’interno della società. Non può quindi ritenersi conforme a tale prerogativa un intervento *spot* dei soci o dei terzi, ma deve rappresentare il frutto

³⁸ Cabras G., Sub art. 37, Risoluzione di contrasti sulla gestione di società Commentario romano al nuovo diritto delle società, Il processo commerciale e l’arbitrato societario, Padova, 2009, vol. 1, 338.

del costante operato dei soggetti stabilmente legati alla vita della società, ossia degli amministratori³⁹.

Non manca, però, un diverso e contrario orientamento che, valorizzando il tenore letterale dell'art. 838-quinquies c.p.c., precisa che l'oggetto del contrasto deferibile riguarda genericamente la "gestione", con tale lemma dovendosi includere *de jure condito* tutti gli aspetti gestori ed organizzativi e non solamente gli aspetti residuali legati all'amministrazione od operatività della società. In altri termini, il contrasto potrebbe afferire sia alle decisioni relative a singoli atti dispositivi del patrimonio sociale, ma può altresì attenere alla definizione degli adeguati assetti ex art. 2086 c.c. ed, altresì, all'impronta strettamente imprenditoriale che si intende dare al capitale di rischio investito, così pure, ispirandosi alla ricerca di un equilibrio economico secondo un criterio di BJR⁴⁰.

In riferimento al secondo profilo, ossia quello riguardante le materie elencate dall'art. 2475, quinto comma, c.c., si è sostenuto che stante la "delicatezza" delle operazioni ivi elencate, la prescrizione della norma che richiede che tali atti siano decisi dagli amministratori con osservanza del metodo collegiale esclude non solo la possibilità che tali decisioni siano assunte in regime di amministrazione disgiuntiva, congiuntiva o delegata ma anche che tali materie siano avocate ai soci o differite a terzi⁴¹.

Anche ulteriori mansioni sono ritenute di esclusiva competenza dell'organo amministrativo, come ad esempio la redazione: 1) della relazione sulla gestione (art. 2428, comma 1, c.c. richiamato dall'art. 2478-bis, c.c., nella disciplina della s.r.l.); della situazione patrimoniale e della connessa relazione da sottoporre all'assemblea convocata in caso di perdita di capitale superiore al terzo (art. 2482-bis, c.c.); dei documenti connessi al progetto di fusione/scissione quali la situazione patrimoniale infrannuale e la relazione illustrativa (artt. 2501-quater e 2501-quinquies, c.c., richiamati anche dall'art. 2506-ter, comma 1, c.c.)⁴².

³⁹ Compagnoni E., Le clausole di risoluzione dei contrasti sulla gestione di società nel sistema di governance delle s.r.l., Riv. dir. comm., 2025, I, 523.

⁴⁰ Fontana F., La risoluzione di contrasti sulla gestione di società (pensieri attorno all'art. 838-quinquies c.p.c.), <https://afpc.it>, blog del 6.6.2023.

⁴¹ Compagnoni E., Le clausole di risoluzione dei contrasti sulla gestione di società nel sistema di governance delle s.r.l., Riv. dir. comm., 2025, I, 524.

⁴² Compagnoni E., Le clausole di risoluzione dei contrasti sulla gestione di società nel sistema di governance delle s.r.l., Riv. dir. comm., 2025, I, 524.

Considerati i dubbi sopra prospettati da parte della dottrina che le materie e mansioni sopra elencate in quanto di esclusiva ed inderogabile competenza degli amministratori non possano essere sottratte alla esclusiva competenza dell'organo amministrativo per essere riaffidate a terzi dando luogo al deferimento di cui all'art. 838-quinquies c.p.c., sembra opportuno che la clausola statutaria escluda dette operazioni/mansioni da quelle deferibili a terzi ex art. 838-quinquies c.p.c.⁴³.

9. Ipotetici limiti alla autonomia decisoria dei terzi nominati nella soluzione di contrasti creatisi nell'organo amministrativo. L'alternativa tra scelta tra le soluzioni proposte dagli amministratori in contrasto o la piena libertà decisoria sul tema in contrasto

Un importante profilo da indagare riguardo alla clausola statutaria ex art. 838-quinquies, c.p.c., è quello attinente alla discrezionalità, o meglio ampiezza di poteri, di cui dispongono i terzi nell'assumere la decisione ad essi differita. Infatti, i primi commentatori dell'allora art. 37 D.Lgs, n. 5/2003 hanno sostenuto che i terzi non sarebbero completamente liberi di assumere la decisione gestoria, ma dovrebbero limitarsi a scegliere la soluzione preferibile tra le varie opzioni prospettate dagli amministratori in contrasto⁴⁴. Quindi, i terzi nominati dovrebbero limitarsi ad esprimere un parere favorevole o contrario ad un determinato atto gestorio, senza offrire anche proposte costruttive, o comunque modificative, dell'alternativa sottoposta loro dagli amministratori in contrasto⁴⁵.

Si riteneva che il terzo potesse unicamente scegliere una delle proposte contrastanti, soluzione giustificata con l'esigenza di evitare che gli amministratori siano esautorati dai loro compiti⁴⁶, o possano essere chiamati a rispondere per scelte da altri compiute⁴⁷. Al fondo di questa opinione

⁴³ Si rileva che ad esempio per Carraro G., L'"arbitrato economico" come gestione sostitutiva, in Riv. soc., 2020, 797, la redazione del progetto di bilancio rientrerebbe tra quelle situazioni in cui può verificarsi uno stallo gestionale risolvibile con le clausole previste dall'art. 838-quinquies, c.p.c.

⁴⁴ Dalmotto E. "L'arbitraggio gestionale", in "L'arbitro nelle società", Zanichelli, 2013, p. 61; Morera U., L'arbitraggio per la risoluzione dei contrasti gestionali nelle s.r.l., in Analisi giur. econ., 2003, 320; Arieta G. - De Santis F., L'«arbitrato economico», in Diritto processuale societario, Padova, 2004, 701.

⁴⁵ Corsini F., Risoluzione di contrasti sulla gestione di società, in Il nuovo processo societario, diretto da Chiarloni S., Bologna, 2008, 1258.

⁴⁶ Morera U., L'arbitraggio per la risoluzione dei contrasti gestionali nelle s.r.l., in Analisi giur. econ., 2003, 320.

⁴⁷ Majorano A., Sub art. 37, A.a.V.v., I procedimenti in materia commerciale, a cura di Costantino G., Padova, 2005, 813.

c'è il timore che la clausola apra la strada ad una fraudolenta interposizione di terzi nell'amministrazione della società⁴⁸.

Prevale nella dottrina più recente l'orientamento che critica la tesi sopra esposta perché la stessa non risulterebbe coerente con la traslazione del potere decisionale conseguente al deferimento previsto senza limitazioni dall'art. 838-quinquies, c.p.c. La tesi sopra esposta e qui criticata sembrerebbe ultronea rispetto alla formulazione dell'art. 838-quinquies, c.p.c., che mai stabilisce che i terzi possano solo "scegliere" tra le alternative precedentemente proposte dagli amministratori in conflitto né che i terzi siano tenuti ad attenersi entro il principio, di matrice processualistica, di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (che potrebbe conseguire eventualmente solo in esito alla riconduzione qui negata della clausola alla fattispecie dell'arbitrato).

Si è, infatti, osservato che "trattandosi di una funzione di integrazione della volontà altrui...è perfettamente legittimo che i terzi assumano una decisione anche travalicando o disattendendo eventuali opinioni, domande, conclusioni o richieste formulate dalle parti in contrasto"⁴⁹.

A conferma della tesi qui da ultimo sostenuta si è invocato anche il comma terzo dell'art. 838-quinquies, c.p.c., che sancisce che, qualora la clausola lo preveda, i terzi possono "dare indicazioni vincolanti anche sulle questioni collegate (a) quelle espressamente deferitegli", confermando il fatto che il potere decisionale dei terzi possa estendersi oltre i confini delle ipotesi prospettate dagli amministratori⁵⁰.

Sembra quindi corretto ritenere che i terzi possano decidere liberamente in merito alla questione ad essi deferita, non dovendo limitarsi a scegliere quale tra le opzioni prospettate dagli amministratori, sia la migliore.

⁴⁸ Rordorf R., I sistemi di amministrazione e controllo nella nuova s.r.l., Società, 2003, 669; Ricci E.F., Il nuovo arbitrato societario, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2003, 517.

⁴⁹ Cerrato S.A. – Brunelli B., Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie societarie (mediazione, arbitrato, arbitraggio gestionale), in A.a.V.v., Trattato delle società, diretto da Donativi V., Milano, 2022, Vol. I, 506; di questo avviso anche Auletta F. "La risoluzione di contrasti sulla gestione di s.r.l. (ovvero l'amministrazione *de consilio*)", Riv. dir. comm., 2013, I, p. 386, secondo cui "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"; Carraro G., L'"arbitrato economico" come gestione sostitutiva, in Riv. soc., 2020, 801; Minervini E., L'arbitrato «economico» e la risoluzione dei contrasti sulla gestione delle società, in Giur. comm. 2004, 884, nota 10, il quale porta l'efficace esempio del terzo che, nel contrasto tra amministratori che intendono acquistare un bene ed amministratori che sostengono l'opportunità di locarlo, reputi invece scelta gestionale ottimale quella per cui la società prenda il bene in *leasing*.

⁵⁰ Compagnoni E., Le clausole di risoluzione dei contrasti sulla gestione di società nel sistema di governance delle s.r.l., Riv. dir. comm., 2025, I, 514.

Si ricavano da quanto qui affermato i seguenti principi applicabili alla decisione del terzo: in primo luogo, “la decisione risolutiva del contrasto tra coloro che hanno il potere di amministrazione non soggiace alla regola di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, né sotto il profilo generale dell’art. 112 c.p.c., né sotto quello specificamente proprio dei lodi arbitrali contemplato all’art. 829, n. 12, c.p.c. Essenza del procedimento di risoluzione è sempre l’adozione della scelta più consentanea alla cura dell’interesse societario affidato al decisore: questa scelta trascende dunque l’interesse (e le prospettazioni) dei remittenti la decisione, anche se ovviamente potrebbe conformarsi, qualora vi coincidesse, ad una delle due (o più) alternative in contrasto”⁵¹; in secondo luogo, la decisione potrebbe a rigore risolversi addirittura in un *non liquet*, qualora il terzo reputasse che nessuna tra le alternative gestionali fosse a suo giudizio conforme all’interesse dell’impresa.

