



Procedimenti in materia economica

Clausola arbitrale societaria e nomina del liquidatore

TRIBUNALE DI MODENA 12 maggio 2004 (decr.)
Pres. Salvatore - Rel. Bruschetta - B.F. c. G.A.

Procedimenti in materia economica - Arbitrato societario - Ambito di applicazione - Controversia relativa a nomina del liquidatore - Inammissibilità per divieto ex art. 34 D.Lgs. n. 5/2003

(Artt. 2484, 2487, codice civile; art. 34 D.Lgs. n. 5/2003)

I. La controversia relativa alla nomina del liquidatore, non avendo ad oggetto diritti disponibili, non può essere devoluta agli arbitri a causa del divieto contenuto al comma 1 dell'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

Procedimenti in materia economica - Procedimento camerale - Nomina del liquidatore in sostituzione dell'assemblea - Applicabilità art. 32 D.Lgs. n. 5/2003

(Artt. 2484, 2487, codice civile; art. 32 D.Lgs. n. 5/2003)

II. In mancanza di una specifica domanda, ai sensi dell'art. 32 D.Lgs. n. 5/2003, il tribunale è comunque tenuto, in presenza di una causa di scioglimento ed in mancanza di una nomina sociale del liquidatore, a provvedere alla sua nomina in sostituzione dell'assemblea.

Il Tribunale (omissis).

Premesso in fatto che il ricorrente - deducendo l'avvenuto scioglimento della Società Eco Tre s.r.l. ai sensi dell'art. 2484 c.c. e ciò perché il capitale sociale si era ridotto al di sotto del minimo di legge e perché la detta società non riusciva a funzionare essendovi disaccordo tra i due soci che avevano partecipazione paritaria - chiedeva al tribunale che fosse nominato un liquidatore ai sensi dell'art. 2487 c.c. non avendo le assemblee convocate preso alcuna decisione; e che, costituendosi, l'altro socio preliminarmente eccepeva l'esistenza di una clausola arbitrale in virtù della quale la questione doveva essere devoluta al giudice privato e che comunque non esistevano i presupposti stabiliti dalla legge per farsi luogo alla nomina del liquidatore da parte del tribunale, sicché la domanda doveva andare respinta.

Considerato in diritto che l'art. 2484 c.c. prevede alcune fattispecie di scioglimento *ex lege* della società e che - come tali - le stesse non sono disponibili alle parti; con la conseguenza che la controversia pervenuta all'esame non può essere devoluta

agli arbitri a causa del divieto contenuto al primo comma dell'art. 34 della procedura societaria.

Considerato in diritto che in mancanza di una specifica domanda ai sensi dell'art. 32 procedura societaria, il tribunale è comunque tenuto, in presenza di una causa di scioglimento ed in mancanza di una nomina sociale del liquidatore, di provvedere in sostituzione dell'assemblea; nella sostanza, viene con ciò meno la consolidata giurisprudenza della Suprema Corte che in caso di controversia tra le parti in ordine alla sussistenza di una ipotesi di scioglimento della società, riteneva trattarsi di una lite in materia di diritti soggettivi e quindi escludeva che il presidente del tribunale, organo della volontaria giurisdizione, potesse provvedere alla nomina del liquidatore; ora, difatti, una controversia in materia di diritti soggettivi si ha solamente quando una delle parti chiede che si dia ingresso ad un accertamento incidentale con efficacia di giudicato *ex art. 32* citato.

Considerato in diritto che sussiste - quanto meno - la causa di scioglimento di cui al n. 3 dell'art. 2484 cit.; atteso che l'assemblea, più d'una volta convocata, non è stata in grado di deliberare per l'evidente dissidio esistente tra i due soci, i quali, avendo partecipazione in misura paritaria, non sono in grado di fare funzionare la società. Considerato in diritto e da ultimo, che la natura volontaria della giurisdizione qui esercitata non consente il

giudizio di soccombenza e - quindi - alcuna statuizione sulle spese.

P.Q.M.

- Accerta ex art. 2484 ultimo comma c.c. la sopra indicata causa di scioglimento.

