

RIVISTA
DEL
DIRITTO COMMERCIALE
E DEL DIRITTO GENERALE DELLE OBBLIGAZIONI

Fondatori

ANGELO SRAFFA

e

CESARE VIVANTE

Direttori

CARLO ANGELICI

DIEGO CORAPI

ENRICO GABRIELLI

GIUSEPPE GUIZZI

MARCO MAUGERI

MARISARIA MAUGERI

LAURA MOSCATI

ILARIA PAGNI

MICHELE PERRINO

GIUSEPPE B. PORTALE

PIETRO RESCIGNO

ROBERTO SACCHI

Già diretta da

ALBERTO ASQUINI - GIUSEPPE VALERI - LORENZO MOSSA -
ALFREDO DE GREGORIO - PAOLO GRECO - MARIO ROTONDI -
ANGELO DE MARTINI - LUIGI MENGONI - SALVATORE SATTA -
GIUSEPPE FERRI - ROSARIO NICOLÒ - BERARDINO LIBONATI -
PAOLO FERRO-LUZZI - AGOSTINO GAMBINO - GIOVANNI B. FERRI



PICCIN

SOMMARIO del fascicolo 3, 2025

PARTE PRIMA

E. GABRIELLI - A. SACCHI, <i>Note sul “tipo” e “sottotipo” del contratto di revisione legale</i>	369
A. RIZZI, <i>“Metaclausole”?</i>	413
A. SANTONI, <i>La cancellazione e l’estinzione delle società di persone</i>	457
E. COMPAGNONI, <i>Le clausole di risoluzione dei contrasti sulla gestione di società nel sistema di governance delle s.r.l.</i>	487
A.M. D’ORTA, <i>La responsabilità algoritmica degli amministratori</i>	527

PARTE SECONDA

OSSERVATORIO – VARIETÀ

G. FREZZA, <i>Errore sullo “stato della critica” della paternità dell’opera d’arte. L’opera di Rodolfo Sacco, settantacinque anni dopo, nel colloquio con la dottrina più recente</i>	305
L. VENTURA, <i>Purpose-driven companies: new legal trends from a comparative and European perspective</i>	323

Massime e Giurisprudenza commentate

R. COLAIORI, <i>Antiche espressioni e nuova portata del recesso dalla società per azioni</i> (nota a Cass., 5 giugno 2025 n. 15087)	367
M.L. PASSADOR, <i>Sulla temporalità societaria: diritto di recesso e revoca della delibera</i> (nota a Cass., 5 giugno 2025 n. 15087)	378
D. DE CRISTOFARO, <i>La natura della vendita immobiliare concorsuale. La nuova interpretazione delle Sezioni Unite e la disciplina del C.C.I.I.</i> (nota a Cass., S.U., 19 marzo 2024 n. 7337)	433
L. ESPOSITO, <i>Giurisprudenza recente sulla natura, la struttura e le finalità della denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c.</i> (nota a Trib. Aquila, 19 dicembre 2024, Trib. Brescia, 23 ottobre 2024 e Trib. Bari, 28 aprile 2025)	477

ISSN 0035-5887

LE CLAUSOLE DI RISOLUZIONE DEI CONTRASTI SULLA GESTIONE DI SOCIETÀ NEL SISTEMA DI GOVERNANCE DELLE S.R.L.

The resolution of disputes concerning the management of companies in the governance system of limited liability companies – The aim of this paper is to analyse how the “referral to third parties” under Article 838-*quinquies* of the Italian Code of Civil Procedure, affects the governance structure of limited liability companies. In particular, it will be seen that this transfer of decision-making competence can be traced back to the shareholders’ power to claim management decisions, removing them from the otherwise general decision-making competence of the directors, without prejudice to the latter’s responsibility for their implementation.

KEYWORDS: Anti-stall clauses – Outsourcing management decisions – Third-party decision-makers – Limited liability company

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’inquadramento sistematico delle clausole di risoluzione dei contrasti sulla gestione all’interno della disciplina dell’arbitrato societario. – 3. Il “deferimento” *ex art. 838-quinquies* c.p.c. come traslazione della competenza decisionale. – 4. La perimetrazione del campo di applicazione della norma e la (non) configurabilità di una clausola che prevede il coinvolgimento vincolante dei terzi nella *governance* delle società azionarie. – 5. I “terzi” e la loro designazione. – 6. L’impatto del deferimento delle decisioni gestorie a terzi sulla *governance* della società. – 6.1. (*Segue*): la fase istruttoria. – 6.2. (*Segue*): la fase decisionale. – 6.3. (*Segue*): la fase attuativa. – 7. Il rapporto tra i terzi e l’(eventuale)organo di controllo. – 8. Profili di responsabilità degli amministratori. – 8.1. (*Segue*): e dei terzi. – 9. I limiti legali alla deferibilità.

1. L’art. 838-*quinquies* c.p.c. – in cui, a seguito del D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (la c.d. “Riforma Cartabia”), è confluito il testo del previgente art. 37 del D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5¹ – prevede la possibilità che «gli atti costitutivi delle società a responsabilità limitata e delle società di persone» contengano delle «clausole con le quali si deferiscono [...] a terzi i contrasti tra coloro che hanno il potere di amministrazione in ordine alle decisioni da adottare nella gestione della società».

(1) L’art. 3, comma 55, del D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (la c.d. “Riforma Cartabia”) ha fatto confluire nel Capo VI-*bis* (artt. da 838-*bis* a 838-*quinquies*) del Codice di Procedura Civile, rubricato “Dell’arbitrato societario”, il Titolo V del D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. In merito a tale processo, cfr. G.D. MOSCO – S. LOPREIATO, *L’arbitrato societario nella legge Cartabia*, in *Giur. comm.*, 2023, I, p. 735; A. MERONE, *Arbitrato societario (artt. 838-bis, 838-ter, 838-quater, 838-quinquies c.p.c.)*, in *La riforma Cartabia del Processo Civile*, Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, (a cura di) R. Tascini, Pisa, 2023, p. 1260 e L. BOGGIO, *L’arbitrato societario (e l’arbitrato economico) nel Codice riformato*, in *Giur. arb.*, 2023, p. 153.

In questo modo, disciplinando il deferimento a terzi dei contrasti concernenti le decisioni gestorie, la norma fornisce all'autonomia privata uno strumento per risolvere le situazioni di *impasse* gestionale che, altrimenti, comporterebbero una paralisi dell'operatività della società². Dunque, le clausole in argomento rappresentano un presidio antistallo non di tipo assembleare ma gestorio, in quanto funzionali a risolvere le situazioni di *deadlock* causate dalle divergenze tra i soggetti cui è attribuito il potere di amministrare la società; e non tra i suoi soci³.

Ciò detto, l'obiettivo di questo contributo è quello di indagare quale sia l'impatto del deferimento di una decisione gestionale ai terzi sul sistema di *governance* delle società a responsabilità limitata.

A tal proposito, la dottrina che si è occupata del tema ha inquadrato il fenomeno in diversi modi che spaziano dalla configurazione di una amministrazione "di fatto"⁴, ad una gestione imprenditoriale

(2) La dottrina ha inteso che la locuzione "contrastati tra coloro che hanno il potere di amministrazione" debba essere interpretata come tutte quelle situazioni in cui i dissidi insanabili tra gli amministratori conducono da una paralisi della funzione amministrativa. A tal proposito, cfr. P. SPADA, *L'amministrazione «arbitrata»*, in *Il nuovo diritto delle società*, (diretto da) P. Abbadessa – G.B. Portale, 1, Torino, 2007, p. 257 il quale osserva che questa fattispecie rappresenta una «*deadlock breaking clause*»; sempre in questo senso – *ex multis* – anche F. CORSINI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, in *Il nuovo processo societario*, (diretto da) S. Chiarloni, Bologna, 2008, p. 1258; G.D. MOSCO, "Arbitrato economico" e funzione amministrativa nella s.r.l., in *www.associazionepreite.it*, 2007, p. 5 e R. RUOTOLO, *La risoluzione dei contrasti nella gestione della società*, in *www.notariato.it*, Studio n. 5734/I, 2005, p. 1.

(3) Per una panoramica sulle clausole antistallo di tipo assembleare, invece, cfr. P. AGSTNER, *La gestione dei conflitti tra soci nelle società di capitali chiuse. Fra autonomia ed eteronomia*, Torino, 2024, p. 120 e G. DAINO, *Tecniche di soluzione del «deadlock»: la disciplina contrattuale del disaccordo tra soci nelle joint ventures paritarie*, in *Dir. Comm. Int.*, 1988, p. 151.

(4) In merito alla possibilità che l'intervento dei terzi nella *governance* delle società conseguente al deferimento rappresenti un'ipotesi di amministrazione "di fatto", cfr. P. SPADA, *L'amministrazione «arbitrata»*, cit., p. 263, il quale afferma che «l'amministrazione arbitrata è, né più né meno, amministrazione; potenzialmente scandita in due (o più) consecutive fasi procedurali. Né arbitrato né arbitraggio. Basta, per convincersene, guardarsi da usi sostanzialistici del linguaggio, resistere alla tentazione di pensare l'amministratore della società non già come un uomo o una donna che decide per realizzare il programma societario, ma come un "unto" di una qualche divinità, che "è quel che è denominato" e che, al pari di ogni *abbas* che si rispetti, se lo è *olim* lo resta *semper*». *Contra*, invece, S.A. CERRATO (–B. BRUNELLI), *Meccanismi "alternativi" di risoluzione delle controversie societarie (mediazione, arbitrato, arbitraggio gestionale)*, in *Trattato delle società*, (diretto da) V. Donativi, I, Milano, 2022, p. 498 il quale osserva che – nonostante – «attivando la clausola in esame gli amministratori

di tipo sostitutivo⁵, passando per una forma di eterodeterminazione dell'oggetto del contratto sociale⁶. Tuttavia, per meglio comprendere questo istituto, è necessario soffermarsi sull'implicito – ma cruciale – ruolo dei *soci* sotteso all'adozione di una clausola antistallo di cui all'art. 838-*quinquies* c.p.c. quali virtuale “perno” del deferimento.

Segnatamente, è possibile affermare che questa norma del Codice di procedura civile, per far fronte alle situazioni di *deadlock*, eccezionalmente consenta ai soci di predeterminare statutariamente la *traslazione* della competenza gestoria a beneficio dei terzi. Pertanto, la tesi che si vuole qui sostenere è quella di interpretare il deferimento come il risultato della connessione logica di due operazioni che gravitano attorno ai soci di S.r.l.: *i) l'avocazione* delle decisioni in contrasto ai sensi dell'art. 2479-*bis*, comma 1, c.c. e *ii) il fatto* che questi non si pronuncino direttamente ma (*ri-*)*affidino* la questione ai terzi.

La principale ricaduta applicativa di questa ricostruzione – che costituirà la chiave di lettura di questa ricerca – è quella di considerare che le decisioni dei terzi, cui sono deferiti i contrasti *ex art.* 838-*quinquies* c.p.c., abbiano lo stesso impatto sul procedimento

trasferiscono [...] la loro funzione gestoria all'*extraneus* [...] questo [...] non basta a far assurgere l'arbitratore al ruolo di amministratore [ancorché di fatto], sol che si rifletta sulla ricorrenza di ipotesi – anche positivizzate – di funzioni gestorie esercitate da “non amministratori” che tali restano (pensiamo al socio di s.r.l. che abbia “intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti”, oppure all'assemblea che sia chiamata a pronunciarsi su atti o operazioni gestorie, tanto nella s.r.l. quanto nella s.p.a., sia pure con significative differenze)».

(5) In tal senso G. CARRARO, *L'«arbitrato economico» come gestione sostitutiva*, cit., p. 788, il quale osserva che «l'accostamento più immediato [della fattispecie in oggetto] che appare possibile operare è con le *gestioni imprenditoriali di tipo sostitutivo*: là dove 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» (enfasi aggiunte).

(6) Sembra propendere per questa tesi F. CRISCUOLO, *L'arbitrato gestionale, in Conciliazione, arbitrato e gestione d'impresa nel nuovo diritto societario*, (a cura di) D. Mantucci, Napoli, 2008, p. 85. Tuttavia, si noti che la posizione dell'A. è stata criticata in dottrina soprattutto in virtù del fatto che qui i terzi non sono chiamati a determinare «l'oggetto di un negozio all'interno di un regolamento negoziale “chiuso,” ossia di un programma negoziale preconstituito, com'è per l'arbitraggio; bensì [a prendere] una scelta imprenditoriale [...] da assumere nel quadro di un programma negoziale che – nella società così come, più generalmente, in tutti gli enti a struttura associativa – è e resta necessariamente e fisiologicamente un programma negoziale “aperto”» in questi termini G. CARRARO, *L'«arbitrato economico» come gestione sostitutiva*, cit., p. 787.

di *governance* della società delle decisioni (gestorie) dei soci di cui all'art. 2479, comma 1, c.c. Ciò detto, l'interpretazione del diritto di avocazione quale "tramite" del funzionamento dell'art. 838-*quinquies* c.p.c. pare del tutto coerente con il fatto che questa norma non trovi applicazione alle società azionarie. In cui, in virtù del carattere perentorio dell'avverbio «esclusivamente» utilizzato dall'art. 2380-*bis* c.c., non è possibile concedere ai soci alcun diritto di immistione nella gestione ulteriore rispetto al potere autorizzativo di cui all'art. 2364, comma 1, numero 5, c.c.⁷.

2. In via preliminare occorre fare qualche precisazione circa l'inquadramento sistematico delle clausole di risoluzione dei contrasti sulla gestione all'interno del sistema dell'arbitrato societario⁸. A tal proposito, a dispetto dell'attuale collocazione della relativa disciplina nel Codice di Procedura Civile⁹ – e, più in particolare, all'interno del Capo VI-*bis* rubricato "Arbitrato societario" – la dottrina è pressoché unanime nell'affermare che quello delle clausole di risoluzione dei contrasti sulla gestione non sia un istituto deflativo del contenzioso avente

(7) Sul tema, cfr. – *ex plurimis* – C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2003, p. 92 ss.; G.D. MOSCO, *Commento all'art. 2380-bis*, in *Società di capitali. Commentario*, (a cura di) G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 588; N. ABRIANI, *Commento all'art. 2380-bis*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, (diretto da) G. Cottino – G. Bonfante – O. Cagnasso – P. Montalenti, Bologna, 2004, p. 669.

(8) Innanzitutto, per avere una panoramica "evolutiva" delle clausole di risoluzione dei contrasti, si consideri che prima della novella del d. lgs. 5/2003, il Trib. Cassino, 21 giugno 1991, (in *Società*, 1992, p. 82) «non [riteneva] omologabile la clausola di uno statuto di società a responsabilità limitata che rimette ad un collegio arbitrale la risoluzione degli eventuali contrasti sulle scelte relative alla gestione dell'impresa sociale». Tuttavia, a dispetto della chiusura della giurisprudenza, in dottrina P.G. JAEGER, *Appunti sull'arbitrato e le società commerciali*, in *Giur. comm.*, 1990, I, p. 226 segnalava che «l'arbitrato non viene utilizzato soltanto per derimere controversie sui reciproci diritti, ma per risolvere delle "dispute" [le quali] non sono [delle] vere e proprie controversie in senso tecnico, bensì divergenze di opinioni circa le scelte operative da effettuare». Sul tema cfr. anche G. CABRAS, *La forma d'impresa*, Torino, 1995, p. 245; I. MACNEIL, *Contracts: Adjustment of Long – Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Law*, in 72 *Northwestern Univ. Law Rev.*, 1978, p. 866 e O.E. WILLIAMSON, *Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange*, in *American Economic Rev.*, 1983, p. 527.

