
Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer

Capitolo XIII

IL CURATORE SPECIALE PROCESSUALE

di *Lotario Dittrich*

La disciplina delle parti nel processo civile consente, agli artt. 78-80 c.p.c., la nomina di un curatore speciale c.d. processuale con lo scopo di assicurare una corretta rappresentanza o assistenza nell'ambito del processo. A norma dell'art. 78 c.p.c., infatti, può essere nominato il curatore speciale processuale qualora manchi la persona cui spetta la rappresentanza o l'assistenza e vi siano ragioni d'urgenza, oppure vi sia un conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato. Riterremo che entrambe le norme rispondano ad esigenze cautelari: ed infatti se la natura cautelare del procedimento di nomina del curatore si evince dall'esplicita menzione delle "ragioni di urgenza", la funzione cautelare dell'istituto in caso di conflitto di interessi sembra invece emergere dalla necessità di procedere al giudizio di merito.

RIFERIMENTI NORMATIVI: artt. 78-80 c.p.c.

SOMMARIO: 1. Premesse: la natura cautelare della disposizione. – 2. I poteri del curatore speciale processuale. – 3. I presupposti per la nomina del curatore speciale. – 4. Il "conflitto di interessi". – 5. Il rito per la nomina del curatore speciale. – 6. I rapporti tra i provvedimenti di nomina del curatore speciale processuale e il successivo processo di merito. – 7. Il reclamo avverso il provvedimento di nomina del curatore speciale processuale. – 8. Le conseguenze nel processo di merito dell'assente (o errata) nomina del curatore speciale processuale.

1. Premesse: la natura cautelare della disposizione

Il codice di rito disciplina agli artt. 78, 79 e 80 l'istituto del curatore speciale (tale è la rubrica dell'art. 78 c.p.c.), comunemente qualificato con l'aggiunta dell'aggettivo "processuale".

La "Riforma Cartabia" (D.Lgs. 10.10.2021, n. 149) ha abrogato il terzo e quarto comma dell'art. 78 c.p.c., che disciplinavano le ipotesi di nomina del curatore speciale del minore; opportunamente oggi questo istituto trova la sua disciplina agli artt. 473-bis.7 ss. del codice di rito, nel titolo IV-bis del II libro del codice, dedicato alle "Norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie".

I casi in cui è necessario procedere alla nomina di un curatore speciale processuale sono indicati nei due commi dell'art. 78 c.p.c. Il comma 1 della norma citata prevede che si debba procedere alla nomina nell'ipotesi in cui **manchi la persona cui spetta la rappresentanza o l'assistenza e vi siano ragioni d'urgenza**; il secondo, invece, contempla quale presupposto per la nomina l'esistenza di un **conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato**.

Una prima constatazione si impone: l'istituto in oggetto ha una funzione processuale, ma **coinvolge l'esercizio di diritti sostanziali**¹.

È chiaro che la funzione dell'istituto sia quello di assicurare alla parte, che ne appaia sfornita, una rappresentanza o una assistenza valide, qualora i meccanismi sostanziali a ciò deputati non siano stati in condizioni di operare: tale nomina svolge effetti in relazione ad un determinato processo, ed al più nello svolgersi delle sue fasi e gradi, e si estingue con esso. Di tale inquadramento sistematico dell'istituto (per vero mai messo in discussione in dottrina) fornisce prova non tanto il testo degli artt. 78 ss. c.p.c., che anzi mai fa esplicito accenno alla natura «processuale» dell'istituto, quanto la sua collocazione nel codice di rito e la concorrente esistenza, nel sistema di diritto sostanziale, di un compiuto sistema di nomina e sostituzione dei rappresentanti e dei curatori sostanziali delle parti, siano essere persone fisiche o enti giuridici.

Lo scopo delle norme de quibus è, dunque, quello di **assicurare una corretta rappresentanza o assistenza nell'ambito del processo**, qualora ciò non sia possibile con gli strumenti ordinari del diritto sostanziale. Questo rilievo concorre a chiarire perché l'art. 78, al suo comma 1, legittimi la nomina di un curatore speciale in caso di mancanza della persona a cui spetta la rappresentanza o l'assistenza ove ricorrano «ragioni d'urgenza»: ove non ricorra un *periculum in mora*, saranno le norme di diritto sostanziale ad operare.

Il riferimento alle «ragioni d'urgenza» nel comma 1 dell'art. 78 c.p.c. **impone**, mi sembra, **di riconoscere alla disposizione natura cautelare**, considerato anche che il difetto di rappresentanza o assistenza dovrebbe avere sempre natura transeunte. Si integrano così in maniera piena i requisiti previsti dall'art. 669-*quaterdecies* c.p.c. per l'applicabilità del rito cautelare anche a provvedimenti non espressamente contemplati nella norma stessa².

Analoga *ratio* deve poi ravvisarsi nel comma 2 della norma in esame, che prevede la possibilità di nomina del curatore speciale anche nelle ipotesi di conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato. È pur vero che in tali casi il requisito dell'urgenza riveste minore importanza, poiché il contrasto d'interessi può essere strutturale e non transeunte, e dunque in qualche misura indipendente dall'esistenza di uno specifico *periculum in mora*; ciò nonostante, la funzione cautelare dell'istituto mi sembra emerga dalla dedotta necessità di procedere al giudizio di merito, ciò che sarebbe impossibile senza la nomina del curatore speciale³. Peraltro, facendomi carico della possibile obiezione, mi pare che, quand'anche non si volesse concludere per la natura

¹ Anche, se si vuole, DITTRICH, *Il curatore speciale processuale*, in *Riv. dir. processuale*, 2013, 825 ss. In argomento, altresì, CORSINI, *Parti*, in *Comm. c.p.c. Chiarloni*, Bologna, 2016, 258 ss.