- Nomina ex art. 2487 c.c. liquidatore il rag. M.G.C. affinché provveda alla liquidazione della Società, con i più ampi poteri, anche con riguardo alla cessione dell'azienda ed al suo provvisorio esercizio, nel termine di mesi sei e salvo proroga di questo tribunale.

IL COMMENTO

di Nicola Soldati

I. La sentenza in commento del Tribunale di Modena costituisce, a quanto consta, uno dei primi arresti in tema di clausole compromissorie statutarie, dopo l'entrata in vigore del nuovo rito societario (1).

Il tema affrontato è quello dell'arbitrabilità delle controversie relative alla nomina dei liquidatori nell'ambito delle società a responsabilità limitata.

L'arbitrabilità delle controversie societarie alla luce dell'art. 34, D.Lgs. n. 5/2003

A seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 5/2003, la disciplina delle clausole compromissorie statutarie (2) è regolata dall'art. 34, il quale testualmente afferma: «gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325 bis c.c., possono mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto societario» (3). Tuttavia, l'art. 34 non fornisce ulteriori parametri di arbitrabilità, limitandosi a consentire la devoluzione in arbitrato delle controversie aventi ad oggetto diritti disponibili, pertanto, per individuare tali materie, è necessario ricorrere all'ordinario criterio di arbitrabilità fornito dall'art. 806 c.p.c.

Il citato articolo indica specificamente che non sono arbitrabili le controversie in materia di lavoro e di previdenza sociale, quelle concernenti questioni di stato e di separazione personale dei coniugi e, da ultimo, quelle che non possono formare oggetto di transazione, cioè quelle relative a diritti che per loro natura, o per espressa disposizione di legge sono sottratte alla disponibilità delle parti (art. 1966 c.c.). Tali previsioni hanno lo scopo di delimitare la competenza degli arbitri entro materie che non riguardino questioni di ordine pubblico le quali necessariamente debbono essere affidate, in via esclusiva, alla cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

Ne consegue che, nell'ambito delle controversie societarie nascenti da clausola compromissoria statutaria, i limiti di arbitrabilità sono espressamente legati ai parametri della disponibilità del diritto controverso derivanti

dal combinato disposto dell'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003 e dell'art. 806 c.p.c.

La disponibilità dei diritti oggetto della controversia

Occorre, dunque, effettuare una distinzione tra diritti disponibili e diritti indisponibili, ovvero tra diritti che sono protetti dall'ordinamento giuridico con norme dispositive in vista della tutela del potere di autodeterminazione e di disposizione del privato, e norme imperative in vista della tutela di un interesse superiore, quello pubblico (4). In base a tale distinzione, la giurisprudenza ha posto il principio in base al quale, per stabilire se le controversie, potenzialmente insorgenti tra soci e tra soci e società, possano formare oggetto di compromesso, occorre esaminare se gli interessi coinvolti riguardano i soci come singoli, oppure si riferiscono unicamente alla società tutelata dalla legge in quanto tale; nella prima ipotesi, la controversia è liberamente arbitrabile, sulla base del presupposto che ogni socio può disporre liberamente dei diritti oggetto della disputa, mentre, nella seconda ipotesi, l'arbitrabilità è fermamente negata a causa dell'indisponibilità del diritto coinvolto.

Note:

(1) Trib. Trento 8 aprile 2004, in questa *Rivista*, 2004, 996, con commento di L.M.C. Morellini, *Artt. 34 ss, D.Lgs. n. 5/2003: ambito di applicazione e nullità della clausola compromissoria*; Trib. Latina 22 giugno 2004, inedita.

(2) Arieta, De Santis, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 593 ss.; P.L. Nela, *Dell'arbitrato*, in Chiarloni (a cura di) *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, 925 ss.; F. Auletta, *Dell'arbitrato*, in Sassani (a cura di), *La riforma delle società. Il processo*, Torino, 2003, 325 ss.; N. Soldati, *Dell'arbitrato*, in Amadei - Soldati, *Il processo societario*, Milano, 2003, 133 ss.; L. Colantuoni, *Dell'arbitrato*, in AA.VV., *I procedimenti (D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5)*, Milano, 2003, 435 ss.