(9) Si noti che analoghe considerazioni a quelle fatte nel testo, potevano essere fatte anche prima che la disciplina in oggetto confluisse nel Codice di Procedura Civile; ossia quando si trovava nel D.lgs. 5/2003 concernente i "procedimenti in materia di diritto societario".

carattere para-processuale¹⁰; bensì una norma di *corporate governance* di natura sostanziale¹¹.

Infatti, il deferimento previsto dall'art. 838-*quinquies* c.p.c. non è una tecnica di risoluzione delle *liti* endosocietarie (le c.d. "controversie" utilizzando la terminologia dell'art. 838-*bis* c.p.c.) ma una modalità di assunzione delle decisioni gestorie che hanno dato luogo a contrasti tra i soggetti incaricati di amministrare la società¹². Tanto è vero che, mediante il deferimento, non viene affidato ai terzi il compito di garantire una tutela para-giurisdizionale alle situazioni di diritto soggettivo delle parti, bensì viene loro attribuito il potere di *decidere* in merito alle questioni – di carattere imprenditoriale – che hanno dato luogo a uno stallo gestorio.

Ciò detto, è il concetto di "*contrasto*" – e la relativa (minore) intensità ad esso sottesa – a rendere peculiare la collocazione sistematica di questo istituto all'interno della disciplina societaria. Infatti,

(10) In questo senso, cfr. – *ex multis* – P. SPADA, *L'amministrazione «arbitrata»*, cit., p. 259; F. AULETTA, *La risoluzione di contrasti sulla gestione di s.r.l. (ovvero l'amministrazione de consilio)*, in questa *Rivista*, 2013, I, p. 373; U. MORERA, *L'«arbitraggio» per la risoluzione dei contrasti gestionali nelle s.r.l.*, cit., p. 315 e G. CABRAS, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, in *Commentario dei processi societari*, (diretto da) G. Arieta e F. De Santis, Torino, 2007, p. 958 (e poi in *Id.*, sub art. 37, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, (diretto da) F. d'Alessandro, I, *Il processo commerciale e l'arbitrato societario*, Padova, 2010, p. 335) e G. CARRARO, *L'«arbitrato economico» come gestione sostitutiva*, in *Riv. soc.*, 2020, p. 788.

(11) A tal proposito, si noti che S.A. CERRATO, *Osservazioni scritte del prof. Avv. Stefano A. Cerrato*, in *Giur. arb.*, 2016, p. 511 – nelle osservazioni rivolte alla Commissione per la riforma degli strumenti di "degiurisdizionalizzazione" presieduta dal Prof. Guido Alpa – osservava che la disciplina dell'(allora) art. 37 del D.lgs. 5/2003 «può trovare più opportunamente collocazione nel Codice civile, nell'art. 2257 che disciplina l'amministrazione delle società di persone, norma peraltro richiamata anche nelle s.r.l.». Di questo avviso anche U. MORERA, *L'«arbitraggio» per la risoluzione dei contrasti gestionali nelle s.r.l.*, in *AGE*, 2003, p. 315.

(12) Analogamente, P. SPADA, *L'amministrazione «arbitrata»*, cit., p. 263 osserva che «l'amministrazione arbitrata è, né più né meno, amministrazione; potenzialmente scandita un due (o più) consecutive fasi procedurali. Né arbitrato né arbitraggio» e E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 517, il quale osserva che questa norma introduce «una particolare forma di amministrazione della società da parte di soggetti ai quali la qualifica di amministratore non è stata attribuita secondo le regole relative alla formazione degli organi amministrativi». Di questo avviso anche G. CARRARO, *L'«arbitrato economico» come gestione sostitutiva*, cit., p. 798, il quale osserva che «l'arbitrato gestionale [deve] essere [...] sussunto *tout court* nella disciplina dei sistemi di amministrazione, al cui interno configura un particolare sottosistema parziale – facoltativo e rimesso esclusivamente all'autonomia statutaria – per l'amministrazione delle società non azionarie».

utilizzando tale espressione, l'art. 838-*quinquies* c.p.c. non indica quale presupposto dell'attivazione delle clausole né una situazione di pervasiva paralisi della società; né il preludio del compimento delle «gravi irregolarità» di cui all'art. 2409 c.c.¹³. Infatti, da un lato, i contrasti contemplati dalla norma in questione non necessariamente hanno ad oggetto delle decisioni vitali per la sopravvivenza della società e per la continuazione dell'attività d'impresa da essa svolta¹⁴. E, dall'altro, gli amministratori non questionano tra loro circa la legittimità – o meno – delle scelte gestorie, bensì non riescono a trovare un accordo su quali sia più opportuno intraprendere.

Pertanto, il campo di applicazione della norma è collocato in una zona “intermedia” in cui, non si verificano delle vere e proprie controversie endosocietarie; ma le divergenze sono tali da non consentire all'organo amministrativo di assumere determinate decisioni gestorie. E, per evitare che ciò accada, nonostante la società resti assoggettata alla disciplina codicistica comune, il Codice di Procedura Civile, consente ai soci di prevedere un eccezionale coinvolgimento dei terzi nei suoi processi di *governance*. In altri termini, ci si trova in una contingente – in quanto né tanto grave dal rappresentare il presupposto per la nomina di un amministratore giudiziario *ex* art. 2409 c.c. né dall'essere una causa di scioglimento *ex* art. 2484 c.c.¹⁵ – situazione di stallo decisionale. In cui, una norma del Codice di Procedura Civile, per porvi rimedio, dà ai soci la possibilità di prevedere una eccezionale traslazione della competenza di assumere le scelte gestorie a beneficio di soggetti altrimenti non dotati di tale prerogativa.

In questo modo, si evince che il deferimento previsto dall'art. 838-*quinquies* c.p.c. non è il frutto dell'intervento di un'autorità so-

(13) Richiamato per le Società a responsabilità limitata dall'art. 2477, co. 6, c.c.

(14) Si noti che i contrasti ben potrebbero riguardare delle decisioni non attinenti all'attività caratteristica svolta dalla società bensì alla sua gestione complementare accessoria.

(15) Si noti che l'art. 2484 c.c., tra le cause di scioglimento delle società di capitali, non indica l'impossibilità di funzionamento dell'organo amministrativo a differenza di quanto avviene per l'assemblea (cfr. il comma 1, n. 4)). Infatti, gli stalli gestori possono essere risolti con l'intervento dei soci che revocano gli amministratori per nominarne di nuovi. In questo senso, cfr. G. NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, (diretto da) G.E. Colombo e G.B. Portale, 7, Torino 1997, p. 277; G. SANTINI, *Della società a responsabilità limitata. Art. 2472 – 2497 bis*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, (a cura di) F. Galgano, Bologna-Roma, 1992, p. 335; M. PORZIO, *L'estinzione della società per azioni*, Napoli, 1959, p. 66 e R. RUOTOLO, *La risoluzione dei contrasti nella gestione della società*, cit., p. 10.

vraordinata nell'amministrazione della società. Bensì rappresenta la conseguenza del fatto che i *soci* abbiano statutariamente predeterminato di sottrarre le decisioni gestorie che hanno dato origine ai contrasti alla competenza degli amministratori per – eccezionalmente – affidarle a dei terzi.

Questa lettura sistematica della norma pare del tutto coerente con l'interpretazione che qui si vuole dare alla stessa. E, cioè, con il fatto che il “deferimento” di cui all'art. 838-*quinquies* c.p.c. sia riconducibile: *i*) all'*avocazione* della decisione gestoria in contrasto da parte dei soci e *ii*) al fatto che questi – in virtù di quanto previsto dal Codice di Procedura Civile – *affidino* tale questione ai terzi per risolvere lo stallo decisionale.

Pertanto, non essendo il deferimento a terzi una tecnica – ancorché stragiudiziale – di composizione delle liti, ad esso non trovano applicazione tutti quei presidi procedurali e di indipendenza posti a tutela del “giusto processo” (cfr. l'art. 111 Cost.). È, quindi, questa la ragione delle differenze – che si vedranno nel corso della trattazione – che intercorrono tra la disciplina della devoluzione di una controversia societaria ad un arbitro *ex art. 838-bis* c.p.c. e quella del deferimento di una decisione gestoria in contrasto ad un terzo *ex art. 838-quinquies* c.p.c.¹⁶.

Fatta questa premessa circa l'inquadramento sistematico dell'istituto, è doveroso notare che, anche se questa tipologia di clausole a livello nazionale non ha riscosso un grande successo¹⁷, a livello comparatistico non è raro assistere al coinvolgimento di soggetti terzi (i c.d. “*provisional directors*”) nella *governance* delle *close corporations* per risolvere i *management deadlock* causati dai contrasti tra gli amministratori¹⁸. Tuttavia, a differenza di quanto avviene nelle clausole

(16) A tal proposito, si pensi, alle diverse modalità di nomina degli arbitri rispetto a quelle dei decisori terzi su cui cfr. il §7.

(17) In questi termini S.A. CERRATO (– B. BRUNELLI), *Meccanismi “alternativi” di risoluzione delle controversie societarie*, cit., p. 495 osserva 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».

(18) A tal proposito, cfr. la *Section 41(a)* dell'*Appendix H – Model Statutory Close Corporation Supplement to the Model Business Corporation Act* (il c.d. *MBCA – CC*) statunitense la quale prevede che «*if the court finds that one or more of the grounds for relief described in section 40(a) exist* [tra cui al (2) si dice che «*the directors or those in control of the corporation are deadlocked in the management of the corporation's affairs*»], *it may order* [...] (7) *the appointment of a provisional director (who has all the rights, powers, and duties of a duly elected director) to serve for the term and under the conditions prescribed by the court*». E la § 308(a) del *California Corporations Code*

previste dall'art. 838-*quinquies* c.p.c., i *provisional directors* tipici dell'ordinamento statunitense sono solitamente nominati dalla *court* e non mediante un procedimento rimesso all'autonomia privata¹⁹.

Questa differenza non può essere interpretata osservando che si tratta di una situazione analoga a quella che si presenterebbe nel caso in cui le clausole di risoluzione dei contrasti rimettessero al tribunale la competenza di designare il terzo decisore, ma sottende delle implicazioni ben più profonde circa la differente natura dell'istituto. Infatti, in tale contesto, la perdita di valore connessa al protrarsi dello stallo decisionale originato dai contrasti tra gli amministratori è considerata talmente lesiva dell'interesse sociale da giustificare una immistione della *court* nella gestione della società²⁰. La quale, indipendentemente dall'esistenza di una clausola statutaria che preveda il deferimento ai terzi dei contrasti, nomina i *provisional directors*²¹. Il cui intervento,

a norma del quale «*if a corporation has an even number of directors who are equally divided and cannot agree as to the management of its affairs, so that its business can no longer be conducted to advantage or so that there is danger that its property and business will be impaired or lost, the superior court of the proper county may, notwithstanding any provisions of the articles or bylaws and whether or not an action is pending for an involuntary winding up or dissolution of the corporation, appoint a provisional director*». Sul tema dei *provisional directors* e del loro ruolo nella risoluzione dei *deadlock*, cfr. S.M. KIM, *The Provisional Director Remedy for Corporate Deadlock: A Proposed Model Statute*, in 60 *Wash. & Lee L. Rev.* 111, 2003, p. 125 la quale osserva che «*a provisional director is a neutral third party who is appointed by the court and vested with the rights and powers of a director to vote at board meetings. The provisional director acts as a type of in-house arbitrator with the power to vote to break deadlocks*» e L.T.M. CONTI – L.R. JACOBS – S.N. LEITNESS, *Deadlock-Breaking Mechanisms in LLCs – Flipping a Coin Is Not Good Enough, but Is Better Than Dissolution*, in ABA – *Business law today*, 2017, consultabile all'indirizzo https://www.americanbar.org/groups/business_law/resources/business-law-today/2017-march/deadlock-breaking-mechanisms/.

(19) Analoghe considerazioni possono essere fatte con riferimento agli *Articles* 2:355 e 2:356 della *Section* 2.8.1 rubricata *Rules for resolving disputes between shareholders* del *Dutch Civil Code*, che affidano la competenza di nominare l'amministratore temporaneo all'*Enterprise Chamber (ondernemingskamer)* (il corrispondente del nostro tribunale delle imprese costituito presso la *Court of Appeal* di Amsterdam). Per un parallelismo tra la norma in oggetto e la disciplina olandese dei *temporary directors*, cfr. P. FABBRIS, *Arbitraggio endosocietario e temporary director*, in *Giur. it.*, 2006, p. 7.

(20) A tal proposito, cfr. la § 308(a) del *California Corporations Code* che subordina la nomina del *provisional director* alla situazione della società in cui «*its business can no longer be conducted to advantage or so that there is danger that its property and business will be impaired or lost*».

(21) A tal proposito, cfr. la § 308(a) del *California Corporations Code* a norma del quale, l'intervento della *superior court* produce i suoi effetti a prescindere dalle

dunque, non rappresenta il frutto della volontà dei *soci* di risolvere il *deadlock* gestionale; bensì il risultato dell'intervento – sovraordinato – dell'autorità giudiziaria nella gestione della società. Risultando, quindi, essere più simile alla nomina di un amministratore giudiziario piuttosto che alla designazione di un decisore terzo incaricato dai soci di risolvere gli stalli gestionali come avviene nel caso dell'art. 838-*quinquies* c.p.c.

3. Per indagare quale sia il ruolo dei decisori terzi nel sistema di *governance* delle società a responsabilità limitata, è necessario capire cosa debba intendersi con l'espressione “deferimento dei contrasti” utilizzata dall'art. 838-*quinquies* c.p.c.

Innanzitutto, muovendo da una nota terminologica, è possibile osservare che sono molteplici le norme dell'ordinamento – si pensi, per esempio, al deferimento della tutela dei minori agli enti di assistenza (*ex art. 354 c.c.*); al deferimento delle operazioni di divisione dell'eredità ad un notaio (*ex art. 730 c.c.*) o, ancora, al deferimento al terzo della determinazione della prestazione contrattuale (*ex art. 1349 c.c.*) – che utilizzano il verbo “deferire” con il significato di “attribuire ad un terzo un potere altrui”²². Come si vedrà, non fa eccezione l'art. 838-*quinquies* c.p.c., il quale – per fronteggiare le situazioni di stallo decisionale causato dalle divergenze tra gli amministratori – permette all'autonomia privata di attribuire parte del potere gestionale a dei soggetti (terzi) non normalmente investiti di tale prerogativa.

Infatti, ad esito del deferimento, i terzi di cui all'art. 838-*quinquies* c.p.c. non sono chiamati a formulare un giudizio riguardante le situazioni soggettive delle parti e ad individuare un rimedio compensativo-risarcitorio per risolvere le “controversie” societarie, come – invece – fanno gli arbitri contemplati dall'art. 838-*bis* c.p.c. Ma questi risultano investiti del potere di assumere le decisioni gestorie che hanno dato luogo ai contrasti e che – in virtù degli stessi – gli amministratori non sono stati in grado di prendere.

La ragione che sta alla base delle differenze tra il ruolo degli arbitri di cui all'art. 838-*bis* c.p.c. e quello dei terzi previsti dall'art. 838-*quinquies* c.p.c. sta nel diverso campo di applicazione delle due

disposizioni dell'atto costitutivo o dello statuto (lett. «*notwithstanding any provisions of the articles or bylaws*»).