² La natura cautelare dell'istituto è indirettamente riconosciuta da App. Firenze 2.1.2020, in *Le società*, 2020, 993, con nota di FABIANI, *Il curatore e le liti societarie*, la quale ammette la possibilità di revoca del provvedimento da parte dell'organo giurisdizionale dinanzi al quale il giudizio è pendente, in ragione di circostanze sopravvenute ovvero di conoscenza sopravvenuta di circostanze precedentemente ignote, in conformità al quadro normativo delineato dall'art. 669-*decies* c.p.c. in materia cautelare. In dottrina negano la natura cautelare: LANZA, *Il curatore speciale processuale di società*, in *Riv. soc.*, 1958, 534; CORSINI, *Parti*, cit., 262 ss.; FABIANI, *Il curatore speciale e le liti societarie*, cit.; PALMISANO, *Prerogative e poteri del curatore speciale processuale di società*, in *Il Processo*, 2020, 440.

³ Per vero dai lavori preparatori emerge che, su conforme rilievo di Carnelutti (per il Sindacato avv. e proc. di Milano, in *Osservazioni e proposte sul progetto di codice di procedura civile*, vol. I, Roma, 1938, 202), il Relatore Guardasigilli abbia osservato che «nel caso di conflitto di interessi il curatore speciale è nominato,

cautelare del provvedimento di nomina del curatore speciale in caso di conflitto di interessi, l'esigenza di una strutturale omogeneità procedimentale con l'ipotesi di nomina per difetto della persona che ha la rappresentanza o l'assistenza imponga all'interprete, se del caso, l'estensione analogica della normativa cautelare applicabile *de plano* alle ipotesi previste dal comma 1 dell'art. 78 c.p.c.

Al di là del dato testuale, sono la struttura e la funzione dell'istituto a legittimare l'ipotesi che si tratti qui di provvedimenti aventi natura cautelare. Un processo è stato iniziato, o deve essere iniziato a breve; non è possibile giungere in tempi sufficientemente brevi alla nomina del rappresentante o di colui al quale spetta l'assistenza, o alla sostituzione del rappresentante in conflitto d'interessi (e a questo mi sembra riferirsi il richiamo alle «ragioni d'urgenza»); occorre dunque, a tutela del diritto d'azione e di difesa, procedere alla nomina del curatore speciale.

Tale inquadramento dell'istituto rende anche ragione del motivo per il quale spesso la richiesta di nomina del curatore speciale ha luogo nell'ambito di procedimenti cautelari: risponde, infatti, alla ordinaria fisiologia dell'istituto che non si provveda alla nomina del curatore speciale quando sia possibile giungere alla reintegrazione della ordinaria rappresentanza o assistenza tramite gli strumenti messi a disposizione dalla legge sostanziale. Tale possibilità dovrebbe di regola esistere nelle ipotesi in cui sia assente il rappresentante o il curatore, mentre può essere più difficile (e al limite impossibile) nelle ipotesi di conflitto di interessi sostanziale, ove può non esistere un soggetto idoneo a rappresentare correttamente la parte; si faccia l'esempio di una società, dotata di un socio di maggioranza che sia anche amministratore unico, che risulti essere in conflitto di interessi con il socio di minoranza, attore in una lite societaria: qui la stessa possibilità della nomina di un amministratore, che non sia espressione degli interessi del socio di maggioranza, sembra essere remota. In casi siffatti dunque la nomina del curatore speciale processuale tenderà a stabilizzarsi per tutta la durata del processo, mentre negli altri casi il curatore speciale potrà essere revocato a seguito della costituzione del rappresentante o curatore successivamente nominato in forza della normativa sostanziale.

Il vincolo di strumentalità che lega il provvedimento di nomina del curatore speciale processuale al giudizio di merito successivo potrebbe essere definito come una “**strumentalità atipica**”, che opera al fine di assicurare l'esercizio dei diritti processuali d'azione e di difesa, e non tutela, almeno direttamente, posizioni di diritto sostanziale.

Vi è qui qualche analogia, sia pure con molti *caveat*, con il procedimento di istruzione preventiva: si tratta anche in questo caso di un procedimento funzionale non alla tutela del diritto sostanziale, quanto ad un diritto processuale: nell'ipotesi dell'istruzione preventiva, si tutela (indirettamente) il diritto d'azione e di difesa acquisendo per tempo la prova a rischio di dispersione; nel caso del curatore speciale processuale si assicura alla parte la corretta rappresentanza o assistenza processuale, rendendo così possibile la stessa celebrazione di un valido processo.