(3) G. Gabrielli, *Clausole compromissorie e statuti sociali*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 85 ss.; R. Sali, *Arbitrato e riforma societaria: la nuova clausola arbitrale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 114 ss.; E. Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 929 ss.; N. Soldati, *Osservazioni a margine degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nella riforma del processo societario*, in questa *Rivista*, 2003, 754.

(4) Schizzerotto, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, 75; distinzione ripresa anche in motivazione da Trib. Catania 28 marzo 1998, in *Giur. comm.*, 2000, II, 507.

L'interesse sociale deve essere inteso come la somma degli interessi individuali di tutti i soci, collegati tra di loro da un elemento comune nascente dal vincolo sociale, identificabile nella unicità dello scopo dal quale trae origine la compagine sociale stessa.

Si tratta di un interesse collettivo, indisponibile per i singoli, in quanto interesse riferito ad un gruppo unitariamente considerato che subisce una sorta di individualizzazione, tale da renderlo distinto da quello del singolo socio, inteso come persona fisica, al contrario disponibile esclusivamente per il suo titolare, la società. Pertanto, l'interesse collettivo della società, cioè l'interesse al conseguimento dell'oggetto sociale ed all'attuazione del contratto sociale, può trovare tutela piena, siccome indisponibile, esclusivamente nell'alveo della giustizia togata, essendo preclusa in tale ambito ogni arbitrabilità.

Ciò sta a significare che la natura dell'interesse coinvolto costituisce il parametro principale nell'individuazione della sfera di operatività dell'istituto arbitrale in materia societaria (5).

Numerosi sono gli esempi offerti dalla casistica giurisprudenziale di controversie relative a deliberazioni assembleari non compromettibili in arbitri sulla base dell'indisponibilità degli interessi coinvolti (6).

Pertanto, proprio alla luce di tale orientamento, vengono in genere escluse dall'arbitrato le impugnazioni di delibere che riguardano l'interesse generale della società al regolare svolgimento delle attività sociali, in conformità delle previsioni normative o statutarie; tale tesi ha un buon seguito in quanto soddisfa l'esigenza di utilizzare l'arbitrato nei soli casi in cui siano in gioco interessi personali dei soci, pienamente disponibili, e non già situazioni giuridiche in relazione alle quali la rilevanza di interessi estranei alla posizione individuale del socio consentente pregiudicherebbe sensibilmente quel rapporto fiduciario intercorrente fra singoli compromittenti ed arbitri, rapporto che costituisce il presupposto fondamentale per una regolare operatività del giudizio arbitrale.

Alla luce di questa dicotomia, è stata affermata, fino dalla più risalente giurisprudenza, la non arbitrabilità, delle controversie nascenti da delibere assembleari relative all'approvazione del bilancio sociale (7) e alla nomina dei liquidatori (8), nonché delle impugnazioni per irregolare costituzione dell'assemblea (9), come nel caso in cui un socio sia stato escluso dall'assemblea in contrasto con lo statuto (10).

Questi principi hanno fornito (11) e continueranno a fornire, anche a seguito dell'entrata in vigore del nuovo procedimento societario, il metro dell'arbitrabilità delle controversie utilizzato dalle corti di merito e dai giudici di legittimità per valutare empiricamente la compromettibilità in arbitri delle controversie portate alla loro cognizione.

La conoscibilità in via incidentale di materie non arbitrabili

La legge delega di riforma del diritto societario (12)

aveva *in pectore* uno storico superamento dei limiti oggettivi di arbitrabilità in materia societaria, che, tuttavia, il legislatore delegato ha solamente in parte portato ad attuazione nel successivo D.Lgs. n. 5/2003 agli artt. 35, comma 3, e 36, comma 1 (13). Infatti, l'art. 12, comma 3, afferma che «il Governo può prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie, anche in deroga agli artt. 806 e 808 del codice di procedura civile, per tutte o alcune controversie societarie di cui al comma 1».

Tali controversie sono quelle in materia societaria, comprese le controversie relative al trasferimento delle partecipazioni sociali ed ai patti parasociali, nonché le materie disciplinate dal TUF e dal TUB.