(22) In questo senso, G. CARRARO, *L'«arbitrato economico» come gestione sostitutiva*, cit., p. 798 osserva che si tratta di figure che «determinano sempre l'attribuzione ad altri di un potere proprio – libero od anche, più spesso, vincolato – che comporta comunque esercizio di autonomia privata nell'interesse altrui e con effetti nell'altrui sfera giuridica».

norme. Infatti, questi ultimi non sono chiamati a formulare un giudizio per dirimere le liti societarie ma a fornire una soluzione per porre rimedio alle situazioni di *impasse* causate dalle divergenze concernenti le scelte gestorie da assumere nell'amministrazione della società. In particolare, i terzi non sono chiamati ad esprimere un lodo arbitrale ma a formulare una *decisione gestoria* che – altrimenti – gli amministratori non sarebbero riusciti ad assumere in virtù dei contrasti che li animano. Dunque, è possibile affermare che si assiste ad una *traslazione* della competenza decisionale concernente le operazioni che hanno danno luogo ai contrasti; la quale passa dai soggetti che hanno il potere di amministrazione a beneficio dei terzi.

Pertanto, il fatto che, a norma delle clausole previste dall'art. 838-*quinquies* c.p.c., le decisioni da adottare nella gestione della società, che abbiano dato luogo a contrasti, vengano “deferite a uno o più terzi” rappresenta una momentanea e circoscritta dislocazione del potere gestorio. Il quale – limitatamente a tali questioni – passa dalle mani degli amministratori a quelle di soggetti terzi²³.

A tal proposito, in dottrina, è stato approcciato un parallelismo tra quanto previsto dall'art. 838-*quinquies* c.p.c. e il deferimento della determinazione dell'oggetto della prestazione contrattuale al terzo di cui all'art. 1349 c.c.²⁴. Questo accostamento comporta il considerare

(23) Di questo avviso anche G. CARRARO, *L'«arbitrato economico» come gestione sostitutiva*, cit., p. 799 il quale, tuttavia, assimila la dislocazione della competenza decisionale – che passa dalle mani degli amministratori a quelle dei terzi – ad una «una delega, seppur *sui generis*, di potere amministrativo». A tal proposito, si noti che, benché nell'ordinamento domestico non sia possibile delegare una competenza gestoria ad un soggetto non amministratore, l'art. 716*b* della Legge federale 30 marzo 1911 di complemento del Codice civile svizzero (c.o.) stabilisce che «il consiglio d'amministrazione può delegare integralmente o in parte la gestione a singoli amministratori o a terzi (direzione), conformemente al regolamento d'organizzazione». Per una recente pronuncia giurisprudenziale circa l'impossibilità di delegare parte della funzione amministrativa a soggetti non amministratori, cfr. Cass. 3 agosto 2022, n. 24068 in www.dirittobancario.it e in *Diritto & Giustizia*, 2022, con nota di G.D. GIAGNOTTI, *I limiti del potere di delega di funzioni al terzo nella società per azioni*, p. 4 il quale osserva che «non è consentito delegare ad un terzo poteri che, per vastità dell'oggetto, entità economica e assenza di precise prescrizioni preventive e di procedure di verifica, gli facciano di fatto assumere il potere di gestione dell'impresa o comunque di compiere le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale, essendo tali attività di esclusiva competenza degli stessi amministratori, che sono gli unici cui le dette funzioni possono eventualmente essere delegate».

(24) Si noti che il parallelismo tra il ruolo del decisore terzo di cui all'art. 838-*quinquies* c.p.c. e quello del terzo arbitratore sembra essere suffragato anche dalla formulazione della norma in oggetto. Infatti, questa – al quarto comma – nel definire il

che le clausole di risoluzione dei contrasti non facciano altro che – in una situazione di *deadlock* – deferire ad un arbitratore terzo il potere di assumere le decisioni gestorie che non erano state *ab origine* previste dai soci nel contratto sociale.

Tuttavia, la diversità tra queste due fattispecie si coglie considerando che nel caso dell'art. 838-*quinquies* c.p.c. non si fa intervenire il terzo a determinare l'oggetto di un contratto all'interno di un regolamento negoziale chiuso²⁵; bensì a formulare una decisione gestoria da assumere nel quadro di un programma negoziale aperto quale il contratto di società di cui all'art. 2247 c.c.²⁶.

Dunque, questa fattispecie – ancorché nella sua eccezionalità (in quanto operante solo in caso di “contrastati tra coloro che hanno il potere di amministrazione”) – può sembrare un sovvertimento del tipico schema di funzionamento delle società di capitali. Tuttavia, pensando alla comune meccanica di *traslazione* della competenza decisionale al di

regime di impugnabilità della decisione formulata dal(i) terzo(i) chiamato(i) a derimere i contrasti, rimanda a quanto previsto dall'art. 1349, co. 2, c.c. ossia alla disciplina propria dell'eterodeterminazione dell'oggetto del contratto da parte di un terzo arbitratore. In questo senso, U. MORERA, *L'“arbitraggio” per la risoluzione dei contrasti gestionali nelle s.r.l.*, cit., p. 314 afferma che questa norma è riconducibile «nel campo del c.d. *arbitraggio*; naturalmente proceduto da un contraddittorio: il che peraltro, se renderà più “processuale” l'arbitraggio stesso, di certo non muterà la natura “non arbitrale” dell'istituto; [...]. Che si tratti di arbitraggio e non già di arbitrato mi sembra del resto pienamente confermato, ad un'analisi della norma» (enfasi in originale) e, più timidamente, F. CORSINI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, cit., p. 1275 il quale afferma che «il problema rappresentato dal verificare se [la norma in oggetto] costituisca davvero una delle tante specie di arbitraggio, oppure qualcosa di effettivamente diverso anche da questo istituto, è un quesito che rimane confinato su un piano prettamente teorico, perché il legislatore ha previsto il regime di impugnazione della decisione, risolvendo così *ex professo* una delle questioni più spinose».

(25) Si noti che, nonostante quello dell'art. 838-*quinquies* c.p.c. non ne sia un esempio, l'arbitraggio non è una vicenda aliena rispetto all'ambito del diritto societario. In particolare, gli artt. 2264 e 2603, co. 3, c.c. prevedono una eterodeterminazione di alcune componenti del contratto sociale (rispettivamente, delle quote di partecipazione agli utili e alle perdite di ciascun socio di società di persone e delle quote dei consorziati).

(26) Di questo avviso anche G.D. MOSCO, *“Arbitrato economico” e funzione amministrativa nella s.r.l.*, cit., p. 2 secondo cui, in questo caso «non si tratta, come nel caso dell'arbitraggio, di determinare la prestazione dedotta in contratto né del resto altri elementi contrattuali, cioè di completare un contratto, ma di decidere sulla base dell'atto costitutivo con riguardo alla gestione della società, cioè di attuare un contratto (associativo) già completo, secondo le regole organizzative che i soci si sono dati nel rispetto del diritto societario inderogabile». Analogamente cfr. G. CARRARO, *L'«arbitrato economico» come gestione sostitutiva*, cit., p. 787.

fuori dell'organo amministrativo, sorge spontaneo l'accostamento con il potere dei soci di S.r.l. di *avocare* – e, quindi, *sottrarre* alla competenza degli amministratori – le decisioni gestorie²⁷. Infatti, la peculiarità “tipologica” dell'art. 2479, comma 1, c.c. non risiede tanto nel concedere ai soci il diritto di *assumere* determinate decisioni gestorie, ma sta nel consentire all'autonomia privata di dislocare la competenza decisionale che le riguarda, dall'altrimenti universale potere gestionale degli amministratori. Più precisamente, l'art. 838-*quinquies* c.p.c. concede ai soci la possibilità di predeterminare statutariamente di sottrarre agli amministratori la competenza gestoria concernente le decisioni che dovessero dare luogo a contrasti al fine di affidarla a dei soggetti terzi. I quali, risultano, quindi, investiti del potere decisionale di assumere le decisioni gestorie che hanno dato luogo ai contrasti in luogo dei soggetti a cui è normalmente affidata l'amministrazione della società²⁸.

Dunque, la clausola che recepisce a livello statutario l'art. 838-*quinquies* c.p.c. risulta del tutto assimilabile ad una di cui all'art. 2479, comma 1, c.c., con l'unica differenza che qui – in ragione del contrasto – i beneficiari del deferimento 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

(27) Si noti che, anche la Massima dei CONSIGLI NOTARILI DEL TRIVENETO, *I.C. 34 – Legittimità dell'attribuzione di poteri gestori a soggetti diversi dagli amministratori*, 1° pubbl. 9/19 (e motivata il 9/19) sembra deporre in senso favorevole rispetto alla tesi qui sostenuta. Infatti, questa, tra le situazioni in cui è possibile «attribuire nella s.r.l. poteri di gestione a soggetti *diversi* dagli amministratori», elenca «i diritti diversi previsti dall'art. 2468, comma 3, c.c.; [...] i poteri gestori dell'assemblea dei soci previsti dall'art. 2479 c.c.; [e] i poteri di dirimere controversie sulla gestione assumendo decisioni vincolanti attribuibili a terzi *ex art. 37 d. lgs. n. 5/2003*».

(28) A tal proposito, cfr. quanto osservato da A. ZOPPINI, *I «diritti disponibili relativi al rapporto sociale» nel nuovo arbitrato societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 1185, il quale accomuna l'intervento del terzo nella risoluzione dei contrasti sulla gestione al ruolo «del *protector* nel *trust* di diritto anglosassone» e da P. FABBRIS, *Arbitraggio endosocietario e temporary director*, in *Giur. it.*, 2006, p. 7, il quale osserva che «così come il *Protector* ha la funzione di indirizzare l'attività gestionale del *trustee* (colui che ha la formale e sostanziale amministrazione dei beni del *trust*) qualora questi diverga rispetto alle finalità imposte dal *settlor* (il «costituente» – «conferente» il *trust*), anche [il terzo] dovrà emettere una deliberazione di indirizzo gestionale concreto». In merito al ruolo del *protector* di un *trust*, cfr. l'art. 529f dell'Avamprogetto del Titolo ventesimosecondo^{bis} del Codice delle obbligazioni svizzero in cui sono elencate le facoltà del c.d. “guardiano”.

spesso capita, la composizione del C.d.A. riflette la ripartizione del capitale sociale.

4. Come detto, 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”. Così facendo, sembra implicitamente sottendere che queste tipologie di clausole non possono essere adottate dalle società azionarie ²⁹.

La dottrina che si è confrontata con il tema ha interpretato l'esclusione delle S.p.A. dall'esplicito campo di applicazione della norma in due modi diametralmente opposti.

Secondo la tesi maggioritaria, la ragione di questa scelta legislativa deve essere ricondotta al fatto che nelle S.p.A., essendo la gestione affidata (o ad un amministratore unico o) ad un organo plurisoggettivo che delibera a maggioranza, è più difficile che si realizzino situazioni di stallo dovuto a contrasti insanabili tra gli amministratori ³⁰. Vanificando, quindi, l'utilità delle clausole in oggetto. Le quali manifestano la loro efficacia nelle situazioni in cui il potere di amministrazione assume delle forme notevolmente “disarticolate”; ossia, oltre che nelle società personali, nelle S.r.l. che optano per i sistemi di amministrazione congiuntiva o disgiuntiva ³¹.

Tuttavia, questa argomentazione non pare convincente. Infatti, anche qualora ci fosse un C.d.A., ben si potrebbero verificare dei momenti di *impasse* gestionale in cui gli amministratori non riescono a formare le maggioranze necessarie per assumere la decisione. Si pensi, per esempio, all'ipotesi in cui i consiglieri votanti (*i.e.*, quelli presenti e non astenuti) siano in numero pari e metà di essi voti in un modo

(29) Le considerazioni che si faranno nel proseguo del paragrafo valgono: oltre che per le S.p.A., per le società in accomandita per azioni che – in virtù dell'art. 2454 c.c. – sono assoggettate alla medesima disciplina “in quanto compatibili” nonché per le cooperative a cui – ai sensi dell'art. 2519, co. 1, c.c. – si applicano “in quanto compatibili” le disposizioni sulla società per azioni.

(30) In questo senso, cfr. – *ex multis* – F. CORSINI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, cit., p. 1280; U. MORERA, *L'“arbitraggio” per la risoluzione dei contrasti gestionali nelle s.r.l.*, cit., p. 316; R. RUOTOLO, *La risoluzione dei contrasti nella gestione della società*, cit., p. 6.

(31) A tal proposito, cfr. U. MORERA, *L'“arbitraggio” per la risoluzione dei contrasti gestionali nelle s.r.l.*, cit., p. 316, il quale osserva che questa norma «trov[a] la sua principale ed essenziale ragion d'essere nel potenziale incremento delle possibilità di conflitti gestionali (non componibili) all'interno delle società a responsabilità limitata» (enfasi in originale). In questo senso, cfr. anche la Relazione al D. Lgs. n. 5/2003.

opposto rispetto agli altri. O, ancora, qualora fossero statutariamente previsti dei *quorum* deliberativi rafforzati³². Senza poi considerare che la presenza di un amministratore unico o di un consiglio di amministrazione rappresentano il regime legale di amministrazione – oltre che delle S.p.A. – delle S.r.l. (cfr. l'art. 2475 c.c.) a cui l'art. 838-*quinquies* c.p.c. trova esplicita applicazione³³.

Invece, secondo un'altra tesi maggiormente permissiva, l'art. 838-*quinquies* c.p.c. è da intendere come la mera positivizzazione di uno degli strumenti di cui la prassi (soprattutto d'oltreoceano) è solita avvalersi per risolvere le situazioni di *deadlock* gestionale³⁴. Pertanto, il suo riferimento alle società personali e a responsabilità limitata implica la sola volontà del Legislatore di confermarne l'utilizzabilità anche per quei tipi di società in cui il sistema personalistico di gestione può far dubitare circa l'ammissibilità delle stesse pattuizioni³⁵. E, quindi, sempre secondo questa tesi più "liberale", anche nelle S.p.A. sarebbe possibile introdurre delle clausole (di risoluzione dei contrasti) che prevedono il deferimento a terzi di particolari questioni gestorie³⁶.

Ciò detto, nemmeno questa tesi – per quanto sostenuta da una analisi economica dell'istituto – pare coerente con la disciplina sostanziale delle società azionarie. Infatti, l'art. 2380-*bis* c.c. sancisce – senza lasciare spazio ad interpretazioni – che «la gestione dell'impresa [...] spetta *esclusivamente* agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale» (enfasi aggiunta),

(32) Sul tema, cfr. la Massima del CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, n. 195 – Voto "determinante" e deliberazioni unanimi nel consiglio di amministrazione, cit., *passim* ove ampia bibliografia.

(33) Di questo avviso anche R. GUIDOTTI (– G. RAFFAELLI), *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, p. 7 e V. SANGIOVANNI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società, arbitraggio e modelli di amministrazione*, in *Riv. arbitrato*, 2008, 18, p. 8. In merito alla piena applicabilità dell'art. 838-*quinquies* c.p.c. alle società dotate di consiglio di amministrazione, cfr. quanto osservato da G.D. MOSCO, "Arbitrato economico" e funzione amministrativa nella s.r.l., cit., p. 9.