Concludendo la clausola statutaria ex art. 838-quinquies, c.p.c., è una sorta di vaso da riempire, una fattispecie nominata ma senza una compiuta disciplina tipica. La clausola dello statuto introdotta ex art. 838-quinquies, c.p.c., potrà prevedere clausole deboli in cui l’arbitratore è munito dei soli poteri basilari, circoscritti al *thema decidendum*, e clausole forti in cui detti poteri vengono estesi sensibilmente.

Le clausole di tipo forte redistribuiscono l’equilibrio dei poteri tra amministratori ed arbitratore gestionale favorendo la posizione di quest’ultimo, la cui decisione vale a statuire sull’affare, e quindi sulla fattispecie gestoria, a prescindere dai contorni della questione devoluta. Quindi, in riferimento alle clausole c.d. forti “può dunque a buon diritto affermarsi che siffatte clausole realizzano non semplicemente il superamento dello stallo, ma una vera e propria sostituzione degli amministratori nella gestione dell’affare su cui vi è contrasto”⁵².

L’art. 838-quinquies, c.p.c., laddove prevede che il soggetto chiamato a dirimere i contrasti possa dare indicazioni vincolanti anche su questioni collegate con quelle espressamente deferitegli chiarisce, se ce ne fosse bisogno, l’estraneità al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, confermando la natura sostanziale e non processuale dello strumento di risoluzione del contrasto ed, inoltre, consentendo all’interprete di delineare il possibile perimetro della decisione all’interno di un collegamento per oggetto o per effetto rispetto alle questioni su cui verte il contrasto. Il terzo decidente sul contrasto può, quindi, dare indicazioni vincolanti anche “*extra o ultra petitum*” e non sarà tenuto a limitarsi ad una scelta di campo tra due proposte

⁵¹ Carraro G., L’“arbitrato economico” come gestione sostitutiva, in Riv. soc., 2020, 801.

⁵² Pisani L. “Modelli di amministrazione delle società di persone ed arbitraggio gestionale”, in AA.VV. “Amministrazione e controllo nel diritto delle società”, *Liber amicorum* Antonio Piras, Giappichelli, 2010, p. 307.

gestorie tra loro opposte o divergenti, ma potrà, ad esempio anche rigettarle entrambe o declinarle con prescrizioni, con l'unico limite di dover assumere una determinazione in buona fede.

10. Il soggetto legittimato ad assumere l'iniziativa di devoluzione al terzo del contrasto

L'art. 838-quinquies, c.p.c. non precisa a chi, all'interno della società, spetti prendere l'iniziativa per deferire al terzo il contrasto. Si tratta di un aspetto non trascurabile in quanto da esso dipende la stessa possibilità di risolvere il contrasto gestionale. Per questo motivo è senz'altro utile che la questione relativa alla titolarità del potere di iniziativa venga espressamente regolata dalla clausola societaria predisposta. Nella clausola si può prevedere che l'iniziativa spetti, ad esempio, a ciascun amministratore e/o ai soci e/o all'organo sindacale (se nominato).

Bisogna tuttavia interrogarsi su cosa accade in assenza di previsioni statutarie sul punto. Appare sensato, per diversi motivi, ritenere che il potere di avviare la procedura di nomina spetti agli amministratori⁵³, o più precisamente a ciascun amministratore⁵⁴.

Infatti, gli amministratori sono i soggetti direttamente coinvolti nel contrasto e sono le prime persone ad avere conoscenza dello stallo e sono anche le persone che, meglio conoscendo il problema, possono illustrare al designatore oppure al terzo risolutore tutti i termini della questione⁵⁵.

Ulteriore questione è se vi siano ulteriori soggetti rispetto agli amministratori legittimati ad instaurare il procedimento (sempre nel silenzio della clausola statutaria in materia).

Secondo una tesi sarebbero legittimati anche i soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale ex art. 2479, comma 1, c.c.⁵⁶. Secondo una tesi più estrema ciascun socio o l'organo

⁵³Sangiovanni V. "Risoluzione di contrasti sulla gestione di società, arbitraggio e modelli di amministrazione", *Riv. dell'arbitrato*, 2008, 10.

⁵⁴Purpura L. "Risoluzioni di contrasti sulla gestione di società, in S.r.l. Commentario a cura di Dolmetta A.A., Presti G., Milano, 2011, 1023.

⁵⁵Sangiovanni V. "Risoluzione di contrasti sulla gestione di società, arbitraggio e modelli di amministrazione", *Riv. dell'arbitrato*, 2008, 10.

⁵⁶Purpura L. "Risoluzioni di contrasti sulla gestione di società, in S.r.l. Commentario a cura di Dolmetta A.A., Presti G., Milano, 2011, 1023.

sindacale, se nominato, in considerazione del fatto che il superamento della situazione di stallo è interesse dell'ente societario⁵⁷.

E' pertanto opportuno, se non necessario, normare nella clausola la legittimazione ad assumere l'iniziativa di devoluzione al terzo del contrasto. In questo caso, nulla sembra impedire che nella clausola si attribuisca anche a singoli soci o all'organo sindacale la facoltà di provocare il deferimento, ove ne ricorrano i presupposti, in coerenza con l'idea che la sopravvivenza della società sia bene meritevole di tutela.

11. Le modalità di designazione del terzo

Venendo alle modalità di nomina del terzo inseribili nella clausola statutaria si ritengono ammissibili: 1) la designazione nominativa direttamente nella clausola del terzo cui è rimessa la soluzione del contrasto futuro. In tal caso è opportuno definire nella clausola un meccanismo di nomina sostitutivo, per il caso che il designato non voglia o non possa accettare; 2) la designazione nella clausola del soggetto terzo cui è demandata la nomina del terzo al momento di ciascun conflitto. La nomina può essere deferita a un terzo (presidente del Consiglio notarile ove ha sede la società, Presidente del Tribunale, presidente della Camera di Commercio etc.), ma in tal caso è opportuno indicare i criteri di scelta. Infatti, posto che si tratta di decisione gestionale è opportuno che il designato sia munito di esperienza e competenza di carattere amministrativo/imprenditoriale; 3) la previsione nella clausola che siano gli stessi amministratori in contrasto a nominare di volta in volta il terzo decisore. Per la fattispecie in esame non è infatti riportato, uno specifico criterio di nomina del terzo o dei terzi chiamati a deferire il contrasto gestorio, a differenza di quanto prescritto per l'arbitrato societario, dove si prevede che, a pena di nullità, la nomina debba essere affidata ad un soggetto estraneo alla società⁵⁸.

⁵⁷Guidotti R. – Raffaelli G., la risoluzione dei contrasti sulla gestione nella s.r.l. (dopo l'entrata in vigore del codice della crisi), in Ristrutturazioni aziendali, 15 agosto 2022, 7. Contra Auletta F." La risoluzione di contrasti sulla gestione di s.r.l. (ovvero l'amministrazione *de consilio*)", Riv. dir. comm., 2013, I, p. 388, secondo cui "non c'è spazio, nella lettura che si preferisce qui, per conferire ad altri che l'amministratore (e, dunque, neppure al socio, anche quando rappresenti almeno un terzo del capitale sociale il potere di devoluzione del contrasto al terzo".

⁵⁸ Cabras G., Art. 37, Risoluzione di contrasti sulla gestione di società, in A.a.V.v., Commentario dei processi societari, diretto da Arieta G. – De Santis F., Torino, 2007, Vol. II, 959. Scrive Sanzo S., Artt. 34-37 d.lgs. 5/2003, in A.a.V.v., Il nuovo diritto societario. Commentario, diretto da Cottino G. – Bonfante G. – Cagnasso O. – Montalenti P., Bologna, 2004, 2996 che nel testo finale dell'art. 37 (ora 838-quinquies, c.p.c.) è stato soppresso l'obbligo di attribuire il potere di nomina ad un soggetto estraneo alla società.

È stata ritenuta sconsigliabile la prima soluzione, visto che il terzo preventivamente e nominativamente designato potrebbe non essere disponibile all'occorrenza⁵⁹ ed anche l'ultima soluzione visto che l'attualità del conflitto potrebbe rendere impossibile l'accordo degli amministratori/soci sul terzo o sui terzi da nominare⁶⁰. In caso di mancato accordo sulla nomina del terzo o dei terzi, ci si interroga se sia possibile presentare ricorso al presidente del tribunale ai sensi dell'art. 810, comma 2, c.p.c. per la loro nomina. Una tesi negando la natura arbitrale dell'istituto si è pronunciata in senso negativo⁶¹. Altri hanno dato risposta positiva sul presupposto che nell'ipotesi di arbitraggio l'art. 1473, comma 2, c.c. e l'art. 82 disp. Att. c.c., prevedono il ricorso per la nomina al presidente del tribunale, con la conseguenza che detta facoltà debba piuttosto considerarsi come una regola generale tutte le volte in cui le parti non riescano ad addivenire ad un accordo sulla nomina di un determinato soggetto. Ne consegue che l'intervento sostitutivo del presidente del tribunale per la nomina del terzo o dei terzi, ai fini della risoluzione del *deadlock*, potrà riconoscersi indipendentemente dalla qualificazione che si voglia dare all'istituto di cui all'art. 838-quinquies, c.p.c.⁶².

Quindi, i terzi potranno essere individuati sia direttamente e *semel pro semper* dalla stessa clausola (che indicherà puntualmente o *per relationem* il decisore) sia indirettamente, rimettendo tale competenza ad altri soggetti. Si deve ritenere che non vi siano limiti di sistema nel configurare una pattuizione che affidi ad una persona giuridica, quale potrebbe essere una società di consulenza o di revisione, o direttamente al suo rappresentante legale pro tempore, il compito di risolvere il conflitto gestionale⁶³.

⁵⁹Zucconi Galli Fonseca E., Commento all'art. 37 d. lgs. n. 5/2003, in *Arbitrati speciali*, Commentario breve al codice di procedura civile. Appendice di aggiornamento, a cura di Carpi e Taruffo, Padova, 2004, 265.