In realtà, per una corretta individuazione dei limiti dell'arbitrabilità nell'ambito delle clausole compromissorie statutarie occorre esaminare l'articolo in parola nella sua completezza: infatti, la nuova formulazione dell'art. 34, mentre al comma 1 fornisce come parametro di arbitrabilità delle controversie il riferimento alla disponibilità del diritto controverso, all'art. 5 compie una ulteriore delimitazione delle controversie arbitrabili, prevedendo la non arbitrabilità della lite, ove questa preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero.

In questo modo, il legislatore è venuto a disciplinare una fattispecie su cui la giurisprudenza aveva avuto modo più volte di pronunciarsi con particolare riferimento alle gravi irregolarità amministrative *ex art.*

Note:

(5) *Inter alia*: Trib. Napoli 29 marzo 2003, in questa *Rivista*, 2003, 1251, con nota di N. Soldati, *Limiti alla deferibilità al giudizio arbitrale delle controversie tra soci e tra soci e società*; Trib. Desio 26 febbraio 2002, inedita; Trib. Reggio Emilia 1 agosto 2001, in *Dir. prat. soc.*, 2002, 83, con nota di N. Soldati, *Esclusione di uno dei due soci di s.n.c.: compromettibilità in arbitri*; App. Firenze 31 gennaio 2001, in *Riv. arb.*, 2002, 315, con nota di A. Fusillo; Cass. 21 dicembre 2000, n. 16056, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 22; Trib. Trani 14 ottobre 1999, *Giur. mer.*, 2000, 299.

(6) Un esempio tipico è rappresentato dalla sentenza Cass. 24 maggio 1965, n. 999, in *Giust. civ.*, 1965, I, 1575 e in *Foro it.*, 1965, I, 1925, nella quale si legge: «Perché possa essere deciso se le controversie che sorgono tra società e soci possano formare oggetto di giudizio arbitrale, occorre esaminare, in relazione ai singoli casi concreti, e con riferimento sia all'oggetto della lite che alle ragioni dell'impugnazione della delibera assembleare, se le questioni che vengono sollevate concernono interessi individuali dei soci oppure interessi della società, tutelati dalla legge come tali, e, mentre per le prime deve riconoscersi la deferibilità della controversia al giudizio degli arbitri, per le seconde tale compromettibilità ad arbitri deve essere negata».

(7) Trib. Como 26 maggio 1989, in questa *Rivista*, 1989, 951, con nota di V. Salafia, *Competenza arbitrale e controversie di bilancio*.

(8) Cass. 10 ottobre 1962, n. 2910, in *Giust. civ.*, 1963, I, 29.

(9) Cass. 24 maggio 1965, n. 999, cit.

(10) App. Torino 14 gennaio 1947, in *Foro it.*, 1947, I, 756.

(11) Silingardi, *Il compromesso in arbitri nelle società di capitali*, Milano, 1979, 67 ss.

(12) L. 3 ottobre 2001, n. 366, in G.U. 8 ottobre 2001, n. 234.

(13) E. Fazzalari, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. arb.*, 2002, 444.

2409 c.c. prev. (14) (il nuovo art. 2409 c.c. prevede l'intervento del PM solo nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, società nelle quali, peraltro, non può trovare applicazione la clausola compromissoria societaria ex art. 34, comma 1), nonché la fattispecie relativa alle controversie nascenti dalla nomina e dalla revoca dei liquidatori ex art. 2487, ultimo comma, c.c.

Tuttavia, per una corretta lettura del comma 5 dell'art. 34 occorre effettuare una interpretazione in stretta connessione con la previsione contenuta al primo comma del medesimo articolo. Dal combinato disposto dei due commi emerge anche che possono essere oggetto di clausola compromissoria statutaria solo quelle «controversie che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale» e che, al contempo, «non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero» (15). Quindi, la previsione del quinto comma costituisce una specificazione di quella contenuta al primo, con la conseguenza che devono ritenersi non arbitrabili, benché aventi ad oggetto materie disponibili, tutte le controversie che prevedano l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero, proprio alla luce della considerazione che l'intervento di quest'ultimo non è, di per sé, in grado di sottrarre alle parti il diritto di disporre del diritto che forma oggetto della relativa controversia (16), vale a dire che la previsione che nega l'arbitrabilità, ove vi sia la presenza obbligatoria del Pubblico Ministero, fa cadere il dogma in base al quale non arbitrabilità della controversia significa indisponibilità del diritto (17).