(34) In questi termini S.A. CERRATO (– B. BRUNELLI), *Meccanismi "alternativi" di risoluzione delle controversie societarie*, cit., p. 499.

(35) Così, G. CABRAS, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, cit., p. 957.

(36) In merito all'ampliamento del campo di applicazione della norma, cfr. G. CABRAS, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, cit., p. 957 e S.A. CERRATO (– B. BRUNELLI), *Meccanismi "alternativi" di risoluzione delle controversie societarie*, cit., p. 499, il quale si pronuncia favorevole alla «applicabilità analogica dell'art. [838-*quinquies* c.p.c.] anche alle società per azioni e in accomandita per azioni, nonché alle cooperative, e in generale a tutte le formazioni organizzative a gestione pluripersonale, nonostante l'apparente limitazione testuale solo ai tipi personalistici e alle s.r.l.».

mal conciliandosi con il deferimento a soggetti non amministratori dei poteri gestori contemplato dall'art. 838-*quinquies* c.p.c.³⁷.

Infatti, la formulazione dell'art. art. 2380-*bis* c.c. implicitamente afferma che tutte le fasi (preparatoria, decisionale ed attuativa) dell'*iter* gestorio sono di esclusivo appannaggio degli amministratori³⁸. 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 terzi³⁹.

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 ammi-

(37) Di questo avviso anche V. SANGIOVANNI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società, arbitraggio e modelli di amministrazione*, cit., p. 9 secondo cui «nella S.p.a. la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori. Se si ammettesse l'istituto di cui all'art. [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».

(38) Sul tema, cfr. – *ex multis* – N. ABRIANI, *Commento all'art. 2380-bis*, cit., p. 672 e A. MONTEVERDE, *Le decisioni gestorie dei soci nelle società lucrative*, Milano, 2013, p. 99 il quale osserva che «la riserva assoluta di potere gestorio in capo agli amministratori è rafforzata dalla loro responsabilità per gli atti compiuti, la quale discende in generale dalle disposizioni di cui agli artt. 2392, 2409 *undecies*, 1° comma, e 2409 *noviesdecies*, 1° comma, c.c., ma è significativamente ribadita dall'art. 2409 *terdecies*, 1° comma, lettera f-*bis*, c.c., là dove si consente di attribuire al consiglio di sorveglianza la competenza a deliberare sulle proposte in tema di questioni di alta amministrazione (operazioni strategiche, piani industriali e finanziari della società), ma si stabilisce l'inderogabilità della responsabilità del consiglio di gestione per gli atti in definitiva compiuti. Analogo principio è rinvenibile nell'art. 2364, 1° comma, n. 5, seconda parte, c.c. [...] con riferimento alle autorizzazioni gestionali statutariamente proprie dell'assemblea».

(39) Si noti che, da un'analisi empirica che analizza gli atti costitutivi di 2.121 S.p.A. costituite nelle province di Roma e Milano nel periodo 2000-2007, emerge che su 1183 contenenti una clausola compromissoria (pari al 55,77% del campione totale), in un solo caso (REA Roma 1138022) la clausola prevede il deferimento dei contrasti gestori terzi. [«Le decisioni sui contrasti tra coloro che hanno il potere di amministrazione della società in ordine alle decisioni da adottare nella gestione della stessa sono deferite ad un professionista con lo studio nella provincia ove la società ha sua sede e nominato dal Presidente dell'Ordine Dottori Commercialisti».] Cfr. ISDACI (ISTITUTO SCIENTIFICO PER L'ARBITRATO E IL DIRITTO COMMERCIALE), *L'impatto della riforma societaria sulle clausole statutarie relative alla risoluzione dei conflitti*, (a cura di) F. Auletta – S. Cerrato – B. Ermolli – P. Montalenti – V. Salafia – R. Sali, Milano, Milano, 2010, All. 4 – p. 15.

nistratori nell'esecuzione dell'atto valutato favorevolmente dai soci ⁴⁰.

Ciò detto l'*incipit* dell'art. 838-*quinquies* c.p.c. – da cui, come detto, consegue l'inapplicabilità della norma alle società azionarie – è del tutto coerente con la collocazione tipologica della società a responsabilità limitata che ha guidato il legislatore della Riforma del 2003. Infatti, considerando che in tale contesto la S.r.l. passava dall'essere considerata la "piccola società per azioni" del Codice del 1942 ⁴¹, all'essere una vera e propria "società di persone a responsabilità limitata" ⁴², non dovrebbe stupire che il campo di applicazione della norma in oggetto riguardi le sole società di persone e quelle a responsabilità limitata ⁴³.

5. Prima di poter analizzare l'impatto sul sistema di *governance* delle società a responsabilità limitata del deferimento ai terzi delle decisioni gestorie che hanno dato luogo ai contrasti, è bene approfondire:

(40) A tal proposito, cfr. M. MAUGERI, *Considerazioni sul sistema delle competenze assembleari nella s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 361 il quale osserva che l'autorizzazione non può atteggiarsi nella sostanza «nei termini di una "decisione" idonea a vincolare gli amministratori nell'esecuzione dell'atto valutato favorevolmente dai soci» e A. MONTEVERDE, *Le decisioni gestorie dei soci nelle società lucrative*, cit., p. 101 il quale osserva che la disciplina «non lascia spazi utili a [...]introdurre la possibilità che gli amministratori riversino sull'assemblea, nemmeno in parte, la responsabilità della scelta se compiere o no specifici atti gestori, né con valutazione decisoria né a livello di mera autorizzazione. Là dove i soci sono chiamati ad esprimersi, infatti, è per volere della legge o dello statuto, cui gli amministratori sono obbligati a conformare la propria attività».

(41) A tal proposito, cfr. la *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942*, Roma, 1943, p. 226 (§ 1004) in cui si afferma che l'origine del tipo della società a responsabilità limitata nasce dal «bisogno di introdurre accanto alla società per azioni un tipo più semplice di società a responsabilità limitata». E, ancora che tale «nuova forma sociale [...] è particolarmente destinata a sostituire le piccole società anonime».

(42) Cfr. la *Relazione illustrativa allo schema di d.lgs. in La riforma del diritto societario. Lavori preparatori testi e materiali*, (a cura di) M. Vietti – F. Auletta – E. Lo Cascio – U. Tombari – A. Zoppini, Milano, 2006, p. 247 la quale afferma che la S.r.l. «cessa di presentarsi come una piccola società per azioni ed abbandona la tradizione del nostro ordinamento che ne faceva risalire il più immediato antecedente storico alla anonima per quote. Essa si caratterizza invece come una società personale la quale [...], pur godendo del beneficio della responsabilità limitata [...], può essere sottratta alle rigidità di disciplina richieste per le società per azioni».

(43) Di questo avviso anche U. MORERA, *L' "arbitraggio" per la risoluzione dei contrasti gestionali nelle s.r.l.*, cit., p. 313 il quale osserva che «la disposizione rappresenta peraltro, sotto ulteriore profilo, un evidente esempio di quell' "accostamento" del tipo s.r.l. alla società di persone che costituisce uno dei caratteri fondamentali della riforma societaria: nell'ambito della norma in esame non vi è difatti alcuna differenza, in punto di disciplina applicabile, tra le due ridette tipologie associative».

i) cosa debba intendersi per “terzietà” e – quindi – *ii*) come debbano essere nominati i decisori terzi.

Innanzitutto, analizzando la formulazione della norma, l’art. 838-*quinquies* c.p.c. si limita a riferirsi ai decisori chiamandoli «terzi» senza fare alcun riferimento al loro carattere di estraneità rispetto alla società o ai suoi organi ⁴⁴. A tal riguardo, si può ipotizzare che la terzietà sia da intendere: *a*) rispetto alla società nel suo complesso (quindi anche rispetto ai soci) o *b*) solamente rispetto agli amministratori (*i.e.*, rispetto a coloro che hanno dato origine ai contrasti stessi).

Pensando alla natura sostanziale (e non para-processuale) dell’istituto in questione, è maggiormente coerente propendere per la seconda opzione; ritenendo che la terzietà debba essere parametrata *solamente* agli amministratori. E, dunque, che tra i soggetti a cui viene deferita la decisione *non* possono figurare quelli, precedentemente dotati del potere di amministrazione, che hanno innescato i contrasti ⁴⁵. Infatti, l’interpretazione della terzietà in prospettiva meramente soggettiva e non di interesse è da considerare quale attributo dei decisori strumentale a garantire che il collegio chiamato a dirimere i contrasti sia caratterizzato da una completamente differente composizione rispetto a quella dell’organo in cui i contrasti stessi si sono verificati.

È dunque possibile concludere che nel collegio a cui vengono deferite le decisioni gestorie che hanno dato luogo ai contrasti, da un lato, non possono essere presenti degli amministratori ⁴⁶; ma, dall’altro,

(44) Si percepisca la differenza tra questa norma e l’art. 838-*bis* c.p.c. a norma del quale (cfr. il comma 2) «la clausola deve prevedere [...] le modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto *estraneo* alla società» (enfasi aggiunta)

(45) A tal proposito, G. CARRARO, *L’«arbitrato economico» come gestione sostitutiva*, cit., p. 795 osserva che la “terzietà” è da interpretare in modo «puramente sostanzialistic[o]» «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».

(46) Invece, G. CARRARO, *L’«arbitrato economico» come gestione sostitutiva*, cit., p. 795 osserva che nel collegio potrebbero esserci anche degli amministratori in quanto questo «non è istituto processuale, bensì costituisce previsione di natura sostanziale che va ad integrare la disciplina organizzativa di taluni tipi societari, quelle opinioni probabilmente equivocano la natura della disposizione, là dove essa menziona i “terzi”: natura che non è precettiva bensì, palesemente, permissiva. Il legislatore, in altre parole, non tanto esige, ma semmai eccezionalmente consente che in casi particolari (appunto: i casi di “contrasto”) gli atti costitutivi contemplino una circoscritta devoluzione di determinate scelte gestionali ad altri soggetti, anche se costoro non appartengono al novero delle persone che hanno il potere di amministrazione».

ben potrebbero esserci dei soci della società, dei membri del suo organo di controllo o degli altri suoi portatori di interessi⁴⁷. È, dunque, da considerarsi del tutto legittimo ipotizzare che i contrasti possano essere deferiti agli *stakeholders* della società⁴⁸. Infatti, i soci, in virtù di quanto sancito dall'art. 838-*quinquies* c.p.c., ben potrebbero prevedere di coinvolgere in un momento delicato per la gestione della società – *i.e.*, quando sorgono degli insanabili contrasti tra gli amministratori – i suoi dipendenti o creditori per la risoluzione degli stessi.

Un ulteriore possibile impiego di queste clausole nel contesto delle società a base familiare può essere quello di individuare quali beneficiari del deferimento i fondatori della società per dare loro un ulteriore strumento di controllo sul passaggio generazionale. Infatti, qualora i discendenti – attualmente amministratori e soci della società – si trovassero in una situazione di insanabile stallo gestionale, magari originato da una differente visione strategica, potrebbe essere utile deferire la soluzione di questa *impasse* ai predecessori che, così facendo, rappresenterebbero i soggetti chiamati a ricordare lo spirito dell'iniziativa imprenditoriale.

Un ultimo profilo di interesse circa i soggetti cui possono essere deferite le decisioni gestorie che hanno dato luogo ai contrasti è quello di dire che la clausola statutaria redatta ai sensi dell'art. 838-*quinquies* c.p.c., potrebbe prevedere che questi fossero dotati di particolari requisiti soggettivi di professionalità (*i.e.*, l'appartenenza ad un determinato ordine professionale, *etc.*) o del possesso di adeguate competenze tecniche (*i.e.*, la comprovata conoscenza del settore di attività in cui opera la società, *etc.*).

Fatte queste considerazioni sui soggetti terzi cui può essere affidata la decisione deferita, è doveroso fare qualche precisazione sul relativo procedimento di designazione. A tal proposito, è possibile osservare che, l'art. 838-*quinquies* c.p.c. – a differenza dell'art. 838-*bis* c.p.c. – non prevede nulla in tal senso. Potendo, quindi, i terzi essere individuati

(47) Si noti, che quella non sarebbe l'unica ipotesi in cui vengono affidati dei poteri amministrativi a tale organo. A tal proposito, cfr. l'art. 2386, co. 5, c.c. il quale, qualora tutti gli amministratori venissero a cessare, affida l'*ordinaria amministrazione* della società ai sindaci.

(48) In questo senso, U. MORERA, *L'“arbitraggio” per la risoluzione dei contrasti gestionali nelle s.r.l.*, cit., p. 318 ove l'A. fa alcuni esempi di utilizzi concreti delle clausole per coinvolgere i portatori di interesse nella governance delle S.r.l. *Contra*, F. CORSINI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, cit., p. 1279, secondo cui «la terzietà va[...] misurata non solo rispetto all'organo amministrativo, ma riguardo a tutta l'organizzazione societaria, inclusa la compagine sociale» (enfasi aggiunta).

sia direttamente e *semel pro semper* dalla stessa clausola dell'atto costitutivo (che indicherà puntualmente o *per relationem* il decisore), sia indirettamente, rimettendo tale competenza ad altri soggetti.

Soggetti che – in virtù della natura sostanziale di questo istituto – a differenza di quelli chiamati a nominare gli arbitri ai sensi dell'art. 838-*bis* c.p.c., non devono essere estranei alla società⁴⁹. Ben potendo essere, quindi, oltre che le figure “tipiche” a cui è affidata la nomina degli arbitri *ex art. 838-bis* c.p.c. (*e.g.*, il presidente di un determinato ordine professionale, della camera di commercio, di un'associazione di categoria, ecc...), anche i sindaci, i soci o gli stessi amministratori che hanno dato adito ai contrasti.

Con riferimento all'ipotesi di nomina dei terzi decisori da parte dei soci della società, si noti che tale prerogativa può essere loro accordata sia collettivamente, come decisione dei soci *ex art. 2479* c.c., nonché solamente ad alcuni soci, come diritto particolare *ex art. 2468*, comma 3, c.c. (o come diritto di categoria per le S.r.l. PMI). Con l'unica differenza che, in questo ultimo caso, l'introduzione della clausola richiederebbe il consenso unanime dei soci in ragione di quanto prescritto dall'art. 2468, comma 4, c.c.⁵⁰.

6. In ragione della lettura sistematica che si dà al deferimento a terzi della decisione gestoria, dipende l'impatto che l'art. 838-*quinquies* c.p.c. ha sui procedimenti di *governance* della società.

A tal proposito, se questo fosse interpretato come la designazione di uno o più “amministratori sostitutivi”⁵¹, cui è *pro tempore* delegata

(49) Infatti, a tal proposito, l'art. 838-*quinquies* c.p.c. non utilizza una espressione analoga a quella utilizzata dall'art. 838-*bis*, co. 2, c.p.c., a norma del quale «il potere di nomina di tutti gli arbitri [deve essere conferito] a soggetto *estraneo* alla società». Tuttavia, si noti che la formulazione dell'art. 37 del d.lgs. 5/2003 (l'attuale 838-*quinquies* c.p.c.) contenuta nella prima bozza di d.lgs. attuativo dell'art. 12, l. 3 ottobre 2001, n. 366 approvata dal Consiglio dei Ministri in data 29-30 settembre 2002 (pubblicata sul Sole 24 Ore del 4 ottobre 2002) utilizzava tale espressione.