⁶⁰Majorano A., Sub art. 37, A.a.V.v., I procedimenti in materia commerciale, a cura di Costantino G., Padova, 2005, 812.

⁶¹Girello G., Risoluzione dello stallo gestionale mediante ricorso all'art. 37 D. lgs. n.5/2003, in *Le società*, 10/2005, 1290.

⁶²Cabras G., Art. 37, Risoluzione di contrasti sulla gestione di società, in A.a.V.v., Commentario dei processi societari, diretto da Arieta G. – De Santis F., Torino, 2007, Vol. II, 960.

⁶³Cabras G., Art. 37, Risoluzione di contrasti sulla gestione di società, in A.a.V.v., Commentario dei processi societari, diretto da Arieta G. – De Santis F., Torino, 2007, Vol. II, 960; Corsini F., "Sub art. 37 del d.lgs. n. 5/2003", in AA.VV. "Il nuovo processo societario", diretto da Chiarloni S., Zanichelli, 2008, p. 1034; Cerrato S.A. – Brunelli B., Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie societarie (mediazione, arbitrato, arbitraggio gestionale), in A.a.V.v., Trattato delle società, diretto da Donativi V., Milano, 2022, Vol. I 497.

12. Il concetto di “terzietà” del soggetto nominato per decidere

Si discute se il soggetto al qual viene deferita la soluzione del contrasto debba semplicemente essere terzo oppure debba essere anche indipendente e imparziale, come avviene per l'arbitro e per coloro che sulla base di una previsione di legge siano chiamati ad assicurare la decisione delle liti⁶⁴.

Analizzando la formulazione dell'art. 838-quinquies, c.p.c., la stessa si limita a riferirsi ai decisori definendoli “terzi”, senza fare alcun riferimento al loro carattere di estraneità rispetto alla società o ai suoi organi.

Ci si deve interrogare se la terzietà sia da intendere rispetto alla società nel suo complesso (quindi anche rispetto ai soci) o solo rispetto agli amministratori in contrasto tra loro.

In dottrina è caldeggiata, come naturale conseguenza della natura sostanziale e non processuale dell'istituto in questione, la seconda opzione, ossia quella che ritiene che il concetto di “terzietà” debba essere parametrato solamente agli amministratori. Pertanto, tra i soggetti a cui viene deferita la decisione non possono figurare quelli, precedentemente investiti del potere di amministrare, che hanno innescato il “contrasto”⁶⁵.

Infatti, dato che il deferimento della decisione gestionale non è in nessun modo assimilabile ad una domanda giudiziale, parrebbe che si debba accedere a una nozione sostanziale di terzietà (la stessa che è disseminata in molte disposizioni legislative: artt. 936, 1180, 1411, 2264 o 2612 c.c). ossia nel significato genericamente inteso nel diritto privato di mera condizione obiettiva propria di chiunque non sia stato originariamente partecipe del rapporto o del contrasto.

⁶⁴ Come nota Carraro G., *L'arbitrato economico* come gestione sostitutiva, in Riv. soc., 2020, 794 nota 26 le tre distinte nozioni - tra loro in verità non coincidenti - di terzietà, imparzialità ed indipendenza vengono a questo proposito non sempre declinate con precisione, e talvolta usate come sinonimi. Ad esempio per Cabras G., Sub art. 37, Risoluzione di contrasti sulla gestione di società Commentario romano al nuovo diritto delle società, Il processo commerciale e l'arbitrato societario, Padova, 2009, vol. 1, 340, è sufficiente che il designato si trovi « in posizione di terzietà e quindi di indipendenza rispetto ai soggetti in conflitto », ma è « da escludere che debba essere imparziale »; per Guidotti R., *L'arbitraggio gestionale nelle società di persone e nelle società a responsabilità limitata*, in Notariato, 2005, 37, i terzi dovrebbero invece « trovarsi in una situazione di imparzialità »; e nello stesso senso anche Minervini E., *L'arbitrato « economico » e la risoluzione dei contrasti sulla gestione della società*, in Giur. comm., 2003, 881.

⁶⁵ Carraro G., *L'arbitrato economico* come gestione sostitutiva, in Riv. soc., 2020, 795, secondo cui la terzietà è da interpretarsi in modo puramente sostanzialistico, ossia nel significato, genericamente inteso dal diritto privato, di mera condizione obbiettiva propria di chiunque non sia stato originariamente partecipe del rapporto a prescindere dal grado del possibile interesse. In tal senso anche: Dalmotto E. *“L'arbitraggio gestionale”*, in *“L'arbitro nelle società”*, Zanichelli, 2013, p.60, nota 26; Fabris P., *Arbitraggio societario e temporary director*, in Giur. it., 2006, 1096, nota 23.

Si è quindi sostenuto che i “terzi” nominati a cui vengono deferite le decisioni gestorie non possano essere gli amministratori in contrasto ma possano essere soci (non amministratori) della società o membri del suo organo di controllo (invocando l’art. 2386, comma quinto c.c., che nel caso di introduzione di clausola *simul stabunt simul cadent* prevede nel caso di cessazione dell’organo amministrativo l’affidamento dell’ordinaria amministrazione della società ai sindaci) a o addirittura altri portatori di interessi societari (ad esempio creditori sociali o suoi dipendenti)⁶⁶.

In considerazione della presenza anche di una diversa tesi secondo cui la “terzietà andrebbe misurata non solo rispetto all’organo amministrativo, ma riguardo a tutta l’organizzazione societaria, inclusa la compagine sociale⁶⁷, ma soprattutto, per ragioni di opportunità visto che lo stallo decisionale per contrasto nell’organo amministrativo di società partecipate pariteticamente si riflette nell’assemblea societaria partecipata pariteticamente sembra opportuno evitare di prevedere quali “terzi decisori” soggetti soci o organi della società o terzi creditori della stessa⁶⁸.

Sembra non vietato e anche opportuno prevedere nel caso di società a base familiare la nomina quali “terzi” beneficiari del deferimento decisorio i fondatori della società per dare loro un ulteriore strumento di controllo sul passaggio generazionale⁶⁹. Qualora i discendenti, attuali soci e amministratori della società, si trovassero in una situazione di insanabile stallo gestionale, magari originato da una differente visione strategica, potrebbe essere utile deferire la soluzione dell’*impasse* ai predecessori che, così facendo, rappresenterebbero i soggetti chiamati a ricordare lo spirito dell’iniziativa imprenditoriale familiare.

⁶⁶ Compagnoni E., Le clausole di risoluzione dei contrasti sulla gestione di società nel sistema di governance delle s.r.l., Riv. dir. comm., 2025, I, 504,

⁶⁷ Corsini F., Risoluzione di contrasti sulla gestione di società, in Il nuovo processo societario, diretto da Chiarloni S., Bologna, 2008, 1279; Zucconi Galli Fonseca E., Commento all’art. 37 d. lgs. n. 5/2003, in Arbitrati speciali, Commentario diretto da F. CARPI, Zanichelli Editore, Torino, 2008, 77; Minervini E., L’arbitrato «economico» e la risoluzione dei contrasti sulla gestione delle società, in Giur. comm. 2004, 882; Ruotolo A. “La risoluzione dei contrasti nella gestione delle società”, Studi e Materiali. Quaderni del Consiglio nazionale del notariato, Milano, 2005, p. 1296.

⁶⁸ Secondo Auletta F. “La risoluzione di contrasti sulla gestione di s.r.l. (ovvero l’amministrazione *de consilio*)”, Riv. dir. comm., 2013, I, p. 392, la “terzietà” del decisore potrebbe avere un significato minimo che coincide con la mera alterità rispetto alla società (soci e organi sociali) ma potrebbe interpretarsi anche con maggiore intensità “attingendo alle nozioni di controllo, collegamento, influenza (art. 2359 c.c.) o di direzione e coordinamento (art. 2497 c.c.)”.

⁶⁹ Sul tema del passaggio generazionale: Busi C.A., Il passaggio generazionale nelle società familiari, La gestione straordinaria delle imprese, 2022, n. 6, 6; Busi C.A., La gestione del passaggio generazionale mediante la costituzione di una srl familiare, La gestione straordinaria delle imprese, 2024, n. 1, 6.

L'autonomia privata sembra del tutto libera nella predisposizione della clausola di richiedere al terzo nominato specifici requisiti di imparzialità e neutralità, nonché il possesso di specifici requisiti professionali rispetto alle questioni controverse.

Il terzo o i terzi nominati devono trovarsi in una situazione di imparzialità, cosicché non potranno essere nominati arbitratori gli stessi amministratori in contrasto. Non appare quindi riconducibile alla clausola ex art. 838-quinquies c.p.c. la clausola, pur legittima (vedi sopra) che attribuisce al presidente del consiglio di amministrazione o ad un amministratore (*primus inter pares*) il potere di dirimere i conflitti sorti in seno all'organo gestorio (c.d. *casting vote*)⁷⁰.

La dottrina ritiene che non possa affidarsi l'incarico al collegio sindacale, ove presente, poiché in tal caso l'organo deputato alla vigilanza sull'amministrazione sarebbe tenuto ad assumere decisioni gestorie⁷¹. Poiché il terzo decisore si pronunzia su operazioni gestorie, con valutazione di merito e di opportunità, si può ritenere che per tale incarico valgano gli stessi limiti legali e convenzionali previsti per l'assunzione della carica di amministratore.

13. Il procedimento. Cenni generali

La norma non precisa come il terzo o i terzi risolvano il conflitto nella gestione della società. La disposizione di legge norma solo la decisione e i suoi effetti, ma appare scontato che la stessa decisione costituisce l'esito di un procedimento, disciplinato unicamente dall'autonomia privata e, quindi, essenzialmente con disposizioni statutarie.

Tale regolamentazione deve essere, però, coerente con il fine perseguito dall'istituto in esame.

Innanzitutto, il procedimento per il superamento dello stallo decisionale può essere obbligatorio, con avvio automatico al verificarsi delle situazioni previste nella clausola, ovvero facoltativo, con avvio soltanto su ricorso dei soggetti coinvolti nella disputa e più interessati all'adozione della scelta gestionale. In quest'ultimo caso la clausola deve indicare i soggetti legittimati⁷² e le modalità per rimettere al terzo la questione.