Una parziale apertura rispetto alla potenziale indisponibilità del diritto controverso viene fornita dall'art. 35, comma 3, il quale prevede che nell'ambito delle controversie societarie non trovi applicazione l'art. 819, comma 1, c.p.c., relativo alle questioni incidentali, consentendo, in questo modo, agli arbitri di non procedere alla sospensione del procedimento arbitrale, laddove sia portata alla loro attenzione una questione che per legge non può formare oggetto di compromesso. In tali ipotesi, in base ai disposti dell'art. 36, comma 1, gli arbitri sono tenuti a decidere secondo diritto, anche se autorizzati a pronunciare il lodo secondo equità, nelle ipotesi in cui per decidere «abbiano conosciuto di questioni non compromettibili».

Anche con riferimento alla cognizione incidentale di questioni non arbitrabili appare evidente, l'intenzione di superare in ambito societario gli ostacoli fino ad oggi imposti dalla non arbitrabilità delle materie, in cui non vi sia la disponibilità del diritto controverso, ai fini della arbitrabilità della questione sottoposta al giudizio degli arbitri, che, come ricordato in precedenza, ha costituito e costituisce il principale ostacolo della diffusione dell'arbitrato in materia societaria (18).

Poiché, l'art. 34, comma 1, anche in considerazione dei vincoli imposti dalla legge delega, ha posto come

presupposto per l'arbitrabilità della controversia che l'oggetto debba essere disponibile, allo scopo di ampliare il novero delle controversie arbitrabili ex clausola compromissoria, il legislatore ha previsto che gli arbitri potranno conoscere nel corso del procedimento *incidenter tantum* questioni non compromettibili, e ciò grazie ad una espressa deroga in materia a quanto disposto dal vigente art. 819, comma 1, c.p.c., «ma in armonia con scelte altrove compiute in sede di revisione organica della disciplina del codice processuale», vale a dire, in armonia con i lavori della Commissione Vaccarella (19).

La nuova norma deve essere salutata con grande favore perché permette di ovviare, soprattutto nell'ambito delle materie oggetto del decreto, a situazioni potenzialmente letali per la procedura arbitrale (20).

Come è noto, infatti, l'art. 819 c.p.c., contemplando l'obbligo per gli arbitri di sospendere il procedimento arbitrale nel caso in cui sorgano questioni incidentali non compromettibili da cui dipende la questione ad essi affidata, conferma ancora una volta, come il legislatore sia restio a concedere al giudice privato alcune prerogative proprie della giustizia togata (21).

La fattispecie in esame

Nella fattispecie in esame, il Tribunale di Modena, confermando l'orientamento già consolidatosi prima

Note:

(14) App. Ancona 14 febbraio 1998, in questa Rivista, 1998, 941, con nota di D. Piselli, *Irrelevanza di clausola compromissoria ai fini del procedimento ex art. 2409*; Trib. Taranto 17 maggio 1996, in *Gius.*, 1996, 1848; Cass., sez. un., 23 ottobre 1961, n. 2347, in *Foro pad.*, 1961, I, 1225.

(15) E. Fazzalari, *op. cit.*, 444; F. Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, II, 1287.

(16) Vellani, *Il pubblico ministero nel processo*, II, Bologna, 1970, 622; Levoni, *La pregiudizialità nel processo civile*, Torino, 1975, 79.

(17) E.F. Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 520 s.; F.P. Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 710; G. Ruffini, *La riforma dell'arbitrato societario*, in *Corr. giur.*, 2003, 1533; M. Bove, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 477; E. Fazzalari, *op. cit.*, 444.

(18) F. Criscuolo, *L'opzione arbitrale nella delega per la riforma delle società*, in *Riv. arb.*, 2002, 46 ss.; E. Fazzalari, *op. cit.*, 443; G. Ruffini, *op. cit.*, 1531; *contra*: F.P. Luiso, *op. cit.*, 721.