(50) Sul tema, con riferimento all'attribuzione del diritto alla categoria di quote, cfr. la Massima del CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, n. 172 – *Modalità e condizioni di emissione di categorie di quote di s.r.l. PMI*, 27 novembre 2018.

(51) Se i terzi fossero ritenuti degli “amministratori sostitutivi” chiamati a prendere la decisione che ha dato luogo ai contrasti (come, in dottrina, sostenuto da G. CARRARO, *L'«arbitrato economico» come gestione sostitutiva*, cit., p. 788 *et passim* e – a tratti – da P. FABBRIS, *Arbitraggio endosocietario e temporary director*, cit., *passim*), la clausola di deferimento *ex art. 838-quinquies* c.p.c. rappresenterebbe una vera e propria clausola di nomina “automatica” di un amministratore. Infatti, sempre seguendo questa teoria, a seguito dell'insorgenza dei contrasti, verrebbe *nominato* un amministratore (“sostitutivo”) investito della *delega* di assumere le decisioni oggetto dei contrasti stessi.

l'assunzione della decisione che ha originato il contrasto, si assisterebbe ad una vera e propria *Ersetzung* – circoscritta a tale questione⁵² – dei terzi rispetto agli amministratori della società, risultando, in questo modo, i primi investiti dei poteri, doveri e responsabilità propri dei secondi⁵³.

Invece, come si è detto, l'attivazione della clausola di cui all'art. 838-*quinquies* c.p.c. non comporta un subentro dei terzi nella posizione degli amministratori; bensì il fatto che la competenza decisionale (e, solo quella) riguardante l'operazione che ha dato luogo ai contrasti venga sottratta all'organo amministrativo al fine di essere (ri-)affidata ad uno o più soggetti terzi⁵⁴. Pertanto, in virtù della comune meccanica di traslazione del potere decisionale, per ricostruire gli effetti societari del

(52) Sulla – eventuale – possibilità di “compartimentare” la gestione della società, attribuendo le decisioni che danno luogo ai contrasti alla competenza degli amministratori sostitutivi e le altre nelle mani degli amministratori regolarmente nominati dall'assemblea, si pensi all'art. 92, co. 1, disp. att. c.c. a norma del quale il «decreto [...] che nomina l'amministratore giudiziario [...] *priva* l'imprenditore, dalla sua data, dell'amministrazione della società nei limiti dei poteri conferiti all'amministratore giudiziario». Così facendo, il complesso di atti qualificabile come “amministrazione della società” risulta diviso in due “segmenti”: uno attribuito dal decreto di nomina all'amministratore giudiziario (sostitutivo) e l'altro – residuale – che resta nelle mani degli amministratori. Sul tema, cfr. quanto osservato da G.C.M. RIVOLTA, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1969, p. 44.

(53) *Contra* G. CARRARO, *L'«arbitrato economico» come gestione sostitutiva*, cit., p. 800 secondo il quale la natura sostanziale del deferimento è quella di una vera e propria *Ersetzung* [lett. “sostituzione” o “rimpiazzo”] dei terzi nel ruolo degli amministratori. Infatti, l'A. osserva che «è necessario postulare che per la sua natura sostanziale la *Ersetzung* posseda il medesimo contenuto del potere sostituito e, dunque, che essa venga esercitata nell'esclusivo interesse della società, ne discende inevitabilmente che il terzo deve assumere quale unico criterio di decisione la cura dell'interesse sostanziale della società». Una ricaduta del considerare i terzi alla stregua di “amministratori sostitutivi” è quella di assoggettarli *tout court* al regime pubblicitario degli amministratori previsto dall'art. 14, lett. d), della Direttiva UE 1132/2017 (in questo senso l'A. a p. 811). Con la conseguenza che, in quanto “partecipanti all'amministrazione della società”, la loro nomina e cessazione deve essere pubblicata nel registro delle imprese.

(54) In questo senso, G.D. MOSCO, *Funzione amministrativa e sistemi di amministrazione*, cit., p. 1681 osserva che questo «istituto consente [...] a un terzo di incidere tramite una sua decisione sulla gestione della società senza esserne amministratore». Infatti, sempre secondo l'A. il terzo «non può divenire una specie di amministratore occasionale e di ultima istanza». Sul punto, cfr. anche P. SPADA, *L'amministrazione «arbitrata»*, cit., p. 263; E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. it. dir. proc. civ.*, 2003, p. 517; S. CHIARLONI, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla materia del lodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 123.

deferimento *ex art.* 838-*quinquies* c.p.c. sul sistema di *governance* della società, è possibile ispirarsi ai profili operativi – frutto delle elaborazioni della dottrina – riguardanti le decisioni gestorie dei soci di S.r.l.⁵⁵. E,

(55) Si noti che il tema delle “decisioni gestorie” dei soci di S.r.l. – e l’impatto che queste hanno sul sistema di *governance* di questo tipo sociale – è stato oggetto dell’attenzione della dottrina soprattutto all’indomani dell’entrata in vigore del D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (il c.d. “Codice della Crisi d’Impresa e dell’Insolvenza” d’ora in poi “CCII”). Infatti, dal momento che l’art. 377, comma 4, CCI ha modificato l’art. 2475, co. 1, c.c. sancendo che «la gestione dell’impresa [...] spetta *esclusivamente* agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l’attuazione dell’oggetto sociale» (enfasi aggiunta) si sono creati evidenti problemi di coordinamento con i vigenti artt. 2497, co. 1 e 2468, co. 3, c.c. A tal proposito, si sono orientati in senso “restrittivo” circa le prerogative gestorie attribuibili ai soci di S.r.l. L. CALVOSA, *Gestione dell’impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 2475 c.c.*, in *Società*, 2019, p. 799; G.D. MOSCO, *Il riparto delle competenze gestionali nella S.r.l. dopo il Codice della crisi*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 1036 e V. DI CATALDO – S. ROSSI, *Nuove regole generali per l’impresa nel nuovo Codice della crisi e dell’insolvenza*, in *Riv. dir. soc.*, 2018, p. 759; M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell’impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 271; L. DE ANGELIS, *L’influenza della nuova disciplina dell’insolvenza sul diritto dell’impresa e delle società, con particolare riguardo alle s.r.l.*, in *Rivista ODC*, 2019, p. 16; F. MAGLIULO, *I poteri degli amministratori di società a responsabilità limitata a seguito del codice della crisi di impresa e dell’insolvenza*, in *Riv. not.*, 2019, 313 e G.A. MAZZA, *La riforma della crisi d’impresa mette in crisi i diritti dei soci di s.r.l. in materia di gestione*, in *Riv. dott. comm.*, 2019, p. 496. Mentre altri autori – poi suffragati dall’art. 40, co. 4 del D.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 (il c.d. “Decreto correttivo”) che ha nuovamente novellato l’art. 2475, co. 1, c.c., fino a farlo giungere alla sua attuale formulazione – hanno circoscritto il carattere della competenza *esclusiva* alla sola istituzione degli *asseti*, affidando all’autonomia privata (cfr. il riferimento all’atto costitutivo dell’attuale art. 2475 c.c.) l’individuazione dei soggetti/uffici competenti dell’*amministrazione* della società. Tra questi, cfr. O. CAGNASSO, *Diritto societario e mercati finanziari*, in *NDS*, 2018, p. 968; P. MONTALENTI, *Gestione dell’impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta nella Riforma Rordorf*, in *NDS*, 2018, p. 951 G.A. RESCIO, *Brevi note sulla “gestione esclusiva dell’impresa” da parte degli amministratori di s.r.l.: distribuzione del potere decisionale e doveri gestori*, in *Il Societario*, 16 luglio 2019, p. 3; S. FORTUNATO, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 968; C. IBBA, *Codice della crisi e codice civile*, in *Rivista ODC*, 2019, p. 243; e con riferimento al testo definitivo: N. ABRIANI – Ant. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d’impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, p. 400; L. STANGHELLINI, *Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica)*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 450; P. BENAZZO, *Il Codice della crisi di impresa e l’organizzazione dell’imprenditore ai fini dell’allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 303. Invece, per una panoramica del ruolo dei soci di S.r.l. all’indomani della Riforma del 2003, cfr. G. ZANARONE, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 84; P. SPADA, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla «nuova» società*

quindi, per cogliere le ricadute procedurali del deferimento a terzi nonché i rapporti che si creano tra questi e gli organi della società, si interpreteranno le “decisioni dei terzi” alla stregua di vere e proprie “decisioni (dei soci) assunte da terzi”⁵⁶.

Fatta questa premessa metodologica, è bene dire che l’*iter* dell’attività gestoria può essere idealmente scomposto in tre *fasi*: *i*) quella *preparatoria* o *istruttoria*, tesa ad acquisire tutte le informazioni e gli elementi utili per assumere le scelte gestionali da adottare; *ii*) quella *decisionale* vera e propria, in cui vengono fatte le valutazioni di merito che sfociano nell’assunzione della decisione e, infine, *iii*) quella *attuativa*, in cui si dà rilevanza esterna alla decisione⁵⁷.

Come detto, il deferimento a terzi menzionato dalle clausole di cui all’art. 838-*quinquies* c.p.c. – al pari dell’avocazione ai soci *ex art.* 2479, comma 1, c.c. – rappresenta una dislocazione del (solo) potere decisionale. Il quale, in virtù dei contrasti, viene sottratto alla competenza degli amministratori da parte dei soci – in forza della clausola statutaria – per essere riaffidato ad uno o più soggetti terzi. Dunque, a seguito dell’attivazione della clausola, la fase decisionale (e, solo quella)

a responsabilità limitata), in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 489; F. DI SABATO, *Autonomia privata e tipicità della società*, in *Riv. dir. impr.*, 2003, p. 501 e M. RESCIGNO, *Le regole organizzative della gestione della s.r.l.*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, (a cura di) M. Cian, Padova, 2004, p. 323.

(56) In merito alla somiglianza tra queste due fattispecie (deferimento ed esercizio del diritto di cui all’art. 2479, comma 1, c.c.), si noti che in entrambi i casi «i soci [o i terzi] *occasionalmente gestori* hanno una competenza circoscritta al singolo atto sottoposto alla loro approvazione [loro deferito]. Non viene quindi sottratto ai gestori un settore dell’amministrazione della società, ma semplicemente una determinata scelta gestionale». In questi termini, O. CAGNASSO, *Socio gestore e sue responsabilità*, in *Trattato delle Società*, (a cura di) V. Donativi, III, Torino, 2022, p. 639 (enfasi aggiunte). A tal proposito, mutuando l’espressione utilizzata da M. AIELLO, *La responsabilità degli amministratori e dei soci delle s.r.l.*, Bologna, 2013, *passim*, è possibile affermare che i terzi a cui sono deferiti i contrasti sulla gestione siano dei “cogestori”.

(57) A tal proposito, O. CAGNASSO, *Socio gestore e sue responsabilità*, cit., p. 651 – in merito alla ripartizione (endosocietaria) delle varie “fasi” – osserva che «naturalmente è possibile che lo stesso soggetto o organo sia investito del compito di porle in essere, come nel caso dell’amministratore unico. Come pure è configurabile l’ipotesi eposta, che preveda l’attribuzione dei vari momenti a soggetti o organi diversi, ad esempio, rispettivamente, ai delegati, al Consiglio di Amministrazione, al suo Presidente» Si noti che la scomposizione dell’*iter* gestorio in varie “fasi” (o “tappe” utilizzando un’altra terminologia dell’A.) si deve a Id., *Gestione attribuita ai soci della società a responsabilità limitata e ruolo degli organi di amministrazione e di controllo*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, p. 460 il quale utilizza questa costruzione logica per spiegare come le decisioni gestorie dei soci impattino sul sistema di *governance* delle S.r.l.

viene affidata ai terzi mentre quella preparatoria e quella di esecuzione restano di esclusivo appannaggio dell'organo gestorio. Che, quindi, nonostante il deferimento, mantiene una posizione centrale nei processi di *governance* della società⁵⁸.

Infatti, nella fase *preparatoria*, che logicamente precede l'assunzione della decisione, gli amministratori – e, nello specifico, ove presenti, i delegati – sono chiamati tanto al reperimento e alla trasmissione ai terzi delle informazioni utili per operare in modo consapevole la scelta gestoria; quanto (se non soprattutto) all'istituzione degli *assetti* organizzativi, amministrativi e contabili adeguati di cui all'articolo 2086, comma 2, c.c.⁵⁹. Poi, nella fase *attuativa*, una volta che i terzi hanno assunto la decisione loro deferita, gli amministratori (o, meglio, quelli dotati della legale rappresentanza della società) sono tenuti a darvi esecuzione; salvo disattendere quelle che possono configurare un pregiudizio per la società⁶⁰.

(58) Di questo avviso, con riferimento al ruolo degli amministratori in presenza di decisioni gestorie attribuite statutariamente o avocate ai soci, anche O. CAGNASSO, *Socio gestore e sue responsabilità*, cit., p. 654, il quale osserva che «il ruolo degli amministratori risulterà comunque di *notevole rilievo* e sicuramente tale da giustificare la responsabilità degli stessi anche per le decisioni poste in essere dai soci». Sono del medesimo avviso anche S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori e dei soci "cogestori"*, in *Il nuovo diritto societario. Profili civilistici, processuali, concorsuali, penali e fiscali*, (a cura di) S. Ambrosini, Torino, 2005, I, p. 456. La conseguenza del fatto che gli amministratori, anche qualora determinate decisioni gestorie siano “deferite a terzi”, mantengano una posizione “di rilievo” – come si vedrà nei §§ 6.1 e 6.3 – emerge soprattutto in relazione al regime di responsabilità cui sono sottoposti.

(59) In tal senso, G. CARRARO, *L'«arbitrato economico» come gestione sostitutiva*, cit., p. 814 osserva che gli amministratori «pur quando abbiano deferito al terzo la questione oggetto di contrasto, non si spogliano però del dovere generale di istituire – e, va aggiunto, costantemente mantenere – un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile (art. 2086, co. 2); e quindi debbono far sì che la decisione da assumere si contemperì con questo adeguato assetto, se necessario segnalando in anticipo al terzo (che difficilmente potrebbe averne, altrimenti, compiuta conoscenza) scelte che già di per sé non si prospettassero “adeguate alla natura o alle dimensioni dell'impresa”». L'A. – con cui non si può che convenire – riconosce l'importanza degli *assetti*, non solo nella fase preparativa alla decisione, ma anche (se non soprattutto) in quella attuativa in cui fungono da “metro” per valutare la compatibilità della decisione del terzo con la situazione in cui versa la società.

(60) In questo senso anche G.D. MOSCO, *Funzione amministrativa e sistemi di amministrazione*, in *Le società a responsabilità limitata*, (a cura di) C. Ibba e G. Marasà, II, Milano, 2020, p. 1684, il quale osserva che «resta in ogni caso di competenza degli amministratori la valutazione dell'eventuale *dannosità* dell'atto sopravvenuto rispetto a quando il contrasto gestionale si è manifestato. Qualora valutino l'atto dannoso, tutti gli amministratori hanno, come di regola il potere/dovere di *non dargli esecuzione*» (enfasi

Prima di affrontare l'analisi delle singole fasi del procedimento di assunzione delle decisioni gestorie, è bene chiarire in che modo si attivi la clausola a cui consegue il deferimento. L'art. 838-*quinquies* c.p.c. non stabilisce nulla in tal senso, rimettendo la definizione del processo alla clausola statutaria. Questa, tal proposito, potrebbe prevedere: *a*) un certo numero di decisioni "a vuoto" prima di attivarsi (*i.e.*, prima di poter formalmente constatare la presenza dei contrasti) nonché *b*) un periodo di *cooling-off* per provare a stemperare le divergenze di opinioni tra gli amministratori⁶¹. Dunque, una volta che questi tentativi "passivi" di mitigazione dei contrasti non hanno sortito gli effetti sperati, si configurano i presupposti per l'attivazione della clausola e, quindi, del deferimento.