Il procedimento deve essere breve, per il fatto che è finalizzato all'adozione di una decisione di carattere gestionale. In assenza di paletti legislativi, l'autonomia statutaria può delineare le varie

⁷⁰ Iozzo F., I sistemi di amministrazione nella s.r.l., in A.a.V.v., Le nuove s.r.l., diretto da Sarale M., Bologna, 2008, 546.

⁷¹ Iozzo F., I sistemi di amministrazione nella s.r.l., in A.a.V.v., Le nuove s.r.l., diretto da Sarale M., Bologna, 2008, 546.

⁷² Proto Pisani, La nuova disciplina del processo societario, Foro it., 2003, V, 18.

fasi della procedura al fine di un sollecito e ordinato svolgimento⁷³. Pertanto, la clausola può articolare più fasi e soprattutto stabilire tempi, necessariamente brevi⁷⁴ e modalità per lo svolgimento del procedimento. In assenza di prescrizioni nella clausola il procedimento dovrà svolgersi nel modo più semplice possibile, alla stregua del principio di efficienza e rapidità che deve guidare le scelte gestionali nella amministrazione della società, con l'unico onere per il terzo decisore di valutare le questioni da dirimere, previa acquisizione delle necessarie informazioni e dei documenti, nonché previa considerazione delle soluzioni già proposte.

Il potere di risolvere il contrasto può essere affidato a una persona sola oppure a più persone. Spetta ai soci, al momento della redazione della clausola valutare quale di queste due possibilità meglio si attagli alle loro esigenze: Considerato che il terzo avrà diritto a un compenso per l'attività svolta potrebbe essere preferibile conferire l'incarico a una persona singola piuttosto che a più persone, al fine di ridurre i costi. Tuttavia, più soggetti decidenti offrono la garanzia di un miglior approfondimento della questione controversa.

Qualora siano nominati più soggetti, la dottrina ritiene che questi costituiscano, come si ricava dal comma terzo della norma un collegio desumendo dal principio di collegialità che la loro decisione vada adottata a maggioranza⁷⁵. Sembra, comunque, opportuno che il *quorum* maggioritario venga precisato dalla clausola statutaria. Qualora si opti per una composizione collegiale ci si deve chiedere se sia necessario un numero dispari di componenti, data la mancata puntualizzazione a riguardo da parte del legislatore⁷⁶: ovviamente si ritiene preferibile che la clausola precisi che il collegio debba essere formato da un numero dispari di soggetti, al fine di evitare in caso di numero pari la possibilità che si riproponga anche nel collegio dei decisori uno stallo⁷⁷.

I terzi decisori, una volta nominati, dovranno poi comunicare la loro accettazione dell'incarico ovvero il loro rifiuto. In caso di rifiuto si potrà domandare al designatore (ove contemplato dalla clausola) che provveda ad una nuova nomina, o in mancanza si potrà ricorrere al tribunale secondo il disposto dell'art. 82 disp. Att. C.c. dianzi richiamato.

⁷³ Sangiovanni V. "Risoluzione di contrasti sulla gestione di società, arbitraggio e modelli di amministrazione", Riv. dell'arbitrato, 2008, p. 16,

⁷⁴ Girello G., Risoluzione dello stallo gestionale mediante ricorso all'art. 37 D. lgs. n.5/2003, in Le società, 2005, 1290.

⁷⁵ Cabras G., Art. 37, Risoluzione di contrasti sulla gestione di società, in A.a.V.v., Commentario dei processi societari, diretto da Arieta G. – De Santis F., Torino, 2007, Vol. II, 960.

⁷⁶ In dottrina ritiene che i terzi decisori possano essere indicati in numero pari Minervini E., L'arbitrato «economico» e la risoluzione dei contrasti sulla gestione delle società, in Giur. comm. 2004, 881.

⁷⁷ Guidotti R. – Raffaelli G., la risoluzione dei contrasti sulla gestione nella s.r.l. (dopo l'entrata in vigore del codice della crisi), in Ristrutturazioni aziendali, 15 agosto 2022, 9.

Nella prassi è in uso scomporre (nella clausola statutaria) l'*iter* del procedimento decisorio in tre fasi: 1) quella preparatoria o istruttoria, tesa ad acquisire tutte le informazioni e gli elementi utili per assumere le scelte gestionali da adottare; 2) quella decisionale vera e propria, in cui vengono fatte le valutazioni di merito che determinano la decisione finale; 3) quella attuativa in cui si dà rilevanza esterna alla decisione.

La ripartizione sopra riportata fa emergere che il deferimento a terzi del contrasto rappresenta una dislocazione del solo potere decisionale (seconda fase). Dunque, a seguito dell'attivazione della clausola, la fase decisionale (ed esclusivamente quella) viene affidata ai terzi mentre quella preparatoria (in gran parte) e quella di esecuzione restano di esclusivo appannaggio degli amministratori.

Nella prima fase (quella preparatoria), che con ogni evidenza, precede l'assunzione della decisione da parte del terzo, gli amministratori devono trasmettere ai terzi decisori le informazioni necessarie e utili per adottare una soluzione al contrasto che avvenga in modo consapevole; solo gli amministratori possono fornire ai terzi decisori, avendo curato ex art. 2086, secondo comma, c.c., l'adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, le necessarie indicazioni per garantire che la decisione finale sia adeguata alla natura o alle dimensioni dell'impresa⁷⁸.

Nella terza fase (quella attuativa) una volta che i terzi hanno assunto la decisione loro deferita, gli amministratori e legali rappresentanti sono tenuti a darvi esecuzione, salvo che la decisione possa configurare un pregiudizio (grave) per la società.

Resta inteso che qualora amministratori e soci, successivamente all'attivazione della clausola di cui all'art. 838-quinquies c.p.c., superino i contrasti che gli avevano impedito in precedenza di assumere la decisione gestoria, venendo, di conseguenza, meno le condizioni che avevano legittimato l'attivazione della clausola e il deferimento al terzo della decisione, potranno revocare il mandato decisorio ai terzi ed assumere e attuare la decisione concordata, senza tenere conto anche di una eventuale decisione prospettata dai terzi. Ciò perché la raggiunta intesa nell'organo amministrativo comprova il superamento della situazione di stallo gestorio che estingue il potere "sostitutivo" del terzo.

⁷⁸Carraro G., L'"arbitrato economico" come gestione sostitutiva, in Riv. soc., 2020, 814.

14. Il procedimento: l'attività preparatoria della decisione

In riferimento alla fase istruttoria è evidente che i terzi decisori debbano disporre di tutte le informazioni per decidere sul contrasto gestionale loro deferito. Di conseguenza, all'atto del deferimento gli amministratori saranno tenuti a fornire ai terzi decisori un dossier contenente tutti gli elementi riguardanti la decisione deferita. Tale obbligo nasce dalla presenza di una clausola statutaria ex art. 838-quinquies, c.p.c. a cui gli amministratori devono dare esecuzione. In presenza di detta clausola gli amministratori non possono esimersi dall'obbligo di mettere i terzi decisori nelle migliori condizioni per adempiere al loro mandato. Non mettere i terzi nella condizione di assumere la decisione sul contrasto in modo ottimale rappresenterebbe, oltre che un atto lesivo dell'interesse sociale, una sostanziale violazione dei patti sociali. Gli amministratori devono, quindi, fornire i documenti utili per la decisione, fermo restando che i terzi decisori potranno domandare integrazioni e dovranno sentire gli amministratori o eventualmente altri soggetti coinvolti⁷⁹.

L'assenza in coloro che sono chiamati a risolvere il conflitto gestionale di un ruolo giurisdizionale materiale implica parimenti che essi non siano tenuti ad attuare alcun principio del contraddittorio (principio invece imposto agli arbitri dall'art. 816-bis, c.p.c.).

La discrezionale opportunità, non la necessità, di un informale contraddittorio si correla non già a un diritto dei confliggenti, ma semmai al dovere, che grava su chiunque sia investito anche solo temporaneamente di poteri gestori, di agire in modo informato (art. 2381, ultimo comma, c.c. richiamato dall'art. 2474, ultimo comma, c.c.)⁸⁰. È dunque solamente una previsione esplicita contenuta nella clausola ex art. 838-quinquies, c.p.c. che può imporre al terzo, investito della risoluzione del contrasto, di provocare un contraddittorio formale tra le persone che hanno il potere di amministrare od eventualmente, tra, e con, altri organi societari o i soci stessi.

⁷⁹ Cerrato S.A. – Brunelli B., Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie societarie (mediazione, arbitrato, arbitraggio gestionale), in A.a.V.v., Trattato delle società, diretto da Donativi V., Milano, 2022, Vol. I, 506. Sangiovanni V. "Risoluzione di contrasti sulla gestione di società, arbitraggio e modelli di amministrazione", Riv. dell'arbitrato, 2008, p. 6, sembra configurare un vero e proprio diritto degli amministratori di "presentare deduzioni e documenti al risolutore², motivando che "è vero che questa esigenza di contraddittorio produce l'effetto di appesantire il procedimento, ritardando la risoluzione del contrasto a tendenziale danno dell'efficienza societaria. D'altro canto pare incompatibile con i principi generali dell'ordinamento che i diretti interessati (gli amministratori) non possano partecipare, con il proprio contributo (anche informativo), alla decisione del terzo".

⁸⁰ Carraro G., L'"arbitrato economico" come gestione sostitutiva, in Riv. soc., 2020, 793.

15. Il procedimento: la decisione e la possibilità che il terzo decisore dia agli amministratori “indicazioni vincolanti anche su questioni collegate con quelle espressamente deferitegli”

L’art. 838-quinquies, terzo comma, c.p.c. prevede 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 su questioni collegate con quelle espressamente deferitegli”. La norma, già art. 37 del d.lgs. 5/2003 come afferma inequivocabilmente la sua rubrica, ancor prima del suo contenuto, risiede nella predisposizione di un meccanismo volto alla “risoluzione dei contrasti di gestione”, ed una risoluzione passa necessariamente attraverso il riconoscimento di un minimo di potere vincolante, quello, appunto, di risolvere la questione deferitagli, al terzo decisore gestionale.