Formulata l'ipotesi della natura cautelare dell'istituto, nelle pagine che seguono verificheremo se essa appare compatibile con il dato testuale e se, in particolare, lo

senza distinguere se vi sia o non vi sia urgenza»: così *Codice di procedura civile: progetto definitivo e relazione del Guardasigilli on. Solmi – Ministero di grazia e giustizia*, Roma, 1939, n. 16.

scarno regime positivo dell'istituto sia suscettibile di essere integrato facendo ricorso alle norme sul procedimento cautelare uniforme «in quanto compatibili», in virtù del rinvio previsto dall'art. 669-*quaterdecies* c.p.c.

2. I poteri del curatore speciale processuale

Un primo tema che deve essere affrontato è quello di definire quale sia la **latitudine dei poteri che la legge attribuisce al curatore speciale processuale**: problema questo talvolta sfiorato dalla giurisprudenza, ma mai, a quanto mi consta, analizzato in profondità dalla dottrina.

Si tratta, a differenza di quanto si potrebbe ritenere, di un presupposto essenziale di ogni analisi dell'istituto in esame. Stabilire ciò che il curatore speciale può fare significa, in negativo, definire quali siano le situazioni, sostanziali o processuali, che possono trovare rimedio nella nomina di un tale soggetto; per converso, dovrà dirsi che non si possa fare ricorso alla nomina di un curatore speciale processuale per porre rimedio a situazioni in relazione alle quali questi non sia fornito di adeguati poteri.

In dottrina è ricorrente l'affermazione che l'art. 78 sarebbe «norma schiettamente processuale, che ha la sua giustificazione soltanto nella urgenza di provvedere alle esigenze del processo»⁴, tanto che l'istituto è universalmente denominato come curatore speciale «processuale», pur se negli artt. 78 ss. tale aggettivo non compare.

Qui occorre intendersi, poiché mai, come in questo caso, *nomina sunt substantia rerum*.

Il curatore speciale viene nominato, *ex art. 78 c.p.c.*, in occasione di uno specifico processo, e dunque, sotto questo profilo, si caratterizza in maniera netta rispetto alle altre ipotesi di rappresentanza o assistenza, che hanno, invece, di regola, più ampia portata; ciò però non significa che, pur in tale ristretto ambito, il curatore speciale *ex art. 78* non eserciti anche poteri di natura sostanziale.

Iniziare un processo, così come resistere ad una domanda, comporta l'esercizio di una discrezionalità che affonda le sue radici nel principio della disponibilità del diritto sostanziale: decidere se esercitare o meno il proprio diritto di azione o di difesa è esercizio del diritto sostanziale sottostante. Non solo: la conduzione stessa del giudizio può richiedere scelte che influiscono direttamente sul diritto in contesa: non mi riferisco solo alla transazione, ma anche alla chiamata di terzi, alla possibilità di proporre domanda riconvenzionale, di opporre eccezioni in senso stretto, e così via.

Credo sia inevitabile riconoscere al curatore speciale *ex art. 78 c.p.c.* la titolarità di poteri sostanziali in relazione alla conduzione della lite, che eccedono senz'altro quelli attribuiti al difensore, il quale «non può compiere atti che importino disposizione del diritto in contesa, se non ha ricevuto espressamente il potere» (art. 84, comma 2, c.p.c.): il curatore speciale *ex art. 78 c.p.c.* è nominato proprio al fine di compiere, nell'interesse della parte altrimenti priva di rappresentanza o assistenza, tutti gli atti che esulano dai poteri del difensore, a cominciare, ovviamente, dalla nomina di quest'ultimo⁵.

⁴ Così SATTI, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano, 1959, 269; conf. MANDRIOLI, *Delle parti e dei difensori*, in *Comm. c.p.c. Allorio*, vol. I, Torino, 1973, 918.

⁵ Ci si può chiedere se il curatore speciale possa cumulare (evidentemente, in forza del provvedimento del

Tale conclusione trova poi indiretta conferma considerando il generale divieto che il nostro codice riserva alla figura del rappresentante meramente processuale (desunto dall'art. 77 c.p.c.): e sarebbe singolare che l'unica ipotesi di rappresentante meramente processuale fosse quello di nomina officiosa.

Nell'esercizio di tali poteri sostanziali il curatore speciale troverà il proprio riferimento nel provvedimento autorizzativo del giudice: la stessa circostanza della nomina di un curatore speciale, che è strutturalmente giustificata dalla necessità di agire o di difendersi in relazione ad un determinato rapporto sostanziale, avallerà di regola implicitamente la decisione di procedere alla proposizione della controversia, o alla difesa della parte convenuta non rappresentata o assistita. Nulla però vieta che il giudice nomini il curatore a lui affidando il compito di valutare l'opportunità di agire o di resistere in giudizio, fermo restando che, a mio avviso, **per l'inizio della controversia l'autorizzazione del giudice sarà indispensabile**, dovendosi qui applicare, mi sembra, il criterio generale desumibile in materia di tutela dell'art. 374, n. 5, c.c., che richiede l'autorizzazione del giudice (tutelare) al tutore che voglia «promuovere giudizi, salvo si tratti di denunce di nuova opera o di danno tenuto, di azioni di sfratto e di azioni per riscuotere frutti o per ottenere provvedimenti conservativi».