Ciò detto, sorge spontaneo chiedersi chi siano i soggetti effettivamente legittimati ad avviare il procedimento e a curare il coordinamento tra le varie fasi che saranno descritte nei prossimi §§. Anche in questo caso, la loro individuazione potrebbe essere affidata alla clausola statutaria; ma in assenza di una espressa previsione contrattuale, si può ritenere che la legittimazione spetti al presidente dell'organo amministrativo o, in caso di sua inerzia, ad ogni amministratore e – poi – ai sindaci⁶².

Segnatamente, il fatto che il deferimento a terzi delle decisioni gestorie che danno luogo ai contrasti sia contemplato in una clausola statutaria, lo rende una regola organizzativa della società a cui devono attenersi *tutti* gli amministratori nel loro operato. E, sulla cui osservanza i sindaci sono tenuti a vigilare. Poi, questi ultimi, in virtù dell'applicazione analogica dell'art. 2406 c.c. – dettato per la mancata convocazione dell'assemblea delle società azionarie – hanno l'incom-

aggiunte). Analogamente, ma con riferimento alle decisioni dei soci, G.A. RESCIO, *Brevi note sulla "gestione esclusiva dell'impresa" da parte degli amministratori di s.r.l.*, cit., p. 7 afferma che gli amministratori hanno il dovere di «stimolare le decisioni dei soci più appropriate, [di] monitorarne gli esiti e l'impatto sull'organizzazione d'impresa e sulla gestione operativa, [di] rifiutarne l'attuazione» ove l'esecuzione di quelle decisioni sia «fonte o pericolo di danno per la società, i creditori, i singoli soci o i terzi».

(61) In tal senso, cfr. G. CABRAS, sub *art.* 37, cit., p. 959 il quale – facendo riferimento all'esperienza internazionale delle clausole *anti-deadlock* – osserva che di «sovente, si richiede che l'impasse si intenda esistente soltanto dopo almeno una ripetizione, in successive riunioni, del tentativo di decisione ovvero dopo l'esperimento del *cooling-off*».

(62) Sul tema, R. GUIDOTTI (- G. RAFFAELLI), *La risoluzione dei contrasti sulla gestione nella s.r.l.*, cit., p. 9, osserva che sono legittimati ad instaurare il procedimento «gli amministratori [...] e[,] qualora l'atto costitutivo non [lo] disciplini espressamente [...], anche i soci o i sindaci».

benza: *i*) di sollecitare il presidente dell'organo amministrativo in tal senso; e, in caso di ulteriore inerzia, *ii*) di dare avvio al deferimento.

Un ulteriore profilo che vale la pena affrontare è quello che riguarda la possibilità che gli amministratori – successivamente all'attivazione della clausola di cui all'art. 838-*quinquies* c.p.c. – superino i contrasti che gli avevano precedentemente impedito di assumere le decisioni gestorie. In tale situazione, venendo meno la condizione che legittima l'attivazione della clausola e, dunque, il deferimento (*i.e.*, i contrasti), l'organo amministrativo ritorna ad essere il pieno titolare del potere gestorio. Con la conseguenza che gli amministratori risulteranno legittimati ad assumere (e attuare) le decisioni gestorie indipendentemente dalla eventuale risoluzione fornita dai terzi ⁶³.

6.1. Procedendo con ordine – e, quindi, facendo riferimento alla fase *istruttoria* – è naturale pensare che i soggetti terzi, per poter assumere le decisioni loro deferite nel modo più appropriato possibile, debbano disporre di tutte le informazioni ad esse concernenti.

Pertanto, all'atto del deferimento (o, in un momento immediatamente successivo) il presidente dell'organo amministrativo – in virtù del suo ruolo propulsivo per la circolazione delle informazioni ⁶⁴ – sarà tenuto a fornire a questi un *dossier* contenente tutti gli elementi riguardanti la decisione deferita. Il flusso informativo che si instaura a beneficio dei terzi non è né da ricondurre ad una interpretazione

(63) In questo senso anche G. CARRARO, *L'«arbitrato economico» come gestione sostitutiva*, cit., p. 800 il quale osserva che «là dove coloro che hanno il potere di amministrazione ritrovino sintonia o trovino, comunque, un accordo interno o una maggioranza che consenta loro di superare il contrasto, possono sempre avocare la decisione e, qualora questa già fosse stata presa dal terzo o dal collegio, modificarla o sostituirla con una nuova e diversa decisione gestionale (anche, in ipotesi, di segno radicalmente opposto), allo stesso modo che qualsiasi deliberazione dell'assemblea o dell'organo amministrativo può sempre essere sostituita da una successiva del medesimo organo. E del resto, una nuova e valida decisione dell'organo amministrativo starebbe di per sé a comprovare giust'appunto che è venuta meno la situazione di stallo e, con ciò, che si è consumato anche il potere sostitutivo del terzo».

(64) Si noti che solitamente, il presidente del C.d.A. ha un ruolo propulsivo per la circolazione delle informazioni all'*interno* dell'organo amministrativo (cfr. l'art. 2381, co. 1, c.c.) ma, in questo caso, in cui la fase decisionale è di appannaggio di soggetti *non* amministratori, bisogna ritenere che questi flussi informativi debbano interessare anche i terzi: dovendo – quindi – essere dei flussi informativi “esoconsiliari”. Per una panoramica sulla figura del presidente dell'organo amministrativo nelle società a responsabilità limitata, cfr. A. MIRONE, *Il Consiglio di amministrazione: disciplina legale autonomia statutaria. I sistemi alternativi*, in *S.r.l. Commentario. Dedicato a G.B. Portale*, (a cura di) A.A. Dolmetta e G. Presti, Milano, 2011, p. 545.

analogica-estensiva del dovere – sancito dall’art. 2381, comma 6, c.c. (richiamato dall’ art. 2475, comma 6, c.c., per le S.r.l.) – di «agire in modo informato» a soggetti che *non* sono amministratori⁶⁵. Né, tantomeno, da considerare una forma di contraddittorio para-processuale (simile a quello previsto dall’art. 816-*bis* c.p.c.) in cui i singoli amministratori in contrasto illustrano la “bontà” della loro proposta⁶⁶. Bensì rappresenta una conseguenza dell’agire in conformità della clausola statutaria di cui all’art. 838-*quinquies* c.p.c. (cfr. l’art. 2476 c.c.)⁶⁷. Infatti, qualora lo statuto contemplasse una clausola che prevede il deferimento della competenza decisionale a beneficio di soggetti terzi, il non metterli nella condizione di assumere tali decisioni in modo ottimale rappresenterebbe – oltre che un atto lesivo dell’interesse sociale – una sostanziale violazione della clausola stessa.

(65) In questo senso, invece, G. CARRARO, *L’«arbitrato economico» come gestione sostitutiva*, cit., p. 793 secondo cui «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 soltanto temporaneamente di poteri gestori, di agire in modo informato (art. 2381, ult. co., ora richiamato anche dall’art. 2475, ult. co., c.c.)».

(66) In virtù della natura “non processualistica” dell’intervento dei terzi nell’amministrazione della società, la dottrina è pressoché unanime nell’affermare che questi non sono tenuti a dar vita ad un contraddittorio. Sul punto, cfr. G. CABRAS, sub *art. 37*, cit., p. 960 e G. CARRARO, *L’«arbitrato economico» come gestione sostitutiva*, cit., p. 793;

F. MANCINELLI, *«Arbitrato economico»: paralisi gestionale e sua soluzione*, in *Società*, 2005, p. 1047 e *contra*, U. MORERA, *L’«arbitraggio» per la risoluzione dei contrasti gestionali nella s.r.l.*, cit., p. 314.

(67) In dottrina, con riferimento al ruolo degli amministratori nelle S.r.l. in cui taluni poteri gestori sono stati affidati ai soci, O. CAGNASSO, *Socio gestore e sue responsabilità*, cit., p. 653 osserva che «in primo luogo spetta agli amministratori svolgere l’attività “istruttoria” diretta a fornire ai soci [in questo caso, ai terzi] gli elementi di informazione necessari affinché possano operare in modo consapevole le scelte gestorie ad essi affidate. E ciò sulla base del fondamentale dovere [...] di predisporre ed applicare assetti organizzativi adeguati». Mentre, in senso meno drastico, R. SANTAGATA, *Assetti organizzativi adeguati e diritti particolari di “ingerenza gestoria” dei soci*, in *Riv. soc.*, 2020, p. 1465, il quale ritiene «forse eccessivo prefigurare una generale ed ineludibile funzione istruttoria degli amministratori volta a fornire ai soci dotati di diritti particolari in materia gestoria tutti gli elementi utili per l’assunzione di consapevoli decisioni» (enfasi aggiunta). Si consideri che le *informazioni* inerenti alla decisione gestoria da prendere rappresentano – a tutti gli effetti – dei “mezzi necessari per l’esecuzione del mandato” che intercorre tra i terzi e la società. Pertanto, ai sensi dell’art. 1719 c.c. gli amministratori (per conto della società – mandante) sono tenuti «a somministrare [*i.e.*, fornire] al mandatario [*i.e.*, ai terzi] i mezzi necessari [*i.e.*, le informazioni] per l’esecuzione del mandato [*i.e.*, assumere la decisione gestoria].

Naturalmente la funzione istruttoria può essere svolta anche direttamente dai terzi (magari, interfacciandosi con l'organo di controllo interno)⁶⁸. Tuttavia, trattandosi di una "base necessaria" per il corretto svolgimento dell'attività amministrativa, è ragionevole ritenere che i soggetti che hanno il dovere di – oltre che la competenza materiale per – svolgerla siano gli amministratori, a cui – in esclusiva – compete il compito di predisporre gli assetti adeguati.

6.2. Come detto, ad esito dell'attivazione delle clausole di cui all'art. 838-*quinquies* c.p.c. – e, dunque, del deferimento dei contrasti ai terzi – si assiste ad una traslazione della competenza di assumere le decisioni gestorie che hanno dato luogo ai contrasti, la quale passa dalle mani degli amministratori a beneficio dei terzi. Considerando che, così facendo, la *fase decisionale* del procedimento gestorio – essendo espletata al di fuori della cornice societaria – non è più assoggettata alle regole di funzionamento dell'organo amministrativo della società, sorge spontaneo chiedersi in che modo questa debba essere assunta⁶⁹.

In primo luogo, è possibile osservare che, qualora la decisione gestoria fosse deferita ad una pluralità di soggetti, la formulazione dell'art. 838-*quinquies*, comma 3, c.p.c. sembra suggerire che questi debbano assumerla in maniera collegiale⁷⁰; e, dunque, salvo che la clausola non preveda diversamente, con il metodo maggioritario⁷¹.

(68) A tal proposito, S.A. CERRATO (– B. BRUNELLI), *Meccanismi "alternativi" di risoluzione delle controversie societarie*, cit., p. 506 osservano che ai terzi «devono essere forniti i documenti utili per la decisione, *fermo restando* che essi potranno domandare integrazioni e dovranno sentire gli amministratori o eventualmente altri soggetti coinvolti». Si pensi, al fatto che i terzi – qualora non fossero soddisfatti dell'istruttoria ricevuta dagli amministratori – potrebbero sia *chiedere* loro ulteriori informazioni sia farsi concedere una *procura* per poter reperire tali elementi informativi rivolgendosi direttamente all'ipotetica controparte della società (*i.e.*, gli ipotetici clienti, fornitori e istituti finanziari).

(69) Considerando il parallelismo con il diritto di avocazione delle decisioni gestorie concesso ai soci di S.r.l., è possibile osservare che – in quel caso – la competenza decisionale sia sottratta agli amministratori per essere esercitata *a)* come decisione dei soci (*ex art.* 2479, co. 1, c.c.) nonché *b)* come diritto particolare di un socio (*ex art.* 2468, co. 3, c.c.).

(70) A tal proposito, si noti, che l'art. 838-*quinquies*, co. 3, c.p.c. si riferisce ai terzi quale «il collegio chiamato a dirimere i contrasti».

(71) Si noti che, per questo motivo, sembra opportuno (anche se non obbligatorio) che il collegio sia composto da un numero dispari di membri per evitare che si verifichi una situazione di stallo decisionale anche all'interno di questo. In questo senso, cfr. R. GUIDOTTI (– G. RAFFAELLI), *La risoluzione dei contrasti sulla gestione nella s.r.l.*, cit., p. 9.

Un ulteriore profilo d'interesse concernente questa fase è quello attinente alla *discrezionalità* di cui dispongono i terzi nell'assumere la decisione ad essi deferita. Infatti, in dottrina, è stato sostenuto che questi non siano completamente liberi di assumere la decisione gestoria, ma che debbano limitarsi a scegliere – tra le varie opzioni prospettate dagli amministratori – quella da ritenersi preferita ⁷².

Tuttavia, questa ricostruzione, da un lato, non risulta coerente con la traslazione del potere decisionale conseguente al deferimento fin qui descritta e, dall'altro, non è aderente alla formulazione letterale dell'art. 838-*quinquies* c.p.c. Il quale né stabilisce che i terzi debbano “scegliere” tra le alternative precedentemente proposte dagli amministratori in conflitto ⁷³; né che questi siano tenuti ad attenersi entro il principio – di matrice processualistica – di corrispondenza tra chiesto e pronunciato ⁷⁴.

Anzi, al contrario, il comma terzo sancisce che – qualora la clausola statutaria lo prevedesse – i terzi possono «dare indicazioni vincolanti anche sulle *questioni collegate* [a] quelle espressamente deferitegli» (enfasi aggiunte), confermando in modo esplicito il fatto che il loro potere decisionale possa estendersi oltre ai confini delle ipotesi prospettate dagli amministratori in contrasto” ⁷⁵.

(72) In questo senso, F. CORSINI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, cit., p. 1281 afferma «che gli arbitratori de[von]o limitarsi ad esprimere un parere favorevole o contrario ad un determinato atto di gestione, senza offrire anche proposte costruttive, o comunque modificative, dell'alternativa sottoposta loro». Analogamente anche E. DALMOTTO, *L'arbitrato nelle società*, Bologna, 2013, p. 61; P. SPADA, *L'amministrazione "arbitrata"*, cit., p. 263; U. MORERA, *L'arbitraggio per la risoluzione dei contrasti gestionali nella s.r.l.*, cit., p. 320 e G. ARIETA – F. DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, p. 701.

(73) In questo senso, cfr. E. MINERVINI, *L'arbitrato «economico» e la risoluzione dei contrasti sulla gestione della società*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 884; D. CORAPI, *Note sull'arbitrato «economico» nelle società*, in *Rass. giur. en. el.*, 2003, p. 702; G. CABRAS, sub art. 37, cit., p. 962 e S.A. CERRATO (– B. BRUNELLI), *Meccanismi “alternativi” di risoluzione delle controversie societarie*, cit., p. 506, il quale osserva 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».

(74) Di questo avviso anche F. AULETTA, *La risoluzione di contrasti sulla gestione di s.r.l.*, cit., 386 e G. CARRARO, *L'arbitrato economico» come gestione sostitutiva*, cit., p. 801.