La dottrina ricava anche dalla disposizione del terzo comma che la decisione del terzo risolutore è vincolante per la società, pur se questo principio non viene espresso a chiare lettere dalla legge, ma è desumibile dalla stessa. Infatti, se il terzo comma della norma prevede che il risolutore può dare indicazioni vincolanti “anche” sulle questioni collegate, ne consegue evidentemente che può essere “vincolante” sulla questione principale⁸¹.

Premesso quanto sopra, partendo dal riconoscimento generico della vincolatività della decisione del terzo si ricava dunque il riconoscimento normativo della facoltà dei soci di graduare, attraverso la concreta formulazione della clausola, l’intensità dei poteri del terzo decisore. Detti poteri sussistono in ogni caso, nei loro contenuti, per il semplice fatto che la clausola di risoluzione sia stata inserita nell’atto costitutivo. Ne consegue la possibilità di tracciare la distinzione, fondata sul grado di intensità, tra clausole “deboli” in cui il terzo decisore è munito dei soli poteri basilari, circoscritti al *thema decidendum*, e clausole “forti” in cui detti poteri vengono estesi sensibilmente. La piena legittimità delle clausole “forti”, confermata dal tenore dell’art. 838-quinquies, terzo comma, c.p.c. consente di delineare il ruolo che la clausola può ritagliare al terzo decisore. Attraverso l’inserimento di clausole forti si riduce significativamente il rischio che nell’interpretazione della clausola ex art. 838-quinquies, c.p.c. insorgano equivoci.

La clausola debole ancora i poteri del terzo decisore alla scelta tra le soluzioni proposte dalle parti in contrasto e rischia di evocare una sorta di principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato,

⁸¹ Sangiovanni V. “Risoluzione di contrasti sulla gestione di società, arbitraggio e modelli di amministrazione”, Riv. dell’arbitrato, 2008, p. 9.

non consentendo di adottare una soluzione che risolva esaustivamente il contrasto. È inutile sottolineare come una clausola debole rischi di ridurre le *chances* di effettiva e completa risoluzione dei contrasti.

Le clausole “forti” realizzano il superamento dello stallo attraverso una vera e propria sostituzione degli amministratori nella gestione dell’affare su cui vi è contrasto, ivi compresi gli affari collegati, se il terzo decisore, autorizzato in tal senso dalla clausola, reputi necessario statuire anche su questi.

Il terzo comma dell’art. 838-quinquies, c.p.c.⁸² laddove consente che la clausola possa, altresì, prevedere che il soggetto chiamato a dirimere i contrasti possa dare “indicazioni vincolanti anche sulle questioni collegate con quelle espressamente deferitegli” chiarisce, se ce ne fosse bisogno, l’estraneità al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (principio a cui deve, viceversa, attenersi il giudice civile ex art. 112 c.p.c. che recita “il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa”), confermando la natura sostanziale e non processuale dello strumento di risoluzione del contrasto, consentendo all’interprete di delineare nella clausola il possibile perimetro della decisione, all’interno di un collegamento per oggetto o per effetto rispetto alla questione su cui verte il contrasto.

La dottrina ha sottolineato come tale disposizione non sia che l’espressione di un principio di carattere generale, che si argomenta dall’art. 1708, c.c., e che, ragionevolmente trova applicazione anche nel campo delle deleghe di potere amministrativo, alla cui stregua entro i limiti di qualsiasi incarico gestorio dovrebbero sempre intendersi compresi anche gli atti che si riconnettono all’attività espressamente assentita ed affidata a colui che è investito dell’ufficio, e ne costituiscono l’ulteriore svolgimento naturale ed il necessario completamento⁸³.

⁸² Il terzo comma è stato aspramente criticato in dottrina: Corsini F., *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, in *Il nuovo processo societario*, diretto da Chiarloni S., Bologna, 2008, 1281 in quanto ritenuta disposizione pericolosa ed inopportuna che rischia di scardinare il sistema di distribuzione della responsabilità tra terzi ed amministratori.

⁸³ Carraro G., *L’arbitrato economico* come gestione sostitutiva, in *Riv. soc.*, 2020, 803. La dottrina ha sempre guardato con preoccupazione al tenore del terzo comma della norma affermando che la stessa debba “essere interpretata con estremo rigore ed in modo assolutamente restrittivo” così Paccoia M., *Società a responsabilità limitata*, Torino, 2016, 277; anche Carcano G., *Sub art. 2475*, in *A.a.V.v., Società a responsabilità limitata*, a cura di Bianchi L.A., in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti P., Bianchi L.A., Ghezzi F., Notari M., Milano, 2008, p. 582 scrive che al comma terzo deve attribuirsi un significato molto ristretto; secondo Guidotti R. – Raffaelli G., *la risoluzione dei contrasti sulla gestione nella s.r.l. (dopo l’entrata in vigore del codice della crisi)*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 15 agosto 2022, 13, “la norma sembra poter 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

La norma non fissa regole per la forma della determinazione adottata dal terzo. Trattandosi, però, di una determinazione che assume le veci della decisione gestionale di un organo amministrativo, destinate normalmente ad essere consacrate in un verbale o comunque in un atto scritto, è preferibile ritenere necessaria la forma scritta⁸⁴, con obbligo di riportare la stessa decisione (nella s.r.l.) sul libro dei verbali, in cui sono contenute le decisioni amministrative⁸⁵

16. Il procedimento: la fase attuativa della decisione

Venendo alla fase attuativa della decisione non sembra accettabile ritenere che il terzo decisore possa dare direttamente attuazione alla propria decisione sul contrasto. Infatti, questa competenza resta in capo agli amministratori e legali rappresentanti della società (art. 2475-bis, c.c.). È, quindi possibile affermare che, una volta ricevuta la decisione gestoria assunta dai terzi, sugli amministratori grava il dovere di darvi esecuzione, salvo disattendere quelle che sono fonte di pericolo o di danno per la società, i creditori o i singoli soci⁸⁶.

Sembra opportuna una delibera intermedia dell'organo amministrativo per recepire la decisione assunta dal terzo antecedente alla sua esecuzione da parte del legale rappresentante della società⁸⁷, visto che la decisione del terzo potrebbe essere da integrare per renderne possibile l'attuazione (nel caso in cui la decisione sia manchevole su qualche aspetto) e che l'organo

rappresenta oggetto del contrasto soltanto perché non si è ancora potuta formare la decisione gestionale che ne costituisce il presupposto"; secondo Purpura L. "Risoluzioni di contrasti sulla gestione di società, in S.r.l.", Commentario a cura di Dolmetta A.A., Presti G., Giuffrè, 2011, p. 1026, il comitato appare teso "a consentire, a chi dirima il contrasto, di fissare le implicazioni operative dell'istanza prescelta, in modo da evitare il riproporsi, immediatamente a valle o a latere della disputa risolta, di nuove situazioni di stallo decisionale".

⁸⁴Majorano A., Sub art. 37, A.a.V.v., I procedimenti in materia commerciale, a cura di Costantino G., Padova, 2005, 813.

⁸⁵ Cabras G., Art. 37, Risoluzione di contrasti sulla gestione di società, in A.a.V.v., Commentario dei processi societari, diretto da Arieta G. – De Santis F., Torino, 2007, Vol. II, 961.

⁸⁶ Così Cerrato S.A. – Brunelli B., Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie societarie (mediazione, arbitrato, arbitraggio gestionale), in A.a.V.v., Trattato delle società, diretto da Donativi V., Milano, 2022, Vol. I, 506, i quali osservano che "la decisione (dei terzi) avrà carattere vincolante per gli amministratori, ma nel normale senso gestorio di esso come desumibile dall'art. 2364, n. 5, c.c., cioè imponendosi la sua non esecuzione ove essi ritengano che dall'esecuzione possa derivare un pregiudizio assumendosi naturalmente ogni conseguente responsabilità per questa decisione".

⁸⁷ Guidotti R. – Raffaelli G., la risoluzione dei contrasti sulla gestione nella s.r.l. (dopo l'entrata in vigore del codice della crisi), in Ristrutturazioni aziendali, 15 agosto 2022, 10, secondo cui "la decisione resa dal terzo, benché vincolante, non può essere *tout court* assimilata a una decisione dell'organo amministrativo, con la conseguenza che gli amministratori dovranno riunirsi a valle della ricezione della determinazione del risolutore al fine di recepire quanto effettivamente deciso da quest'ultimo in ordine alla controversia". Contra Compagnoni E., Le clausole di risoluzione dei contrasti sulla gestione di società nel sistema di governance delle s.r.l., Riv. dir. comm., 2025, I, 516.

amministrativo, motivando con la eventuale dannosità della decisione, potrebbe rifiutarsi di darvi esecuzione.

L'intervento degli amministratori nella fase attuativa è motivato, oltre dal fatto che i terzi non sono dotati della rappresentanza esterna della società, dal relativo dovere di disattendere le decisioni che possono recare pregiudizio alla società⁸⁸. Infatti, in questo modo, gli amministratori, essendo chiamati a compiere un monitoraggio sulla decisione gestoria assunta da terzi, fungono da ultimo "filtro di legittimità prima della sua attuazione, con le ricadute sui relativi profili di responsabilità che si vedranno oltre.

17. La responsabilità degli amministratori. Cenni generali

Si riscontra nella prassi una certa diffidenza rispetto alla soluzione di rimettere con una clausola ex art. 838-quinquies, c.p.c. a un soggetto terzo delle scelte manageriali discrezionali⁸⁹.

Tale diffidenza è in qualche misura condizionata anche dall'incertezza applicativa del c.d. principio della *business judgement rule*⁹⁰, ossia circa l'insindacabilità delle discrezionali decisioni gestorie.

⁸⁸ In tal senso: Cerrato S.A. – Brunelli B., Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie societarie (mediazione, arbitrato, arbitraggio gestionale), in A.a.V.v., Trattato delle società, diretto da Donativi V., Milano, 2022, Vol. I, 506, secondo cui "gli amministratori avranno sempre, nei confronti del dictum arbitrale, che equivale ad una eterodeterminazione gestoria, l'usuale potere/dovere di non dare esecuzione alla decisione qualora ritengano che essa possa comunque recar pregiudizio alla società". Vedi anche Cabras G., Art. 37, Risoluzione di contrasti sulla gestione di società, in A.a.V.v., Commentario dei processi societari, diretto da Arieta G. – De Santis F., Torino, 2007, Vol. II, 965.