L'estensione di tali poteri può addirittura giungere ad autorizzare la conciliazione della lite, e dunque ad autorizzare la transazione, che di quella conciliazione sia il presupposto, quantomeno nell'ipotesi di assenza del rappresentante o del curatore. Una tale evenienza dovrebbe essere residuale, ove si consideri che **l'ufficio del curatore speciale ex art. 78 dovrebbe essere temporaneo**, in attesa cioè della «costituzione della normale rappresentanza o assistenza dell'incapace, della persona giuridica o dell'associazione non riconosciuta», ma non può essere a priori esclusa⁶. Riterrei in-

giudice) anche l'incarico di difensore nella causa, sempre che, ovviamente, egli sia abilitato al patrocinio. Non vedrei per vero alcuna incompatibilità giuridica, dovendosi semmai valutare la questione sotto un profilo di opportunità dello svolgimento congiunto delle due funzioni. Più recentemente Cass. 21.1.2025, n. 1496, in cui il curatore speciale nominato ex art. 78, comma 2, c.p.c. rivestiva contemporaneamente la carica di difensore della società.

⁶ SATTI, *op. cit.*, 269, desumeva dal carattere provvisorio della nomina del curatore speciale la conseguenza che «al curatore speciale non spettano in alcun modo quei poteri di disposizione che spettano al normale rappresentante. Così è da escludere – proseguiva – che egli possa accettare sentenze, rinunciare agli atti del giudizio, deferire giuramento o fare confessione. Tutti questi atti non possono mai rivestire il carattere di urgenza che è nella previsione della norma». A me sembra che di regola e in via di fatto questo è quanto accadrà nella maggior parte dei casi, ma che si tratti però di conclusioni non condivisibili sotto il profilo teorico: ed invero, qualora ragioni di indefettibile urgenza impingano, p.es., la rinuncia ad una impugnazione, o addirittura la sottoscrizione di una transazione, mi sembra che, previa autorizzazione del giudice, tali atti possano eccezionalmente essere sottoscritti dal curatore speciale processuale. *Contra*, in giurisprudenza si veda sul punto Trib. Vicenza 26.3.1991, in *Giur. comm.*, 1991, II, 643, secondo il quale l'art. 78, comma 2, c.p.c. «ha finalità meramente processuali, non può valere a risolvere questioni e conflitti sul piano del diritto sostanziale»; non sarebbe così possibile la nomina di un curatore speciale ex art. 78 c.p.c. «al quale affidare non solo, e non tanto, l'incarico di rappresentare processualmente la società nell'instaurando giudizio di annullamento del contratto, quanto piuttosto il compito di valutare autonomamente la situazione sostanziale di merito e di decidere altrettanto autonomamente, in sostituzione degli organi societari istituzionalmente competenti, lo stesso promovimento dell'azione giudiziale di annullamento». Più recentemente Cass. 7.12.2021, n. 38883, con nota di SPADARO, *Il conflitto di interessi e la nomina del curatore speciale nelle cause societarie*, in *Le Società*, 2022, 888, e con nota di DE LUCA, in *Foro it.*, 2022, 1076, per cui «l'istituto del curatore speciale, di cui agli art. 78 e ss. c.p.c., si pone su di un piano diverso, rispetto a quelle altre disposizioni, in cui al curatore speciale competono i poteri negoziali»; Trib. Santamaria Capua Vetere 22.11.2022, secondo il quale «fermo restando la titolarità del diritto in capo alla società, viene con esso [lo strumento dell'art. 78 c.p.c.] conferita ad un curatore estraneo alla compagine sociale

vece che ad analoghe conclusioni non possa arriversi nell'ipotesi di curatore speciale nominato nelle ipotesi di conflitto di interessi, ove il titolare del diritto sostanziale, autonomamente legittimato al suo esercizio al di fuori del processo, pur sempre sussiste⁷.

Esula invece sicuramente dai poteri del curatore speciale (e dunque del giudice che lo nomina) l'adozione di atti che non trovino la loro causa, diretta o indiretta, nel processo, in relazione al quale è stato nominato.

Quanto alla definizione delle concrete modalità di svolgimento dell'incarico del curatore speciale, direi che egli opererà, infine, sotto il controllo del giudice che lo ha nominato, al quale dovrà fare riferimento per tutte quelle attività che esulino dalla «ordinaria amministrazione» della conduzione della causa.

3. I presupposti per la nomina del curatore speciale

L'istituto *de quo* si presenta con caratteristiche diverse nelle ipotesi previste dal comma 1 dell'art. 78, dove presupposto per la nomina del curatore speciale sia che manchi «la persona a cui spetta la rappresentanza o l'assistenza, e vi sono ragioni d'urgenza», rispetto a quelle previste dal comma 2, secondo il quale «si procede altresì alla nomina di un curatore speciale al rappresentato, quando vi è conflitto di interessi col rappresentante».

La prima ipotesi presuppone che già vi sia una **situazione «fisiologica» di rappresentanza o di assistenza**, ma che manchi la persona fisica che incarna il relativo ufficio.

Ne consegue, secondo il tradizionale insegnamento, che **l'istituto in oggetto non sarebbe applicabile nelle ipotesi di incapacità naturale e dell'assenza**⁸.

Assai diversa è l'ipotesi della nomina del rappresentante processuale in caso di conflitto di interessi, prevista dal comma 2 dell'art. 78.