(75) Su cui, F. CORSINI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, cit., p. 1281 osserva che il terzo comma è «una disposizione pericolosa ed inopportuna» che rischia di “scardinare il sistema” di distribuzione delle responsabilità tra terzi ed amministratori descritto dall'A. Infatti, osserva l'A., «tale norma è criticabile perché

Bisogna dunque ritenere che i terzi possano decidere liberamente in merito alla questione ad essi deferita; non dovendo limitarsi ad optare quale – tra le opzioni prospettate dagli amministratori – sia la migliore. A ciò si aggiunge il fatto che, come detto, qualora la clausola statutaria lo prevedesse, la decisione dei terzi può travalicare l’oggetto del deferimento, fornendo indicazioni vincolanti anche sulle questioni a questo collegate.

6.3. Venendo, invece, alla fase *attuativa* della decisione assunta dai terzi, in virtù dell’impostazione che si è finora seguita (*i.e.*, del considerare le decisioni dei terzi al pari delle decisioni gestorie dei soci *ex art.* 2479, comma 1, c.c.), non sarebbe verosimile pensare che questi possano darvi direttamente attuazione⁷⁶. Infatti, questa competenza resta in capo agli amministratori; o, meglio, a quelli dotati della legale

non subordina la pronuncia sulle questioni connesse ad un’apposita istanza di parte e prevede *ex professo* che la determinazione degli arbitratori sia vincolante. In pratica ciò comporta la sostituzione agli amministratori de[...]i [terzi], senza però che siano state prese idonee contromisure affinché i primi possano essere spogliati dalla loro responsabilità, investendone nel contempo i secondi».

(76) Infatti, considerare la decisione dei terzi come *self-executing* vorrebbe dire accumunare (e, confondere) il potere *deliberativo* e quello di *rappresentanza*: infatti, se il primo – in virtù della traslazione di cui all’art. 2479, co. 1, c.c. – nelle S.r.l. può essere affidato anche a soggetti che non sono amministratori (*i.e.*, i terzi), il secondo, ai sensi dell’art. 2475-*bis* c.c. spetta (aggiungerei, esclusivamente) agli amministratori. A tal proposito, cfr. R. SANTAGATA, *Assetti organizzativi adeguati e diritti particolari di “ingerenza gestoria” dei soci*, cit., p. 1466, il quale osserva che risulta «una riserva in via esclusiva agli amministratori della sola *funzione di esecuzione* o, meglio, del “potere di dare diretta esecuzione a decisioni afferenti la gestione della società”, con l’effetto di ritenere illegittime clausole statutarie che assegnino ad uno o più soci [o, in questo caso, “ai terzi”] ogni diritto particolare interferente con siffatta *funzione nei rapporti della società con i terzi*». In questo senso anche gli orientamenti notarili, a tal proposito, cfr. la Massima del CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, n. 183 – *Limiti alla configurabilità di diritti particolari dei soci in s.r.l. in materia di amministrazione*, 17 settembre 2019 e la Massima dei CONSIGLI NOTARILI DEL TRIVENETO, I.C.34 – *Legittimità dell’attribuzione di poteri gestori a soggetti diversi dagli amministratori*, cit., secondo cui «all’organo amministrativo spetta *sempre* il diritto/dovere di non dare esecuzione a determinate decisioni gestorie da esso non assunte, ove ritenute dannose per la società». Inoltre, cfr. G. PETROBONI, *Le competenze gestorie dei soci nella società a responsabilità limitata*, cit., p. 206, il quale osserva che «agli amministratori competono [...] la direzione dell’impresa e, in ogni caso, l’esecuzione degli atti di gestione imputabili alla società, qualunque sia l’organo di questa che in concreto abbia deciso di compierli [...] è quindi inammissibile che i soci nominino uno speciale *procurator ad acta* per dare attuazione diretta, e per così dire autonoma, alle proprie determinazioni».

rappresentanza della società (cfr. l'art. 2475-*bis* c.c.). È, quindi, possibile affermare che – una volta ricevuta la decisione gestoria assunta dai terzi – sugli amministratori gravi il dovere di darvi esecuzione; salvo disattendere quelle che sono fonte di pericolo o di danno per la società, i creditori o i singoli soci ⁷⁷.

A tal proposito, in virtù del deferimento, la decisione gestoria dei terzi assume il medesimo valore organizzativo vincolante di una delibera dell'organo amministrativo della società, o di una decisione dei soci ai sensi dell'art. 2479, comma 1, c.c. Pertanto, non si rende necessaria una delibera intermedia per recepire la decisione assunta dai terzi antecedente alla sua esecuzione da parte del legale rappresentante della società ⁷⁸.

Ciò detto, l'intervento degli amministratori nella fase attuativa è motivato – oltre che 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 società. Infatti, in questo modo, gli amministratori, essendo chiamati a compiere un monitoraggio sulla decisione gestoria assunta dai terzi, fungono da ultimo “filtro di legittimità” prima della sua attuazione ⁷⁹. E, come si

(77) In questo senso anche S.A. CERRATO (– B. BRUNELLI), *Meccanismi “alternativi” di risoluzione delle controversie societarie*, cit., p. 506, il quale osserva 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».

(78) In questi termini, con riferimento alle decisioni gestorie dei soci, R. SANTAGATA, *Assetti organizzativi adeguati e diritti particolari di “ingerenza gestoria” dei soci*, cit., p. 1465 sostiene che il controllo praticato dagli amministratori sulle decisioni gestorie dei soci (ma analoghe considerazioni possono essere fatte con riferimento a quelle dei terzi *ex art. 838-quinquies* c.p.c.) «non pare sovrapponibile a quello richiesto al consiglio di amministrazione sull'attività degli organi delegati (malgrado il generico richiamo dall'art. 2381 nell'ult. comma dell'art. 2475), anche perché – secondo l'opinione preferibile – non è necessaria una delibera intermedia dell'organo amministrativo susseguente alla decisione assunta dai soci [(i.e., dai terzi)] ed antecedente alla sua esecuzione da parte del rappresentante legale della società, che si risolverebbe in un vistoso appesantimento nell'esercizio della funzione gestoria». In senso opposto, (R. GUIDOTTI -) G. RAFFAELLI, *La risoluzione dei contrasti sulla gestione nella s.r.l.*, cit., p. 10 la quale osserva che «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».

(79) A tal proposito, cfr. R. SANTAGATA, *Assetti organizzativi adeguati e diritti par-*

vedrà nel § 8, questo avrà delle rilevanti ricadute sui relativi profili di responsabilità.

7. Per concludere questa panoramica sulle ricadute in termini di *governance* del deferimento delle decisioni gestorie a terzi, è opportuno fare qualche precisazione sul rapporto che intercorre tra questi e l'eventualmente nominato collegio sindacale⁸⁰.

A tal proposito, in primo luogo, non sembra ipotizzabile l'esistenza – nemmeno ricavata in via analogica – di un *obbligo* gravante sui *terzi* di relazionare periodicamente il collegio sindacale circa le decisioni loro deferite. Così come, qualora i terzi assumessero le decisioni collegialmente, non sarebbe ricavabile in via analogica – partendo dall'art. 2405 c.c. – il dovere dei sindaci di partecipare ai comitati esterni alla società.

Tuttavia, questi “coni d'ombra” nel sistema dei controlli interni societari possono considerarsi sanati in virtù del fatto che i sindaci, in ogni caso: *a*) restano i destinatari delle informazioni, fornitegli ai sensi dell'art. 2381, comma 5, c.c. (applicato «in quanto compatibile» in virtù del richiamo di cui all'art. 2475, comma 6, c.c.) dagli organi delegati e *b*) possono – ai sensi dell'art. 2403, comma 2, c.c. (applicato in virtù di quanto previsto dall'art. 2477, comma 4, c.c.)– chiedere agli amministratori le informazioni sulle decisioni gestionali che i terzi sono chiamati a prendere e, sull'attività istruttoria posta in essere a tal fine. In quanto, qualora talune decisioni gestorie (rilevanti) fossero “deferite a terzi”, non pare possibile pensare che *a*) la relazione periodica «sul generale andamento della gestione» e *b*) le risposte alle richieste «sull'andamento delle operazioni sociali» possano non darne un adeguato riscontro.

8. Una volta analizzato come il deferimento a terzi impatti sui meccanismi di *governance* delle società, per avere una visione quanto

ticolari di “ingerenza gestoria” dei soci, cit., p. 1466 osserva che «gli amministratori sono [...] tenuti al monitoraggio finalizzato all'esecuzione della decisione gestoria assunta dal socio» [dai terzi]. Poi, l'A. afferma che non può mai essere eliminato il «“filtro” degli amministratori nell'esecuzione di decisioni gestorie, in guisa da legittimarne il rifiuto soltanto per motivi di legittimità. Con la conseguenza che quest'ultimi, giunti a conoscenza di un'operazione potenzialmente pregiudizievole per la società, possono (e devono) comunque vietarne l'esecuzione».

(80) A tal proposito, cfr. *mutatis mutandis* le osservazioni di O. CAGNASSO, *Gestione attribuita ai soci della società a responsabilità limitata e ruolo degli organi di amministrazione e di controllo*, cit., p. 460 e N. ABRIANI, *Il collegio sindacale nella società a responsabilità limitata*, in *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, (a cura di) R. Alessi – N. Abriani – U. Morera, Milano, 2007, p. 173 in merito al ruolo del collegio sindacale in presenza di decisioni gestorie dei soci.

più completa del fenomeno, è opportuno analizzare anche il relativo regime di responsabilità. In particolare, qualora la decisione dei terzi si rivelasse dannosa per la società, si tratta di capire quali siano le conseguenze della traslazione della competenza decisionale sull'art. 2476 c.c.; e, quindi, come sia ripartita la responsabilità sociale tra i terzi (che assumono la decisione) e gli amministratori (che ne danno attuazione).

Segnatamente, pensando a questa modalità di assunzione delle decisioni, non sarebbe ragionevole né imputare *tout court* la responsabilità agli amministratori – in virtù del fatto che l'atto in questione non è stato da loro deciso – né assoggettare in via analogica i terzi, che amministratori non sono, al relativo regime di responsabilità.

La dottrina che si è occupata del tema ha affermato che la responsabilità per gli atti compiuti in ragione di quanto deciso dai terzi debba gravare *solamente* sugli amministratori che *ab origine* ne avevano proposto il compimento⁸¹, sollevando dalla responsabilità solidale quelli “in contrasto”⁸². Tale ricostruzione del sistema delle responsabilità trova conforto nella tesi secondo cui, i terzi debbano limitarsi a scegliere – tra le varie opzioni prospettate dagli amministratori – quella da ritenersi preferita⁸³, non potendo né proporre una soluzione differente

(81) In questo senso, U. MORERA, *L'«arbitraggio» per la risoluzione dei contrasti gestionali nella s.r.l.*, cit., p. 321; F. CORSINI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, cit., p. 1281; G.D. MOSCO, *Funzione amministrativa e sistemi di amministrazione*, cit., p. 1684; P. FABBRIS, *Arbitraggio endosocietario e temporary director*, cit., p. 9 e R. GUIDOTTI (– G. RAFFAELLI), *La risoluzione dei contrasti sulla gestione nella s.r.l.*, cit., p. 12. *Contra* G. CARRARO, *L'«arbitrato economico» come gestione sostitutiva*, cit., p. 813 il quale afferma che «la paternità dell'atto gestionale [...] non p[uò] che appartenere [...] al terzo stesso che assume la decisione, il quale ne è sempre materialmente e giuridicamente autore anche nei casi in cui si limitasse (in apparenza) a recepire integralmente una od altra delle possibili soluzioni in contrasto prospettategli dalle persone “che hanno il potere di amministrare”». In questo senso, P. FABBRIS, *Arbitraggio endosocietario e temporary director*, cit., p. 9 afferma che «assum[ono] la paternità dell'atto, e quindi la relativa responsabilità, [...] i soli amministratori che hanno suggerito il compimento di quello specifico atto e il cui volere è stato confermato dagli arbitrali» e U. MORERA, *L'«arbitraggio» per la risoluzione dei contrasti gestionali nella s.r.l.*, cit., p. 321.

(82) Infatti, secondo la teoria prospettata dagli Aa. indicati nella precedente nota, gli “altri” amministratori, essendosi opposti (dando luogo ai “contrastati”) al compimento dell'atto rivelatosi dannoso, sono da ritenere *non* soggetti alla responsabilità solidale di cui all'art. 2476, co. 1, c.c. in quanto «esenti da colpa» e avendo «fatto constare [i] l proprio dissenso».

(83) A tal proposito, U. MORERA, *L'«arbitraggio» per la risoluzione dei contrasti gestionali nella s.r.l.*, cit., p. 322 osserva che il terzo, «in definitiva, non assume mai la titolarità del potere di amministrare (*i.e.*: la funzione amministrativa); non *determina*

da quelle proposte che hanno originato i contrasti, né pronunciarsi su altre questioni⁸⁴. Tuttavia, come si è osservato nel § 6.2, questa limitazione del potere decisionale dei terzi non è coerente né con la chiave di lettura qui proposta per l'istituto in questione né – tantomeno – con la formulazione letterale dell'art. 838-*quinquies* c.p.c. Ben potendo questi assumere delle vere e proprie decisioni gestorie indipendenti dalle posizioni prospettate dagli amministratori e che hanno dato origine ai contrasti tra di essi.

Dunque, al fine di comprendere quali siano i profili di responsabilità degli amministratori per le operazioni attuate in virtù della decisione ricevuta dai terzi, bisogna considerare l'effetto del deferimento sul relativo ruolo nelle diverse *fasi* logiche in cui è idealmente possibile parcellizzare l'*iter* dell'attività gestoria. In particolare, concentrandosi *non* sulla fase *decisionale* – che viene sottratta alla competenza degli amministratori per essere affidata ai terzi – bensì su quella *istruttoria* e quella *di attuazione* in cui il potere gestorio (e le connesse responsabilità) resta(no) nelle mani degli amministratori.

Avendo analizzato nei §§ 6.1 e 6.3 qual è il ruolo degli amministratori in quelle due fasi, è intuibile quali siano le loro responsabilità. Segnatamente, questi possono essere considerati responsabili: *i*) per non aver fornito ai terzi tutti gli elementi utili per prendere in modo quanto più informato la decisione (*i.e.*, difetto di istruttoria); nonché *ii*) per aver *eseguito* una decisione pregiudizievole per la società.

Posto che il primo profilo non pare sollevare particolari perplessità, in quanto gli amministratori – in virtù del dovere di agire in attuazione della previsione statutaria che prevede il deferimento della competenza decisionale a beneficio dei terzi – non possono esimersi dal fornire ai terzi tutti gli elementi di informazione necessari affinché questi possano assumere in modo consapevole le decisioni gestorie ad essi deferite, è necessario fare qualche ulteriore precisazione sul secondo.

l'atto di gestione in via originaria: si limita soltanto a decidere quale opzione (tra quelle su cui è nato il conflitto) deve essere preferita».

(84) In questo senso, F. CORSINI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, cit., p. 1281 afferma che questa «conclusione è peraltro giustificata se, e solo se, la decisione resa al termine dell'«arbitrato gestionale» è riconducibile, in via immediata e nella sua totalità, alla proposta di coloro che intendevano porre in essere l'atto sulla cui opportunità si è verificata la situazione di *deadlock*. Ciò comporta [...] che gli arbitrali debbano *limitarsi ad esprimere un parere favorevole o contrario ad un determinato atto di gestione, senza offrire anche proposte costruttive, o comunque modificative, dell'alternativa sottoposta loro*» (enfasi aggiunte).