(19) L'art. 61, lett. g) della proposta di legge licenziata dalla Commissione Vaccarella nel luglio del 2002 prevede che gli arbitri possano conoscere *incidenter tantum* delle questioni pregiudiziali non arbitrabili, salvo che per legge sia necessaria la decisione con efficacia di giudicato autonomo.

(20) M. Bove, *op. cit.*, 478.

(21) M. Bove, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 1999, 427, il quale rileva che già prima della riforma in dottrina, a suo avviso, l'arbitro potesse conoscere incidentalmente di diritti indisponibili, ancorché senza decidere su di essi con efficacia di giudicato. In senso contrario in dottrina: E. Fazzalari, *L'arbitrato*, Torino 1997, 71 ss.; E. Vullo, *Note in tema di arbitrato, connessione e sospensione per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, II, 159; C. Cecchella, *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, 234 e *Questioni pregiudiziali e processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1995, 798 s.; F. Auletta, *Le questioni incidentali*, in Verde (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2000, 218 ss.

della riforma (22), ha negato l'arbitrabilità della controversia attinente all'accertamento del verificarsi di una causa di scioglimento della società, ai sensi dell'art. 2484 c.c., nell'ambito di una s.r.l., ritenendo tale controversia sottratta alla disponibilità delle parti. Conseguentemente ha affermato la competenza del giudice ordinario in ordine alla controversia riguardante lo scioglimento della società, non in funzione del contenuto specifico della clausola, bensì in applicazione del principio, enunciato in termini generali, della esclusione della compromettibilità di quelle controversie nelle quali viene in gioco, non già e non soltanto, il personale interesse dei soci, di per sé disponibile, ma quello generale al mantenimento in vita della società per la rilevanza esterna che esso presenta.

Né, tanto meno, pare possibile affermare, diversamente argomentando, che l'attribuzione ai soci, quale manifestazione di autonomia negoziale, del potere di rimuovere la causa di scioglimento e di revocare la liquidazione, rivesta rilevanza probante in senso favorevole alla disponibilità dei diritti a cui è correlata la compromettibilità delle controversie inerenti allo scioglimento della società, giacché la possibilità di rimozione della causa di scioglimento rimessa ai soci, non è, in quanto tale, sufficiente a contrastare il carattere generale dell'interesse ad essa sotteso. Nella fattispecie in esame, l'impossibilità del funzionamento dell'assemblea dei soci rappresenta l'ulteriore superamento di ogni possibile dubbio in merito alla non arbitrabilità della controversia.

La nomina giudiziale del liquidatore nel nuovo rito

II. Il Tribunale ha preso poi in esame la problematica relativa alla nomina del liquidatore alla luce del nuovo rito societario. In particolare, l'attenzione dei giudicanti è stata posta sull'applicazione dell'art. 32 D.Lgs. n. 5/2003 in relazione alla nomina di un liquidatore. Nella fattispecie il Tribunale, dinanzi alla controversia tra i soci in ordine all'esistenza di una causa di scioglimento della società, ha ritenuto sussistente, nell'impossibilità di funzionamento dell'assemblea, una causa di scioglimento *ex lege* della società ed ha proceduto conseguentemente alla nomina di un liquidatore, ai sensi dell'art. 32 del decreto.

La procedura disegnata dall'art. 32, che può definirsi sostanzialmente camerale, può avere, talvolta, esiti che vanno al di là della volontaria giurisdizione. Infatti, questa, per rimanere nell'alveo dei propri canoni ordinari, non deve dare origine a situazioni di natura contenziosa sulle quali il provvedimento invocato sia chiamato a decidere. Nella materia societaria di sovente accade che dopo la proposizione dell'istanza camerale, vengano alla luce questioni che originano una controversia tra le parti in causa, la cui decisione risulta essere pregiudiziale per l'emanazione del provvedimento con la conseguenza che l'intervento giurisdizionale viene ad eccedere i limi-

ti della volontaria giurisdizione, poiché la decisione dell'insorta controversia esorbita dai limiti della domanda originaria e se ne differenzia.