Nel caso di conflitto di interessi il problema non è quello dell'assenza di un soggetto in grado di compiere atti giuridici in nome e per conto del rappresentato, come accade nelle ipotesi di cui al comma 1; ed invero in tal caso il rappresentante esiste, ma non potrebbe, proprio a causa del conflitto, esercitare le sue funzioni; non solo, ma tale status può non essere contingente, ma (tendenzialmente) stabile.

la legittimazione processuale a stare in giudizio, con la funzione di gestire provvisoriamente gli interessi processuali della società».

⁷ Trib. Bolzano 15.9.2020, n. 209. Si veda anche Trib. Roma 1.8.2012, n. 15667, secondo il quale il potere di rinunciare alla proposizione dell'azione sociale ex art. 2476, comma 5, c.c. «non compete al curatore speciale, organo di rilevanza meramente processuale, in difetto di una formale deliberazione assembleare».

⁸ Così MANDRIOLI, *op. cit.*, 919; SATTA, *op. cit.*, 269 e, sia pure dubitativamente (se ben intendiamo) VULLO, *Nuove prospettive per la tutela processuale dell'incapace naturale*, in *Giur. it.*, 1998, I, 1846, il quale sottolinea il difetto di tutela dell'incapace naturale nel processo civile. Sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale, con sentenza 11.5.2006, n. 198, che ha dichiarato «la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 78 del codice di procedura civile sollevata, con riferimento agli artt. 3, comma primo, e 24, comma secondo, della Costituzione», rilevando che «oggi, a seguito della L. 9.1.2004, n. 6, che ha introdotto nel nostro codice civile l'istituto dell'amministrazione di sostegno (cfr. artt. 404 ss. c.c.), l'esigenza di tutela dell'incapace naturale anche nel processo civile trova già risposta nel sistema». Trova così implicita conferma la tradizionale conclusione secondo la quale la nomina del curatore speciale processuale non può trovare luogo nelle ipotesi di mera incapacità naturale.

Ciò comporta anche un'ulteriore conseguenza, e cioè che, mentre nella nomina del curatore speciale *ex art. 78*, comma 1, c.p.c., di regola non si palesa un autonomo contrasto tra le parti, altrettanto non avviene nelle ipotesi di conflitto di interessi. Laddove infatti il rappresentante si riconosca esso stesso in conflitto, egli di regola disporrà di strumenti sostanziali efficaci per rimuovere *ab imis*, prima e fuori del processo, il problema: si pensi, p. es., all'art. 321 c.c. per il curatore speciale del minore; all'art. 360 c.c. per il caso di tutore in conflitto, che prevede la competenza del protutore o, se anche questi è in conflitto, la nomina di un curatore speciale; nel caso poi di società o di associazioni, queste ben potranno provvedere, con apposita delibera dell'assemblea o, a seconda dei casi, dei consigli, a nominare un diverso rappresentante sostanziale per la singola causa.

Non è dunque un caso che praticamente tutti i provvedimenti pubblicati riguardino fattispecie in cui era stata richiesta la nomina di un curatore speciale processuale per conflitto di interessi in presenza di una opposizione del rappresentato stesso e in conflitto con la parte, che aveva richiesto la nomina del curatore speciale. **Il procedimento diviene dunque apertamente contenzioso** e perde quelle caratteristiche, tipicamente di volontaria giurisdizione, che caratterizzano invece l'applicazione del comma 1 della norma in esame⁹.

Si tratta di un tema assai delicato sotto molti aspetti, a cominciare da quello, fondamentale, che **la nomina di un curatore speciale costituisce una eccezione** alla generale regola secondo la quale «sono capaci di stare in giudizio le persone che hanno il libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere» (art. 75 c.p.c.): regola questa che è uno dei corollari necessari dell'art. 24 Cost. e, più in generale, dell'art. 3 Cost. È chiaro, infatti, che rimuovere il rappresentante di una parte, sostituendolo con uno nominato d'ufficio, limita in maniera severa la capacità di stare in giudizio del soggetto rappresentato, venendo sostituito al rappresentante esistente (ed in ipotesi validamente nominato) un soggetto terzo nominato dal giudice su istanza della controparte processuale.

Tale rilievo è ancor più significativo, qualora si ritengano di estendere, come ritengo sia inevitabile, anche al curatore nominato *ex art. 78*, comma 2, c.p.c., le conclusioni alle quali siamo giunti in ordine ai poteri sostanziali che gli vengono attribuiti con la nomina.

Ciò premesso, nel prosieguo ci si intratterà prevalentemente nella definizione del concetto di rappresentante in conflitto di interessi, mentre non dedicheremo ulteriore attenzione al comma 1 dell'art. 78 c.p.c. Ed invero la mancanza del soggetto al quale spetti la rappresentanza o l'assistenza è circostanza di fatto la cui identificazione e constatazione non ha mai dato luogo a problemi applicativi, e su cui non sembra utile intrattenersi.

4. Il “conflitto di interessi”

Cosa deve dunque intendersi per «conflitto di interessi»?

Sul tema si confrontano due posizioni.

⁹ Diversamente, la giurisprudenza di legittimità attribuisce natura di volontaria giurisdizione anche al procedimento di nomina *ex art. 78*, comma 2, c.p.c. Si veda, in tal senso, Cass. 7.12.2021, n. 38883, *op. cit.*

Parte della dottrina e della giurisprudenza ritiene applicabile l'istituto in oggetto solo qualora vi sia una **sovrapposizione effettiva tra le parti processuali**¹⁰: ed è ovvio che in tale ipotesi la nomina del curatore speciale processuale sia doverosa. Si faccia l'esempio di un soggetto che sia contemporaneamente amministratore della società creditrice e di quella debitrice: qui la sovrapposizione è evidente, ed altrettanto evidente è la necessità di nomina del curatore speciale¹¹.