⁸⁹ I primi commentatori, Associazione Disiano Preite, Il nuovo diritto delle società, a cura di Olivieri G. – Presti G. – Vella F., Bologna, 2003, 259, scrivevano "qualora questo tipo di istituto dovesse essere effettivamente utilizzato nella prassi, si porrà il delicato problema di coordinare la vincolatività delle decisioni del terzo con le regole in materia di responsabilità degli organi sociali. Non è infatti chiaro se il terzo sia esclusivo responsabile delle decisioni adottate in materia di amministrazione o se di esse rispondano anche gli amministratori, i quali, in tal caso, dovrebbero essere dotati di un potere di opporvisi".

⁹⁰ La *business judgement rule*, consiste in una presunzione di buona fede nei confronti dell'operato dei *directors*: in assenza di prova contraria (che è a carico di colui che agisce nei confronti dei *directors*) di frode, di mala fede e di abuso, l'operato dei *directors* viene presunto essere stato intrapreso nel miglior interesse della società. Per invocare la protezione di detta regola l'organo amministrativo non deve trovarsi in una situazione di conflitto di interessi con la società, non deve agire senza essersi adeguatamente informato ed, infine non deve agire con colpa grave. Per una conferma di detti principi si veda il *leading case* deciso dalla Corte Suprema del Delaware 1.3.1984, *Arosen v. Lewis*, p. 473 A.2d 805, p. 812, secondo cui "*the business judgment rule is a presumption that is making decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company*". Pertanto, qualora l'organo gestorio abbia assunto una decisione conforme al "*the right amount of informations*" e qualificabile come ragionevole/razionale, al verificarsi di risultati negativi essi saranno affrancati da eventuali responsabilità, poiché titolari di una certa discrezionalità nel decidere sull'opportunità di un progetto. In dottrina: Bainbridge S.M. "The business judgment rule as abstention doctrine", *Law review*, 2004, p. 102; Balotti

In altre parole, l'amministratore (anche terzo decisore) non può essere chiamato a rispondere in sede di azione di responsabilità delle conseguenze negative delle proprie scelte discrezionali di gestione, laddove abbia rispettato tutti gli obblighi di corretta amministrazione.

Più precisamente è esonerato da responsabilità l'amministratore che abbia assunto decisioni nel rispetto dei propri doveri fiduciari (*fiduciary duties*), quali: *the duty of care*, *the duty to monitor*, *the duty to inquiry*, *the duty of loyalty*⁹¹.

In linea con quanto sopra riportato sembrerebbe la Suprema Corte italiana allorché afferma che “è pur vero tuttavia che, in tal tipo di giudizio (le scelte di gestione), può ben sindacarsi l'omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità, e perciò anche la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischi connessi all'operazione da intraprendere”⁹². Peraltro, nel panorama giurisprudenziale si osserva una grave disomogeneità di orientamento in merito ai criteri da valutare per l'applicazione della predetta *business judgment rule*.

R.F., Hanks jr, J.J. “Rejudging the business judgment rule”, *American Bar association*, 48, agosto 1993, p. 1337; Eisenberg M. “The duty of care of corporate directors and officers”, *University of Pittsburgh Law Review*, 1990, V. 51, p. 963; Angelici C. “Interesse sociale e business judgment rule”, *Riv. dir. comm.*, 2012, I, p. 573; Angelici C. “Diligentia quam in suis e business judgment rule”, *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 675; Benedetti L. “L'applicabilità della *business judgment rule* alle decisioni organizzative degli amministratori”, *Riv. soc.*, 2019, p. 414; Cesiano D. “L'applicazione della business judgment rule nella giurisprudenza italiana”, *Giur. comm.*, 2013, II, p. 949; Gatti F. “La responsabilità degli amministratori e la business judgment rule”, *Giur. it.*, 2021, p. 1678; Peruzzo G. “Business judgment rule e responsabilità degli amministratori di s.p.a.”, Aracne, 2016; Piscitello P. “La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgment rule”, *Riv. soc.*, 2012, p. 1167; Semeghini D. “Il dibattito statunitense sulla business judgment rule”, *Riv. dir. soc.*, 2013, p. 206; Sottoriva C. “Business judgment rule e mercati finanziari”, in AA.VV. “Efficienza economica e tutela degli investitori”, a cura di Alvaro S., Cappariello E., Gentile V., Iannaccone E.R., Mollo G., Nocella S., Ventoruzzo V. “Quaderni di finanza”, 2016, p. 11; Talia F. “Il dovere di diligenza e la business judgment rule”, *Nuovo dir. soc.*, 2013, p. 17.

⁹¹ L'amministratore della società è tenuto ad osservare il dovere di lealtà nei confronti della stessa, evitando che vengano create situazioni di conflitto di interessi tra l'amministratore e la società, ovvero che egli agisca in concorrenza con la società o si appropri delle *corporate opportunities*. Secondo Trib. Napoli, 11.3.2019, giurisprudenzadelleimprese.it, “gli amministratori andranno esenti da responsabilità nel caso in cui provino di aver agito in buona fede raggiunto una decisione adeguatamente informata, ragionevole e in assenza di un interesse in conflitto con quello della società, e di aver seguito le cautele e svolto le verifiche che si imponevano nel singolo caso.

⁹² Cass. 22.6.2017 n. 15470, *Ricerche giuridiche*, Vol. 6, n. 2, dicembre 2017, p. 143, con nota di Mansoldo S. “Responsabilità degli amministratori di s.p.a. Business judgment rule e limiti all'insindacabilità delle scelte di gestione”; Cass. 28.4.97 n. 3652, *Resp. civ. e prev.*, 1998, p. 424.

Spesso tale regola viene applicata scorrettamente mediante una inaccettabile valutazione *ex post* dei processi causali originati dalle decisioni gestorie assunte dagli amministratori⁹³. In altre parole, spesso si tende a giudicare con il “senno di poi” le decisioni dell’organo amministrativo imputando a quest’ultimo le conseguenze negative che ne sono derivate.

Risulta evidente che se il risultato economico di una decisione è negativo, la scelta di gestione è stata sbagliata. Ma ciò non significa che, automaticamente, sia ravvisabile una responsabilità dell’organo amministrativo. Il Giudice in forza della c.d. *business judgment rule* non può operare una valutazione di merito circa l’opportunità di una determinata linea gestoria, ma dovrebbe limitarsi a vagliare la condotta degli amministratori e le scelte di questi ultimi, secondo una valutazione *ex ante* delle stesse ed un vaglio di legittimità di tali decisioni alla luce dei criteri di buona amministrazione.

È proprio da tale incertezza applicativa e dalla tendenza a giudicare il merito delle decisioni gestorie che determina un primo motivo di diffidenza del socio imprenditore e amministratore nei confronti delle soluzioni che rimettono determinate decisioni gestorie a soggetti terzi.

18. La responsabilità dei terzi decisori

L’art. 838-*quinquies* comma 3 c.p.c., prevede la possibilità che i soci possano ampliare la competenza decisoria del terzo anche a “questioni collegate con quelle espressamente deferite”, con la precisazione che il terzo “possa dare indicazioni vincolanti anche sulle questioni collegate”.

Da quanto sopra si desume che le decisioni dell’amministratore temporaneo siano tutte vincolanti, ma lascia aperta la questione del regime della responsabilità del terzo o del collegio per la decisione assunta la quale si sia in ipotesi rivelata poi dannosa per la società e degli amministratori per l’esecuzione della stessa.

Non sembrerebbe da condividere l’affermazione, per cui dalla regola dell’ultimo comma dell’art. 838-*quinquies* c.p.c., che rende annullabile la decisione di risoluzione del contrasto solo ove si provi la mala fede del terzo decisore, sarebbe da inferire che anche sul piano risarcitorio la

⁹³ Secondo Trib. Milano 28.6.2021, in giurisprudenza delle imprese.it, in base al principio *business judgment rule* la convenienza delle scelte di gestione adottate dagli amministratori e dai liquidatori di società è tendenzialmente insindacabile in sede giudiziale, salvo la manifesta irragionevolezza delle stesse, desumibile dal fatto che l’amministratore non abbia usato le necessarie cautele e assunto le informazioni rilevanti. Si tratta di una valutazione da condurre necessariamente *ex ante*, non potendosi affermare l’irragionevolezza di una decisione dell’amministratore per il solo fatto che essa si sia rivelata *ex post* economicamente svantaggiosa per la società. In particolare, non può essere ritenuto responsabile l’amministratore o il liquidatore che, prima di adottare la scelta gestoria contestata, si sia legittimamente affidato all’ausilio di figure professionali specializzate.

responsabilità di costui dovrebbe essere limitata unicamente ai danni arrecati da una decisione arbitrata in mala fede⁹⁴

Il rischio è di equivocare tra stabilità (o impugnabilità) dell'atto ed imputabilità delle eventuali conseguenze dannose della condotta negligente del soggetto che per conto della società lo ha posto in essere: le due nozioni sono tra loro chiaramente irrelate, come dimostra, a tacer d'altro, proprio la disciplina della società di persone che non conosce possibilità alcuna d'impugnare, una volta compiuti, gli atti dell'amministratore, ma non per questo affranca costui da responsabilità verso la società medesima per le conseguenze dannose (art. 2260, co. 2, c.c.).

Per quanto attiene alla responsabilità che il terzo o il collegio, mandatarî della società in quanto temporaneamente investiti di un potere gestorio sostitutivo (seppur circoscritto all'oggetto del contrasto), assumono per gli atti gestionali che sono chiamati ad adottare e che, evidentemente, opera nei rapporti interni tra arbitratore e società, occorre ribadire

che il contenuto della risoluzione del contrasto si sostanzia nello svolgimento di una frazione dell'attività organicamente propria dell'impresa. Le conseguenze di rilievo giuridico delle quali l'ordinamento è chiamato ad occuparsi non si prospettano in termini diversi da quanto avviene per le conseguenze di ogni altro comportamento imprenditoriale. Dirimerle postula dunque determinare, da un lato, a chi debba essere riferita la paternità della condotta (ossia, della decisione gestionale); dall'altro, a chi debbano esserne riferiti gli effetti giuridici nonché il saldo economico dei relativi risultati.