Questo è il caso della fattispecie portata all'attenzione del Tribunale di Modena. A fronte della domanda di nomina di un liquidatore presentata da un socio, essendosi ridotto il capitale sociale al di sotto del minimo di legge e non essendo possibile ricostituirlo per disaccordo tra i due soci, l'altro socio si costituiva in giudizio, eccependo la presenza nello statuto di una clausola arbitraria, e contestando la sussistenza dei presupposti di legge per farsi luogo alla nomina del liquidatore. Pertanto, proprio nelle ipotesi in cui vi siano contestazioni sulle ragioni su cui si fonda la domanda camerale, in mancanza delle «condizioni di decidibilità, trova applicazione il procedimento disegnato dall'art. 32» (23).

Al riguardo, occorre rilevare che l'art. 32 D.Lgs. n. 5/2003, prevedendo che ciascuna parte fino alla conclusione dell'udienza di comparizione delle parti, possa chiedere che una questione pregiudiziale della quale il giudice deve conoscere, ai fini della definizione del procedimento, sia decisa con efficacia di giudicato, ha introdotto una previsione di notevole rilevanza e del tutto sconosciuta alla disciplina codicistica dei procedimenti in camera di consiglio; infatti, la nuova norma consente la proposizione, in sede camerale, di una domanda di accertamento incidentale di una questione pregiudiziale di cui si voglia la decisione con efficacia di giudicato.

Nella fattispecie la nuova disposizione, peraltro non scevra di incertezze interpretative (24), ha il notevole pregio di consentire la trasformazione di un procedimento spesso non contenzioso, esclusivamente rivolto alla gestione di interessi, in un giudizio contenzioso a tutela di diritti soggettivi. Ne consegue che risulta in questo modo superato quel costante orientamento della giurisprudenza (25), il quale, in caso di controversia tra

Note:

(22) Trib. Milano 6 marzo 2003, in *Giur. it.*, 2003, 1411; Cass. 19 settembre 2000, n. 12412, in *Giust. civ.*, 2001, II, 405 con nota di G. Vidiri; *contra* Cass. 28 luglio 1951, n. 2188, in *Dir. fall.*, 1951, II, 1006 e in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, II, 321.

(23) R. Tiscini, *Commento sub. art. 32*, in Sassani (a cura di), *La riforma delle società. Il processo*, Milano, 2003, 309.

(24) D. Turroni, *Commento sub art. 32*, in Chiarloni (a cura di), *Il nuovo processo societario*, cit., 895.

(25) Da ultimo: Cass., sez. un., 25 giugno 2002, n. 9231, in questa *Rivista*, 2002, 1233, con nota di G. Spaltro, *Inversione di rotta, a sezioni unite, sulla ricomparibilità del decreto di nomina dei liquidatori* e in *Riv. dir. proc.*, 2003, 948, con nota di R. Tiscini, nella quale si legge: «Il decreto con il quale il presidente del tribunale abbia provveduto alla nomina dei liquidatori di una società di capitali ai sensi dell'art. 2450, comma 3, c.c., non è suscettibile di ricorso per cassazione a norma dell'art. 111 Cost., trattandosi di provvedimento di volontaria giurisdizione che non assume carattere decisorio neanche quando sussista contrasto sulla causa di scioglimento ed il presidente si sia pronunciato sul punto, in quanto il detto presidente, dopo un'indagine sommaria e condotta «*incidenter tantum*», può nominare i liquidatori sul presupposto che la società si sia sciolta, ma non accerta in via definitiva né l'intervenuto scioglimento né le cause che lo avrebbero
(segue)

le parti in ordine alla sussistenza di un'ipotesi di scioglimento della società, riteneva trattarsi di una lite in materia di diritti soggettivi, escludendo che il presidente del tribunale, quale organo della volontaria giurisdizione, potesse provvedere alla nomina del liquidatore. Alla luce della nuova disposizione, si è in presenza di una controversia in materia di diritti soggettivi solamente nell'ipotesi in cui una delle parti richieda che si provveda ad un accertamento incidentale con efficacia di giudicato, ai sensi dell'art. 32 della procedura societaria.