Peraltro costituisce orientamento diffuso che la nomina del curatore speciale processuale possa aver luogo anche in ipotesi in cui tale sovrapposibilità formale non vi sia, e che dunque **il conflitto d'interessi** debba inteso anche come **meramente «potenziale»**¹²; non solo: la giurisprudenza aggiunge che il conflitto andrebbe verificato in astratto ed *ex ante*¹³.

¹⁰ Era questa l'autorevole opinione di SATTÀ, *op. cit.*, 270, secondo il quale «il conflitto di interessi deve essere tale da determinare una incompatibilità giuridica, in quanto le posizioni di attore e di convenuto vengono a confondersi»; così anche CHIZZINI, *Precisazioni in tema di nomina di curatore speciale ex art. 78 c.p.c. (nella nota vicenda societario-giudiziale dell'Antonveneta)*, in *Giur. it.*, 2006, I, 571, secondo il quale l'istituto è finalizzato ad evitare «che il cumularsi in uno stesso soggetto di posizioni antitetiche potesse condurre all'uso distorto del processo»; SANGIOVANNI, *Impugnazione di deliberazione assembleare, conflitto di interessi e nomina di curatore speciale. La battaglia giudiziaria per il controllo di Antonveneta*, in *Corriere giur.*, 2005, 126. Sul punto si veda anche MALAVASI, *Revoca ante causam dell'amministratore unico di s.r.l. e nomina di un curatore speciale per conflitto di interessi*, nota a Trib. Genova 4.11.2005, in *Soc.*, 2007, 76.

¹¹ Ed infatti la giurisprudenza in questi casi non ha esitazioni a nominare il curatore speciale. Tra le ipotesi di sovrapposizione formale delle parti in causa, che hanno portato alla nomina di un curatore speciale si possono citare Cass. 24.5.1968, n. 1569, in un caso in cui coincidevano il legale rappresentante della società la cui delibera assembleare era stata impugnata e il legale rappresentante della società socia che aveva impugnato la delibera; Cass. 20.11.1992, n. 12398 e Cass. 14.3.2000, n. 2918, in due casi, nei quali il curatore agiva in giudizio nei confronti del fallimento di cui era curatore; Cass. 10.3.1995, n. 2800, in *Soc.*, 1995, 1292, nell'ipotesi di un giudizio promosso da un amministratore contro la società da lui pure rappresentata; Cass. 9.7.1997, n. 6201 in relazione ad una fattispecie in cui coincideva la persona dell'amministratore della società e del terzo attore in un giudizio avente ad oggetto l'accertamento della simulazione di una vendita di un bene e la relativa domanda di rivendica. Anche la giurisprudenza di merito è conforme: cfr. Trib. Torino 18.11.1997, in *Fallimento*, 1998, 1066, con nota di CASALE, *Conflitto di interessi tra società e nomina di commissario ad acta*, in una ipotesi in cui coincideva la persona di commissario straordinario di ambedue le società parti del giudizio; Trib. Milano 6.3.2001, in *Giur. milanese*, 2002, 38, che ha negato la nomina del curatore speciale alla società, respingendo l'istanza fondata sulla circostanza che l'amministratore fosse esponente della stessa maggioranza che aveva espresso il precedente amministratore, nei cui confronti era stata proposta l'azione di responsabilità di cui era causa; Trib. Monza 29.1.1982, che ha accolto l'istanza di nomina di un curatore speciale in una causa avente ad oggetto l'azione di accertamento della nullità di una clausola statutaria promossa da socio di maggioranza, che era anche presidente del c.d.a. e legale rappresentante della società. Secondo Trib. Milano 11.5.2023, in *Le Società*, 2023, 1292, con nota di BENCINI, *Il curatore speciale: come evitare il terzo incomodo*, non sussiste sovrapposizione di ruoli processuali contrapposti nelle ipotesi in cui la rappresentanza della società sia affidata ad un amministratore che non risulti convenuto nell'azione di rappresentanza promossa da un socio.

¹² Così *ex multis* Cass. 6.3.2018, n. 5256, secondo la quale trova applicazione il principio secondo cui è ravvisabile il conflitto di interessi tra chi è incapace di stare in giudizio personalmente e il suo rappresentante legale, con conseguente necessità della nomina d'ufficio di un curatore speciale, ogni volta che la incompatibilità delle loro rispettive posizioni è anche solo potenziale, a prescindere dalla sua effettività. Conf., Cass. 20.11.2021, n. 25317; Cass. 26.5.2016, n. 10936; Cass. 27.10.2015, n. 21889.

¹³ Cass. 14.7.2010, n. 16553, in *Giust. civ.*, 2011, I, 2908; Cass. 16.9.2002, n. 13507. *Contra* Cass. 5.4.2018, n. 8438; Cass. 29.1.2016, n. 1721. Si veda anche Trib. Napoli 30.11.2021, n. 9672, la verifica della sussistenza del conflitto di interessi, effettuata *ex ante* e in astratto al momento della nomina del curatore speciale, può essere successivamente confermata *ex post*, in base al comportamento adottato dalle parti nel corso del procedimento.