Il terzo, in quanto chiamato per previsione dell'atto costitutivo a risolvere il contrasto partecipa eccezionalmente al governo dell'impresa, quantunque (a differenza dei soci amministratori) non ne abbia anche l'esercizio. Sembra coerente pertanto concludere che gli effetti giuridici della decisione gestionale sostitutiva che egli assume siano direttamente imputabili alla società; e per conseguenza anche i risultati economici e il saldo - positivo o negativo - dell'operazione non potranno che riversarsi sui soci, fossero anche soci illimitatamente responsabili.

D'altro canto, la responsabilità per le conseguenze dannose del singolo atto gestionale colposamente adottato all'esito del procedimento di risoluzione del contrasto graverà sul terzo (o rispettivamente sul collegio), secondo la disciplina del mandato e quindi secondo i medesimi

⁹⁴ In questo senso, Schiuma L. Conciliazione, arbitrato o gestione d'impresa nel nuovo diritto o societario, a cura di D. Mantucci, Napoli, 2008, 167; ma in precedenza già autorevolmente Spada P. "L'amministrazione arbitrata", in AA.VV. "Il nuovo diritto delle società", *Liber amicorum* Gian Franco Campobasso, UTET, 2006, I, p. 265.

canoni di diligenza contemplati all'art. 1710 c.c. che, tra l'altro, corrispondono esattamente a quelli richiamati dall'art. 2260 per la generalità degli amministratori di società di persone⁹⁵. Tenendo conto si commisurerà, eventualmente, anche allo speciale criterio dell'art. 1176, c. 2 c.c., là dove il terzo o il collegio fossero stati scelti in ragione di loro specifiche competenze professionali.

Pensando, invece, ai possibili fattori esimenti (o, comunque, attenuanti) la responsabilità dei terzi, è possibile osservare che, qualora non siano fornite loro tutte le informazioni necessarie per prendere la decisione gestoria differita, questi non possono essere chiamati a rispondere per le scelte gestionali, rilevatesi dannose, compiute basandosi sulla carente istruttoria ricevuta dagli amministratori. A tal proposito, si può ragionare su una sorta di parallelismo tra questa situazione e quella che riguarda il rapporto tra singolo componente del consiglio di amministrazione e gli organi delegati: là dove, appunto, non può esservi responsabilità del consiglio, quando le informazioni fornite a sua richiesta dagli amministratori delegati si rivelino inesatte, errate o lacunose⁹⁶.

19. La responsabilità degli amministratori per le decisioni dei terzi

Come abbiamo anticipato nel corso del presente studio gli amministratori sono detentori del pieno controllo sia sulla fase istruttoria del procedimento che su quella di attuazione, con relative responsabilità.

Pertanto gli amministratori saranno considerati responsabili: 1) per non aver fornito ai terzi decisori tutti gli elementi utili per prendere in modo quanto più informato la decisione (c.d. difetto di istruttoria); 2) per aver eseguito una decisione pregiudizievole per la società.

In riferimento alla prima ipotesi, partendo da quanto appena scritto in tema di responsabilità dei terzi decisori, la verificata responsabilità dei terzi decisori ex art. 838-quinquies, c.p.c. non esime tuttavia da qualsiasi responsabilità coloro che detengono l'ordinario potere di amministrazione e che il contrasto hanno originato: i quali, invero, pur quando abbiano deferito al terzo la questione oggetto di contrasto, non si spogliano però del dovere generale di istituire- e, va soggiunto, costantemente mantenere - un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile (art. 2086, co. 2 c.c.); e quindi debbono far sì che la decisione da assumere si contemperi con questo adeguato assetto, se necessario segnalando in anticipo al terzo (che difficilmente potrebbe averne,

⁹⁵ Così anche Guidotti R. – Raffaelli G., la risoluzione dei contrasti sulla gestione nella s.r.l. (dopo l'entrata in vigore del codice della crisi), in *Ristrutturazioni aziendali*, 15 agosto 2022, 12; .,

⁹⁶ Angelici C., *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, Riv. dir.comm., 2006, I, 692.

altrimenti, compiuta conoscenza) scelte che già di per sé non si prospettassero «adeguate alla natura o alle dimensioni dell'impresa».

Questa conclusione appare del resto coerente con l'interpretazione della novella introdotta dal nuovo codice della crisi, per cui si vuole distinto il piano dell'organizzazione e della relativa responsabilità - che adesso appunto inderogabilmente spetta ai soli amministratori (art. 2257 e 2475 in relazione all'art. 2086, co. 2, c.c.- da quello dell'operatività della società, che-pur nella stessa s.r.l. -tuttora contempla la possibilità che singoli atti gestionali siano, a certe condizioni, imputabili anche a non amministratori (art. 2476, comma 7 c.c., ed appunto, art. 838-*quinquies* c.p.c.).

Con l'ulteriore corollario che, quanto minore e più lacunosa sarà la *disclosure* verso gli arbitratori da parte degli amministratori tra loro in contrasto, rispetto agli assetti organizzativi, amministrativi e contabili che imprescindibilmente competono a questi ultimi e che rilevano sulle scelte in gioco, tanto minore sarà il grado di responsabilità dei primi per la scelta gestionale, risolutiva sì del contrasto, ma rivelatasi poi dannosa per l'insufficiente o reticente informazione ricevuta dagli amministratori;

In riferimento alla seconda ipotesi, anche se la decisione dei terzi ha un valore organizzativo “vincolante”, il fatto che gli amministratori, in quanto dotati della legale rappresentanza della società (art. 2475-bis, c.c.), siano chiamati a darvi concreta attuazione, fa sì che questi ne siano anche i responsabili come controllori di ultima istanza. Infatti, qualora questi, ricevendo da terzi una decisione dannosa per la società, vi dessero attuazione, compirebbero una violazione del dovere di corretta gestione.

È, pertanto, possibile affermare che, in via generale, gli amministratori hanno l'obbligo di dare esecuzione alle decisioni dei terzi, ma, qualora queste siano dannose per le società possono, anzi, devono, pena la loro responsabilità, apporvi un rifiuto⁹⁷.

⁹⁷Cerrato S.A. – Brunelli B., Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie societarie (mediazione, arbitrato, arbitraggio gestionale), in A.a.V.v., Trattato delle società, diretto da Donativi V., Milano, 2022, Vol. I, 506. Tale ricostruzione consente di superare la ricostruzione di chi, partendo dal presupposto errato che la decisione dei terzi dovesse esclusivamente limitarsi ad un'opzione secca tra soluzioni precostituite, ne desumeva che ne dovessero rispondere nei confronti della società solo coloro che tra gli amministratori avessero avanzato l'istanza definitivamente accolta, liberando da responsabilità chi tra gli amministratori avesse avanzato una diversa e contrapposta proposta, così Morera U. “L'arbitraggio per la risoluzione dei contrasti gestionali nelle s.r.l.”, *Analisi giur. Economica*, 2003, p. 321; Majorano A., Sub art. 37, A.a.V.v., I procedimenti in materia commerciale, a cura di Costantino G., Padova, 2005, 813.

Un terzo ed ultimo aspetto va affrontato in tema di responsabilità degli amministratori, visto che nella fase attuativa, si può celare un ultimo profilo di responsabilità per gli amministratori. Infatti, le decisioni formulate dai terzi potrebbero essere generiche e prive di indicazioni di “dettaglio” strumentali alla loro esecuzione materiale. In tal caso, agli amministratori è rimessa la discrezionalità tecnica di completare la decisione, con esposizione degli stessi ad ulteriori specifici profili di responsabilità per cui ben vengano le pur temute indicazioni vincolanti su questioni “collegate alla decisione”, che completano la soluzione offerta dai terzi.

20. Il procedimento. Il reclamo e l'impugnazione

L'ultimo comma dell'art. 838-*quinquies* c.p.c. riconosce ai soci la facoltà di inserire nell'atto costitutivo o nello statuto la previsione della reclamabilità della decisione presa in prima istanza.

In mancanza di una esplicita previsione la decisione non è dunque reclamabile. Si opera in uno spazio vuoto di diritto legislativo⁹⁸, poiché il legislatore lascia all'autonomia privata il compito di determinare le regole sul reclamo, con l'unica precisazione che il procedimento deve svolgersi davanti a un collegio, sebbene paia opportuno che del medesimo non faccia parte chi ha deciso in precedenza. È peraltro opportuno che gli atti costitutivi prevedano tempi rapidi per la contestazione della determinazione di primo grado, vista la funzione dell'istituto.

Ove non sia previsto nella clausola un termine per la proposizione del reclamo ci si chiede se la prima decisione sia sempre reclamabile, purché non ancora o eseguita, o, viceversa, se possa desumersi dalla norma societaria l'esistenza di un termine di decadenza. Pare preferibile la seconda soluzione, potendosi ritenere applicabile analogicamente il termine di decadenza di 90 giorni di cui agli artt. 2475-ter, secondo comma e 2479-ter, primo comma e 2377, sesto comma, c.c.), stante l'esigenza di certezza collegata alle dinamiche di un'impresa⁹⁹.

Opportuno sembrerebbe prevedere all'interno della clausola che in caso di reclamo la prima decisione non possa essere eseguita nelle more del reclamo stesso. In altre parole, la previsione statutaria dovrà prevedere che la proposizione del reclamo differisca automaticamente l'efficacia e

⁹⁸Iozzo F., I sistemi di amministrazione nella s.r.l., in A.a.V.v., *Le nuove s.r.l.*, diretto da Sarale M., Bologna, 2008, 548, scrive che “l'art (838-quinquies, c.p.c., “è una norma in bianco posto che demanda all'autonomia statutaria la determinazione delle modalità procedimentale. (del reclamo)”.

E' peraltro opportuno che gli atti costitutivi prevedano tempi rapidi per la contestazione della determinazione di primo grado, vista la funzione dell'istituto

⁹⁹ Iozzo F., I sistemi di amministrazione nella s.r.l., in A.a.V.v., *Le nuove s.r.l.*, diretto da Sarale M., Bologna, 2008, 548,

l'eseguibilità della decisione di prima istanza e che tale effetto sospensivo permanga fino alla definizione terminale del contrasto.