Infatti, anche se la decisione dei terzi ha un valore – organizzativamente – *vincolante*, il fatto che gli amministratori, in quanto dotati della legale rappresentanza della società (cfr. l'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”⁸⁵. Infatti, qualora questi, ricevendo dai 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 la società, possono – anzi, devono, pena la loro responsabilità – opporvi un rifiuto⁸⁶.

(85) A tal proposito, si noti – *mutatis mutandis* – quanto osservato da P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni: profili organizzativi*, Milano, 1975, 61 secondo cui «è evidente che quando gli amministratori sono resi *garanti della tutela di determinati interessi*, mediante una responsabilità esterna, sono per ciò stesso abilitati a sindacare la conformità della delibera alle regole presidiate da tale responsabilità e a rifiutarne, in caso negativo, l'esecuzione». In senso analogo V. CALANDRA BONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, Torino, 1990, p. 108 osserva che gli amministratori sono «*garanti del rispetto delle regole di corretta gestione della società [...]* anche quando il potere deliberativo spett[*a*] all'assemblea» o, come in questo caso, ai terzi (enfasi aggiunta).

(86) In questo senso anche S.A. CERRATO (– B. BRUNELLI), *Meccanismi “alternativi” di risoluzione delle controversie societarie*, cit., p. 506, il quale osserva che «l'affidamento del contrasto all'arbitratore implica una temporanea “delega” di funzioni gestorie e l'esercizio di tali funzioni si concreta in una “decisione” che [il terzo] assume e comunica agli amministratori affinché essi vi diano esecuzione ma sempre, beninteso, se e nella misura in cui ciò non cagioni un danno, e fermo restando il *dovere* di costoro di attivarsi, ove necessario, per *impedire* che tale decisione possa recar *pregiudizio* alla società» (enfasi aggiunte). A tal proposito, P. ABBADESSA, *L'assemblea: competenza*, in *Trattato delle società per azioni*, (diretto da) G.E. Colombo e G.B. Portale, 3°, Torino 1994, p. 37 (poi ripreso da M. MOZZARELLI, *Decisioni dei soci e profili di responsabilità degli amministratori nei confronti della s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 428) ha coniato l'espressione «potere-dovere di resistenza» per indicare la situazione giuridica in cui si trovano gli amministratori che da un lato «hanno in via generale l'obbligo di dare esecuzione alle delibere assunte dall'assemblea [o dai terzi] nell'ambito delle proprie competenze e [...] in presenza di particolari circostanze possono [(*rectius*, devono)] opporre un rifiuto» (cit. Id., *La gestione dell'impresa nella società per azioni.*, cit., p. 39). Analogamente anche la massima dei CONSIGLI NOTARILI DEL TRIVENETO, I.C.34 – *Legittimità dell'attribuzione di poteri gestori a soggetti diversi dagli amministratori*, cit. afferma «che la responsabilità della gestione dell'impresa in relazione al suo equilibrio finanziario e al mantenimento della continuità aziendale grava necessariamente sugli amministratori, indipendentemente da chi in concreto, nel rispetto delle regole organizzative interne, abbia deciso un determinato atto gestorio» in quanto «all'organo amministrativo spetta sempre il diritto/dovere di non dare esecuzione a determinate

Ciò detto, bisogna considerare che, sempre nella fase attuativa, si cela un ulteriore profilo di responsabilità per gli amministratori. Infatti, le decisioni formulate dai terzi potrebbero essere generiche e prive delle indicazioni “di dettaglio” strumentali alla loro esecuzione materiale⁸⁷. La cui definizione è rimessa alla discrezionalità tecnica degli amministratori, i quali, nel porle in essere, si espongono ad ulteriori profili di responsabilità.

8.1. Una volta analizzato quale sia il regime di responsabilità sociale gravante sugli amministratori che ricevono e attuano quanto deciso dai terzi, è doveroso confrontarsi con quello dei soggetti che assumono le decisioni gestorie. A tal proposito, in virtù della loro peculiare posizione non è possibile né assoggettarli al medesimo regime di responsabilità solidale degli amministratori di cui all’art. 2476, comma 1, c.c.⁸⁸; né applicare analogicamente a loro quanto previsto per i soci che «intenzionalmente deci[do] il compimento di atti dannosi per la società» ai sensi dell’art. 2476, comma 8, c.c. È, pertanto, necessario soffermarsi sul rapporto contrattuale che lega questi alla società.

Segnatamente, in ragione del fatto che ad esito del deferimento si assiste ad una traslazione del potere decisionale, che – in virtù di quanto previsto nella clausola statutaria – passa dagli amministratori

decisioni gestorie da esso non assunte, ove ritenute dannose per la società». Sempre la massima, nell’individuare le situazioni che possono comportare l’attribuzione di poteri di gestione a soggetti diversi dagli amministratori, cita «i poteri di dirimere controversie sulla gestione assumendo decisioni vincolanti attribuibili a terzi ex art. 37 d. lgs. n. 5/2003». Ciò detto, è opportuno precisare che, gli amministratori – al pari di quanto tenuti a fare con riferimento alle decisioni gestorie dei soci – devono disattendere tutte le decisioni ricevute dai terzi da cui ragionevolmente ritengono che possano derivare dei danni per la società; e non solamente quelle che comportano un pregiudizio alla solvibilità della stessa (con riferimento a quest’ultimo profilo, si pensi all’analogia con la finanziariamente insostenibile distribuzione di utili e riserve su cui cfr. L. TRONCI, *Distribuzione di utili e riserve*, Milano, 2017, p. 91 il quale evidenzia «la necessità che [gli amministratori] verifichino la compatibilità della decisione dei soci con l’interesse della società e, in particolare, con l’esigenza di tutelare l’integrità del patrimonio sociale»).

(87) Si noti che la decisione dei terzi è formulata indicando solamente l’opportunità – o meno – di compiere un determinato investimento e non specificando *come* debba essere concretamente attuato tale investimento (*i.e.*, con fondi propri o con capitale di debito, acquistando i beni o utilizzandoli in virtù di un contratto di *leasing*, ecc...).

(88) Così come, «non è in nessun caso estendibile [a loro] la disciplina, sostanziale e processuale, applicabile agli organi di governo della società» in questo senso, (R. GUIDOTTI -) G. RAFFAELLI, *La risoluzione dei contrasti sulla gestione nella s.r.l.*, cit., p. 14.

ai terzi, è possibile affermare che questi ultimi si obbligano a compiere l'atto giuridico di assumere la decisione gestoria loro deferita "per conto" della società. Dunque, il rapporto contrattuale che intercorre tra la società ed i terzi è riconducibile al contratto di mandato di cui agli artt. 1703 e ss. c.c.⁸⁹.

Da questa considerazione, oltre che discendere la presunzione di *onerosità* della prestazione del terzo (art. 1709 c.c.), si evince che i terzi saranno *responsabili* tanto nel caso in cui non rendano la propria decisione entro i termini determinati all'atto di deferimento; quanto nel caso in cui non assumano le decisioni gestorie «con la diligenza del buon padre di famiglia» (art. 1710, comma 1, c.c.)⁹⁰. Quest'ultimo canone (di diligenza) sarà poi enfatizzato dovendo essere valutato «con riguardo alla natura dell'attività esercitata» qualora i terzi fossero scelti in ragione di loro specifiche competenze professionali (cfr. l'art. 1176, comma 2, c.c.).

Invece, pensando ai 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 deferita, questi non possono essere chiamati a rispondere per le scelte gestionali – rivelatesi dannose – compiute basandosi sulla carente istruttoria ricevuta dagli amministratori⁹¹. A tal proposito, si può pensare ad un parallelismo tra questa situazione e quella che riguarda il rapporto tra singolo componente del consiglio d'amministrazione e gli organi delegati: là dove, appunto, non può esservi responsabilità

(89) Ai fini della qualificazione del contratto che intercorre tra il "decisore terzo" e la società alla stregua di un "mandato" cfr. – *ex multis* – P. FABBRIS, *Arbitraggio endosocietario e temporary director*, cit., p. 9 e (R. GUIDOTTI -) G. RAFFAELLI, *La risoluzione dei contrasti sulla gestione nella s.r.l.*, cit., p. 14. Analogamente, a livello comparatistico, l'Article 4:28 del *Code des sociétés et des associations* prevede che «l'administrateur provisoire – fût-il associé commanditaire – n'est responsable que de l'exécution de son mandat».

(90) In ottica comparatistica, si noti che anche il secondo comma dell'Article 4:28 del *Code des sociétés et des associations* belga prevede che «l'administrateur provisoire – fût-il associé commanditaire – n'est responsable que de l'exécution de son mandat» (enfasi aggiunta), separando completamente la posizione dell'*administrateur provisoire* da quella di socio.

(91) A tal proposito, cfr. G. CARRARO, *L'«arbitrato economico» come gestione sostitutiva*, cit., p. 814 osserva che «quanto minore e più lacunosa sarà la *disclosure* verso [i terzi] da parte degli amministratori tra loro in contrasto, [...] 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 stessi amministratori».

del primo, quando le informazioni fornite a sua richiesta dai secondi si rivelino inesatte, errate o lacunose ⁹².

9. Giunti a questo punto dell'analisi, è doveroso chiedersi se vi siano dei limiti legali all'operatività delle clausole di cui all'art. 838-*quinquies* c.p.c.; e, quindi, se esistono alcune materie di carattere gestorio che non possono essere deferite ai terzi in virtù delle stesse ⁹³.

La formulazione letterale dell'art. 838-*quinquies* c.p.c. parrebbe indicare che qualsiasi decisione gestoria – che dia luogo ad un contrasto – possa essere deferita ai terzi. Tuttavia, essendosi osservato che il deferimento sia una conseguenza del diritto dei soci di sottrarre determinate decisioni gestorie all'altrimenti generale competenza decisionale degli amministratori, per individuare i relativi limiti bisogna analizzare la disciplina dei sistemi di amministrazione delle S.r.l. E, dunque, le materie non deferibili saranno tutte quelle che l'art. 2479, comma 1, c.c. non può sottrarre alla (altrimenti esclusiva) competenza degli amministratori.

A tal proposito, non si può che iniziare questa analisi confrontandosi con l'art. 2475, commi 1 e 5, c.c. I quali, rispettivamente, prevedono che: *a*) «l'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori» ⁹⁴ e *b*) «la redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione o scissione, nonché le decisioni di aumento del capitale [delegato] sono *in ogni caso* di competenza dell'organo amministrativo» (enfasi aggiunte).

In merito al primo profilo è possibile osservare che l'istituzione (prima) e la cura (poi) degli adeguati assetti amministrativi, organizzativi e contabili richiedono, oltre che una serie di competenze di carattere tecnico riguardanti la specifica attività d'impresa svolta ⁹⁵, anche che il

(92) In merito alla ripartizione delle responsabilità tra amministratori delegati e deleganti in virtù della circolazione delle informazioni all'interno dell'organo amministrativo, cfr. – *ex multis* – C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in questa *Rivista*, 2006, p. 692.

(93) Si noti che in questa sede si intende analizzare quali siano i limiti "legali" al deferimento attuato in virtù delle clausole di cui all'art. 838-*quinquies* c.p.c. e non quelli che – senz'altro legittimi – possono essere indicati nella clausola per circoscrivere l'operatività della stessa a particolari materie.

(94) In merito alle novelle apportate dal CCII all'art. 2475 c.c., che influiscono sulla governance delle S.r.l., cfr. le osservazioni fatte a nt. 55.

(95) A tal proposito, O. CAGNASSO, *Gli assetti adeguati nella s.r.l.*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, (a cura di) M. Irrera, Bologna, 2016, p. 582 e M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, p. 307 osservano che l'istituzione degli

soggetto investito di tale potere abbia una presenza continuativa all'interno della società. E, dunque, tale prerogativa non può ridursi ad un intervento episodico – dei soci o dei terzi – ma deve rappresentare il frutto del costante operato dei soggetti stabilmente legati alla vita della società; ossia degli amministratori.

Invece, per quanto riguarda le materie elencate dal comma quinto, in virtù della loro “delicatezza”, la norma prescrive che tali atti siano deliberati dagli amministratori con osservanza del metodo collegiale⁹⁶. Pertanto, tale disposizione ha una duplice valenza: da un lato, esclude l'ammissibilità, che tali decisioni siano assunte in regime di amministrazione disgiuntiva, congiuntiva o delegata e, dall'altro, che siano oggetto di deferimento ai terzi o di avocazione ai soci⁹⁷.

Oltre a quanto detto, per individuare tutte le materie di esclusiva competenza degli amministratori – e, quindi, che non possono essere deferite ai terzi in virtù di una clausola *ex art. 838-quinquies* c.p.c. – è necessario confrontarsi anche con le specifiche norme codicistiche riguardanti le mansioni di tale organo. Segnatamente, da queste si evince che sono di esclusiva competenza degli amministratori la redazione: della relazione sulla gestione (cfr. l'art. 2428, comma 1, c.c. richiamato dall'art. 2478-*bis* c.c.); della situazione patrimoniale e della connessa relazione da sottoporre all'assemblea convocata in caso di perdita di capitale superiore al terzo (cfr. l'art. 2482-*bis*, comma 2, c.c.) e dei documenti connessi al progetto di fusione/scissione quali la situazione patrimoniale infrannuale e la relazione illustrativa (cfr. l'artt. 2501-*quater* e 2501-*quinquies* c.c., richiamati anche dall'art. 2506-*ter*, comma 1, c.c.).

Dunque, il fatto che le materie finora elencate siano di *esclusiva ed inderogabile* competenza degli amministratori implica che i soci – indipendentemente da quanto previsto dall'art. 838-*quinquies* c.p.c. – non possono sottrarle alla generale competenza dell'organo amministrativo;

assetto adeguati richiede delle “competenze di carattere tecnico”, il che spiega l'attribuzione della loro esclusiva competenza agli amministratori.

(96) In questo senso, cfr. G.C.M. RIVOLTA, *I regimi di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, (a cura di) P. Abbadessa e G.B. Portale, III, Torino, 2007, p. 536 e N. ABRIANI, sub *art. 2475-bis*, in *Codice commentato delle s.r.l.*, diretto da P. Benazzo – S. Patriarca, Torino, 2006, p. 344.

(97) Di questo avviso anche O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di Diritto commerciale*, (a cura di) G. Cottino, Padova, 2014, p. 216, secondo cui l'art. 2475, co. 5, c.c. ha «una duplice valenza», nel senso che «da un lato esclude [...] l'ammissibilità, con riferimento a [quelle] competenze, dell'applicazione dei regimi di amministrazione disgiuntiva e congiuntiva; dall'altro le conferisce all'esclusiva competenza degli amministratori».

e, quindi, non possono (ri)affidarle ai terzi dando luogo al deferimento di cui all'art. 838-*quinquies* c.p.c.⁹⁸.

EDOARDO COMPAGNONI

(98) *Contra* G. CARRARO, *L'«arbitrato economico» come gestione sostitutiva*, cit., p. 797 il quale, nel fare un esempio delle situazioni in cui può verificarsi uno stallo gestionale risolvibile con le clausole previste dall'art. 838-*quinquies* c.p.c., cita la redazione del progetto di bilancio.