Terreno d'elezione di tali situazioni è quello societario, ove i **contrasti tra soci** si trasformano spesso in controversie tra soci di minoranza e la società, di regola amministrata da soggetti che sono invece esponenti della maggioranza dei soci. In tali casi, la tentazione di individuare nella posizione degli amministratori un conflitto di interessi rispetto alla posizione della minoranza sociale si tramuta spesso nella aprioristica (e di regola interessata) deduzione che, per tale motivo, gli amministratori stessi verserebbero in conflitto di interessi con la società, non essendo in grado (questo è il ragionamento sottinteso) di perseguire l'interesse sociale, che si ritiene a priori sacrificato sull'altare del configgente interesse di difesa delle posizioni di quei soci, che hanno nominato gli amministratori stessi. Si pretende dunque di qualificare, in tali ipotesi, l'ipotizzata parzialità degli amministratori avverso il socio di minoranza quale conflitto tra amministratori e società¹⁴.

È chiaro che una tale impostazione è inaccettabile e conduce a conseguenze paradossali¹⁵. Il requisito dell'indipendenza dell'amministratore rispetto ai soci è infatti elemento accidentale ed eccezionale, previsto nelle sole ipotesi di cui all'art. 2387 c.c. e nelle leggi speciali «in relazione all'esercizio di particolari attività»: è dunque circostanza fisiologica quella che l'amministratore, esponente della maggioranza, possa essere mosso anche da interessi potenzialmente contrastanti con quelli di alcuni dei soci. D'altro canto, la concreta identificazione dell'interesse sociale è rimessa, appunto, agli amministratori: e ben può essere (ed anzi, di regola questa dovrebbe essere l'ipotesi più frequente) che l'interesse sociale coincida con l'interesse della maggioranza dei soci, e non con quello della minoranza.

Elevare il contrasto tra i soci a indice di ipotizzato contrasto tra gli amministratori e la società porterebbe alla paradossale conseguenza che sempre, in presenza di una controversia tra soci e società, gli amministratori di quest'ultima, che non siano indipendenti ex art. 2387 c.c., dovrebbero essere sostituiti da un curatore speciale processuale per la gestione della controversia, privando così la società, proprio nel delicato momento della lite, dei propri amministratori¹⁶. Si tratta, conviene ribadirlo, di una soluzione grave e che contrasta con gli ampi poteri gestori che la riforma del diritto societario ha attribuito agli amministratori, e condurrebbe di fatto ad una sorta di commissariamento *ex lege* delle società in tutte le ipotesi di contrasto tra soci, che vedano parte la società stessa (e il pensiero corre, per esempio, a tutte le ipotesi di impugnazione delle delibere assembleari).

Corollario della tesi, che qui si critica, è l'affermazione giurisprudenziale secondo il quale il conflitto che può condurre alla nomina può essere «astratto» e tale da valutarsi «a priori»¹⁷. Si tratta di una affermazione francamente priva di senso: quando mai la cognizione del giudice è chiamata a svolgersi su fattispecie «astratte», e per di più da valutarsi «a priori»? è vero invece il contrario: **il conflitto dovrà essere verificato in concreto**¹⁸ e sulla base delle risultanze probatorie che le parti dedurranno avanti

¹⁴ Esemplare di tale ipotesi è Trib. Padova 20.5.2005, in *Giur. it.*, 2006, I, 571, con nota critica di CHIZZINI, *op. cit.*

¹⁵ Parlava di «vero abuso» SATTA, *op. loc. cit.*, 270.

¹⁶ Sono del tutto condivisibili sul punto le polemiche osservazioni di CHIZZINI, *op. cit.*, 572, che a fronte dell'applicazione disinvolta che della norma fece il già richiamato Trib. Padova 20.5.2005, afferma che «se si prova ad estrapolare la massima operativa deducibile dai provvedimenti pubblicati questa potrebbe suonare siffatta: "ogni volta che viene impugnata una delibera assembleare di nomina degli amministratori, si dovrà procedere alla nomina per la società di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 c.p.c., essendo *in re ipsa* il conflitto d'interessi con gli amministratori cui spetta la rappresentanza legale e processuale dell'ente stesso"».

¹⁷ Così p. es. Cass. 16.9.2002, n. 13507, *op. cit.*; Cass. 6.8.2001, n. 10822; Cass. 30.1.1990, n. 618.

¹⁸ In giurisprudenza vedasi Cass. 19.10.2011, n. 21651, in *Foro it.*, 2012, I, 821; App. Firenze 2.1.2020, *op. cit.*; Trib. Genova 24.11.2016. Più recentemente Cass. 7.12.2021, n. 38883, *op. cit.*, che distingue i casi di azione di responsabilità promossa dai soci, in cui il conflitto di interesse è immanente e valutabile in astratto, e casi di impugnazione delle delibere assembleari, per i quali è invece richiesto un accertamento prudente e concreto condotto dal giudice caso per caso.

al giudice chiamato alla nomina del curatore speciale processuale¹⁹. In altre parole, il relativo giudizio dovrà avere ad oggetto l'accertamento del *fumus boni juris*, e dunque la probabile esistenza del conflitto di interessi, e del *periculum in mora*.