Sotto il profilo funzionale è da sottolineare come il reclamo abbia l'esclusiva finalità di provocare la richiesta di una nuova decisione sul contrasto gestionale, da assumersi ad opera di un organo, questa volta necessariamente collegiale, secondo le medesime regole e principi di buon governo cui si improntava anche la prima decisione e rispetto alla quale, ancora una volta, deve perseguire il risultato "migliore" nella gestione dell'impresa. Anche la nuova decisione si concentrerà sulla soluzione dell'originario contrasto ed entro quel perimetro sarà svincolata non solo dal principio della domanda, ma altresì dalle ragioni della critica con cui il reclamante investe la prima decisione. La nuova decisione collegiale avrà pertanto un effetto interamente sostitutivo della precedente, anche, per assurdo, quando ne replicasse interamente il contenuto.

Infine, l'impugnazione di cui all'ultimo comma della norma appartiene al novero delle impugnative negoziali e conduce semplicemente all'annullamento della decisione, non alla sostituzione dell'atto decisorio. Infatti, la normativa non attribuisce all'autorità giudiziaria un potere di sostituirsi all'autonomia privata nel merito della scelta gestoria¹⁰⁰. Per ottenere l'annullamento sarà necessario dimostrare che il terzo o i terzi abbiano intenzionalmente agito a danno di taluno, con un atteggiamento psicologico accertato del terzo decidente che si sia piegato intenzionalmente al volere di uno dei soggetti in contrasto al fine di favorirlo. La dottrina esclude che la decisione possa essere censurata per vizi diversi dalla mala fede¹⁰¹

21. Pubblicità legale

L'inquadramento del terzo "risolutore del contrasto" dipende dal regolamento statutario – di volta in volta – adottato dai soci, nei limiti delle norme inderogabili di legge. La gestione sostitutiva, proprio in quanto opera in conformità di una clausola dell'atto costitutivo e quindi di una regola organizzativa preventivamente accettata dai soci, non ha qui però natura di gestione coattiva, come accade invece in altre ipotesi: prima fra tutte, l'amministrazione giudiziaria dell'art. 2409

¹⁰⁰ Sangiovanni V. "Risoluzione di contrasti sulla gestione di società, arbitraggio e modelli di amministrazione", *Riv. dell'arbitrato*, 2008, 10, che "in caso di assenza di espresse previsioni degli atti costitutivi non pare possibile applicare l'art. 1349, comma 1, c.c.: se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice".

¹⁰¹ Cerrato S.A. – Brunelli B., *Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie societarie (mediazione, arbitrato, arbitraggio gestionale)*, in A.a.V.v., *Trattato delle società*, diretto da Donativi V., Milano, 2022, Vol. I, 495; Cabras G., Art. 37, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, in A.a.V.v., *Commentario dei processi societari*, diretto da Arieta G. – De Santis F., Torino, 2007, Vol. II, 964.

e.e., là dove l'amministratore giudiziario viene imposto *ab extra* e, per espressa previsione di legge (art. 93 disp. att. c.c.), ha veste di pubblico ufficiale.

Al contrario, il soggetto cui viene deferito il contrasto parrebbe organo interno alla società, sia pur «temporaneo» poiché ripete il suo potere deliberativo in astratto direttamente dalla previsione statutaria: allo stesso modo che sono organi della società i probiviri delle cooperative bancarie (v. art. 30, co. 5, T.U.B.), sebbene anche costoro siano chiamati ad operare in modo occasionale e sempre sulla base di un'istanza *ad hoc*.

Se è vero che il terzo o il collegio cui viene deferito il contrasto gestionale assume con la propria decisione un atto di amministrazione, allorché la società sia una società a responsabilità limitata si pone il problema se sia necessario rispettare l'art. 14, lett. d), della dir. UE 1132/2017 (corrispondente al vecchio art. 2 della prima direttiva societaria 68/151/CEE), alla cui stregua debbono essere pubblicate nel registro delle imprese «la nomina, la cessazione dalle funzioni nonché le generalità delle persone che, in quanto organo previsto per legge o membri di tale organo (...) ii) partecipano all' amministrazione, alla vigilanza o al controllo della società». Tenuto conto che il fondamento della formalità pubblicitaria risiede propriamente nell'interesse della collettività a «conoscere taluni atti essenziali dell'impresa» (IV *Considerando* della prima direttiva) che attengono alla sua organizzazione e al suo modo di essere.

Tra questi atti essenziali vi sono per l'appunto anche gli atti che declinano «le generalità delle persone» che partecipano all'amministrazione ed hanno il potere di assumere una od altra decisione gestionale, senza possibilità di distinguere tra potere originario e potere sostitutivo o tra stabilità e temporaneità dell'incarico.

Vi è però da dire che la modulistica del registro imprese non prevede attualmente un apposito campo da valorizzare per la nomina e i poteri del terzo (o collegio) al quale è deferito il contrasto gestionale.

22. Conclusioni

L'art. 838-quinquies, c.p.c., (già art. 37 del d.lgs n. 5/2003) deve essere considerato uno dei maggiori punti di forza del sistema di risoluzione degli stalli decisori gestionali ed ha colmato una lacuna normativa importante in materia, in quanto i blocchi nell'attività gestoria degli organi amministrativi pluripersonali sono da considerarsi un fenomeno frequente ed una problematica reale all'interno del panorama societario.

Tuttavia, si deve constatare che non esiste in materia alcuna pronuncia giurisprudenziale in merito e che la prassi non sembra aver recepito la possibilità di normare negli statuti il c.d. *deadlock* gestionale¹⁰².

La discrepanza constatata tra le notevoli potenzialità dell'istituto ed il fallimentare riscontro pratico è ancora più disarmante se si pensa che lo strumento è stato tarato su quei modelli societari (società di persone e s.r.l.) che costituiscono la frazione più rilevante nel tessuto produttivo/imprenditoriale italiano, composto in gran parte da piccole e medie imprese (PMI) e sono peraltro anche i modelli societari in cui maggiore è la probabilità di incorrere in una situazione di stallo gestionale.

La disposizione avrebbe forse potuto essere collocata o meglio "spostata" anche dalle recenti riforme all'interno della disciplina sostanziale dell'amministrazione della srl¹⁰³ e ciò certamente avrebbe contribuito a creare chiarezza circa la natura della norma rivolta a "cercare efficienza nel funzionamento dell'organo amministrativo attraverso la regolamentazione statutaria dei possibili contrasti tra amministratori.

Riteniamo che sia ora che l'interprete recepisca l'intervento del legislatore come avallo ed incentivo alla risoluzione degli stalli decisionali mediante introduzione di una adeguata regolamentazione statutaria, adottando conseguentemente un atteggiamento di favore e non di diffidenza verso l'istituto¹⁰⁴.

L'art. 838-quinquies, c.p.c., è un *unicum* nel panorama internazionale perché solo nel nostro ordinamento si assiste al coinvolgimento di soggetti terzi (c.d. *provisional directors*) nella *governance* delle *close corporations* per risolvere i *management deadlock* causati da contrasti tra

¹⁰² In tal senso Cerrato S.A. – Brunelli B., Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie societarie (mediazione, arbitrato, arbitraggio gestionale), in A.a.V.v., Trattato delle società, diretto da Donativi V., Milano, 2022, Vol. I, 495, che notano che "al di là di una qualche curiosità suscitata in dottrina, non si ha notizia di effettivo utilizzo concreto di questo strumento, né consta (quantomeno dalla consultazione delle principali banche dati) che vi sia alcun precedente giurisprudenziale in merito".

¹⁰³ Guidotti R. – Raffaelli G., la risoluzione dei contrasti sulla gestione nella s.r.l. (dopo l'entrata in vigore del codice della crisi), in Ristrutturazioni aziendali, 15 agosto 2022, 3.

¹⁰⁴ Guidotti R. – Raffaelli G., la risoluzione dei contrasti sulla gestione nella s.r.l. (dopo l'entrata in vigore del codice della crisi), in Ristrutturazioni aziendali, 15 agosto 2022, scrivono che "la disciplina tracciata dal legislatore, anche in considerazione dell'assoluta novità dell'istituto per il nostro ordinamento societario nel momento in cui fu introdotta e, più in generale, per il diritto dell'impresa, avrebbe potuto essere più articolata tanto che si è parlato, già allora, di disciplina gravemente lacunosa; le lacune nel corso del tempo non sono mai state colmate e forse anche per questo l'istituto non risulta essere stato molto utilizzato nella pratica". Colantuoni I., Commento all'art. 37, in A.a.V.v., La riforma del diritto societario, a cura di Lo Cascio G., Società per azioni – amministrazione e controlli, Milano, 2003, 462, ha affermato che "il legislatore dovrebbe definire in modo più compiuto le ipotesi di utilizzo dell'istituto".

gli amministratori. Infatti, all'estero i *provisional directors* sono nominati dalla *court* e non mediante un procedimento rimesso all'autonomia privata¹⁰⁵. L'opportunità assegnata alla contrattualistica societaria dal nostro ordinamento merita di essere sfruttata¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Come scritto da Fabris P., *Arbitraggio endosocietario e temporary director*, Giur. It., 2006, 7, nei Paesi Bassi, gli *Articles 2:355 e 2:356 della section 2.8 rubricata Rules for resolving disputes between shareholders* del *Dutch Civil Code*, affidano la competenza di nominare l'amministratore temporaneo all' *'Enterprise Chamber* (equivalente del Tribunale delle imprese nostrano). Ugualmente la § 308 (a) del *California Corporations Code*, prevede l'intervento della *superior court* per la nomina del *provisional director*. Sul tema Kim S.M., *The provisional director remedy for corporate deadlock: a proposed model statute*, in *Wash. & Lee Law Review*, 2003, 111, p. 125.

¹⁰⁶ Sconsolante l'affermazione di Agstner P., *La gestione dei conflitti tra soci nelle società di capitali chiuse*, Giappichelli, Torino, 2024, 82 secondo cui "ancora più lacunosa si presenta la realtà statutaria con riguardo al governo degli stalli decisionali che mettono a repentaglio la continuità economico-giuridica dell'ente societario. Di fatto irreperibili sono le clausole statutarie in ottica preventiva e/o risolutiva a siffatte situazioni di *impasse*".