Il legislatore delegato ha introdotto nel procedimento in camera di consiglio il già noto meccanismo disciplinato dall'art. 34 c.p.c. (26), il quale trova applicazione in quelle fattispecie in cui, per decidere dell'oggetto della domanda giudiziale, sia necessario verificare l'esistenza di una situazione giuridica soggettiva che si pone come uno degli elementi della fattispecie costitutiva della situazione, appunto, oggetto della domanda e del processo. Nella pratica, usualmente il giudice conosce dell'esistenza della situazione pregiudiziale *incidenter tantum*, senza efficacia di giudicato, al di fuori del giudizio, anche se sull'esistenza della pregiudiziale vi è la possibilità che, ad istanza di parte, o per disposizione di legge, il tribunale debba (non solamente conoscerla ma anche) deciderla con efficacia di giudicato.

Nella fattispecie disciplinata dall'art. 32, si è in presenza di un nesso di pregiudizialità-dipendenza tra la situazione oggetto del procedimento camerale pendente ed altra situazione sostanziale che ne condiziona, a monte e necessariamente, l'esistenza, e, conseguente-

mente, è una questione «della quale il giudice deve conoscere ai fini della definizione del procedimento».

Al diritto sostanziale è rimessa l'individuazione, non facile, dei casi in cui, in sede di procedimento in camera di consiglio, possa effettivamente emergere un tale nesso idoneo a rendere operativo il meccanismo di accertamento incidentale disegnato dall'art. 32 (27).

Note:

(segue nota 25)

prodotto, tanto che ciascun interessato può promuovere un giudizio ordinario su dette questioni e, qualora resti provata l'insussistenza della causa di scioglimento, può ottenere la rimozione del decreto e dei suoi effetti. Sul punto si vedano anche: Cass. 19 settembre 2000, n. 12391, in *Foro it.*, 2001, I, 123; Cass. 15 dicembre 2000, n. 15834, in *Giust. civ.*, 2001, I, 633; Cass. 14 gennaio 1999, n. 336, in *Mass. Giur. it.*, 1999; Cass. 25 giugno 1999, n. 6577, in questa *Rivista*, 2000, 50, con nota di D. Proverbio, *Note in tema di ricorribilità per Cassazione del decreto di nomina del liquidatore*. In dottrina nel medesimo senso: Ferri, *Le società*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1987, 678; Borgia Cavallo, *Lo scioglimento e la liquidazione nelle società per azioni*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 1985; Galgano, *Le società per azioni*, in *Trattato Galgano*, Padova, 1984, 373; T. Ascarelli, *Sulla contestazione della causa di scioglimento delle società per azioni e sulla varia natura delle deliberazioni di assemblea*, in *Foro it.*, 1951, IV, 108.

(26) Menchini, *Accertamenti incidentali*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995, I, 1 ss.

(27) Per una panoramica delle fattispecie sostanziali che rientrano nell'ambito di applicazione del procedimento camerale unilaterale si veda: D. Amadei, *Commento sub. art. 32*, in Amadei - Soldati, *op. cit.*, 128-129; sempre in dottrina per una analisi delle problematiche maggiormente rilevanti sul punto: D. Turroni, *Commento sub art. 32*, in Chiarloni (a cura di), *op. cit.*, 916 ss.; Arieta, De Santis, *Diritto processuale societario*, cit., 508 ss.; M. Fabiani, *Commento sub. art. 30-33*, in AA.VV., *I procedimenti (D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5)*, cit., 382 ss.

Responsabilità delle società

I modelli di organizzazione ex D.Lgs. n. 231/2001 e le società estere: il caso Siemens AG

TRIBUNALE DI MILANO 27 aprile 2004 (ord.)

G.I.P. Salvini - Imp. Siemens A.G.

Reati societari - Responsabilità delle società - Società estera operante in Italia - Reato di corruzione commesso da funzionari - Illecito amministrativo dipendente da reato - Responsabilità dell'ente ex D.Lgs. n. 231/2001 - Misura cautelare interdittiva ex art. 9 D.Lgs. n. 231/2001 - Applicabilità

(Artt. 5, 7, 13, 45, 47, D.Lgs. n. 231/2001)

I. Nel corso del procedimento penale per accertare la responsabilità di una società per illecito amministrativo dipendente da reato di corruzione commesso da propri funzionari, può essere applicata quale misura cautelare una delle sanzioni interdittive di cui all'art. 9, comma 2, D.Lgs. n.