D'altro canto, l'analisi della giurisprudenza mostra che i giudici, dopo aver riportato la trattativa massima che parla, appunto, di interesse «potenziale» da valutare «in astratto», procedono alla nomina del curatore solo dopo aver attentamente vagliato la situazione sostanziale ed essere giunti alla conclusione che, in concreto, sulla base delle prove acquisite, appare altamente probabile, se non già positivamente accertato, che il rappresentante eserciterà i propri poteri in conflitto di interessi con il rappresentato.

L'esistenza di un conflitto di interessi tra rappresentato e rappresentante non è sufficiente per la nomina del curatore speciale: è anche necessario verificare, in concreto, in relazione alla specifica azione esercitata in giudizio, che **il contrasto di interessi sia attuale, in relazione alla domanda oggetto di causa.**

Tali rilievi permettono di inquadrare in maniera più soddisfacente il problema della definizione del concetto di conflitto di interessi previsto dal comma 2 dell'art. 78 c.p.c. Ovviamente decisivo è il conflitto di interessi che si manifesta nella sovrapposizione formale del rappresentante con la controparte; altrettanto ovviamente sarà invece irrilevante il conflitto di interessi fisiologicamente sotteso alla dinamica strutturale del rapporto, in particolare per quanto riguarda i rapporti tra società, amministratori e soci.

Vi sono peraltro fattispecie «intermedie», ove non ricorre l'identità formale di una parte del processo con il rappresentante della sua controparte, ma esistono elementi di fatto idonei a fare presumere che il rappresentante della parte sia in effettivo conflitto di interessi con il rappresentato²⁰: in tali casi la nomina del curatore speciale sarà giustificata, richiedendo però una idonea valutazione di merito che è lasciata al giudice, che potrà fare utilizzo anche di elementi presuntivi ex art. 2729 c.c.

Dovrà quindi escludersi la nomina del curatore speciale esclusivamente fondato su un conflitto tra amministratori (esponenti della maggioranza sociale) e soci di mino-

¹⁹ Così anche MANDRIOLI, *op. cit.*, 921, secondo il quale «la norma in esame non può essere invocata quando il conflitto di interessi è soltanto ipotetico»; SATTA, *op. cit.*, 270, secondo il quale «non si può invocare la norma quando il conflitto di interessi sia ipotetico e di mero fatto, come ad es. nel caso in cui il rappresentante legale di una società sia convenuto anche in proprio per fatti che determinano la responsabilità della società stessa. In questo caso è la società che deve provvedere alla tutela dei suoi interessi coi mezzi ordinari, né può la controparte o il giudice sostituire il rappresentante con l'arbitrario pretesto di una tutela processuale della società»; FABIANI, *Il curatore speciale*, *op. cit.*, 602-603; SALAFIA, *Condizioni per la verifica del conflitto di interessi fra amministratore e società di capitali*, in *Le Società*, 2016, 1216. La giurisprudenza, dal canto suo, quando non aderisce al più restrittivo orientamento che vede il conflitto di interessi solo nell'ipotesi di sovrapposizione formale delle parti, richiede sempre per la nomina del curatore speciale che vi sia un interesse personale del rappresentante ad un esito della lite confliggente con quello vantaggioso per il rappresentato: in questo senso, cfr. Cass. 26.1.1981, n. 5591; Cass. 13.1.1981, n. 281; Cass. 15.9.1983, n. 5582; Cass. 16.11.2000, n. 14866; Cass. 6.8.2001, n. 10822.

²⁰ In questo senso mi sembra l'opinione di MANDRIOLI, *op. cit.*, 921: «se tale conflitto deve essere attuale, non è affatto necessario che debba restringersi fino ai limiti della sovrapposizione tra le posizioni di attore e di convenuto, ossia ai casi di processo con sé medesimo. La legge, che parla genericamente di conflitto di interessi con il rappresentante, non autorizza questa limitazione, ma autorizza a riscontrare l'attribuzione, al giudice...del potere di valutare da un lato l'effettiva esistenza ed attualità del conflitto e, dall'altro, lato, la suddetta sovrapposizione tra le posizioni di attore e di convenuto, sovrapposizione che equivale, già per sé stessa, ad un conflitto in atto». Conf. CIATTI, *Nomina di curatore speciale processuale di società*, in *Soc.*, 1995, 1292.

ranza; per converso, dovrà di volta in volta valutarsi se il conflitto tra amministratori e soci sia di tale natura da aver prodotto (verrebbe da dire, come indiretta conseguenza) l'esistenza di un conflitto di interessi positivo ed accertato tra gli amministratori e la società²¹. Si tratterà, a mio avviso, di ipotesi residuali, che richiederanno al giudice grande prudenza valutativa, atteso che si tratta qui, né più né meno, di espropriare un soggetto processuale del suo diritto costituzionalmente garantito di agire e di difendersi, con conseguenze tali da poter determinare un vizio gravissimo del processo, condotto dal *procurator* illegittimamente nominato²².

5. Il rito per la nomina del curatore speciale

L'art. 79 c.p.c. conferisce la **legittimazione all'istanza al pubblico ministero, alla persona che deve essere rappresenta ed assistita**, anche se incapace, e, in caso di conflitto di interessi, allo stesso **rappresentante**. Peraltro la legittimazione è estesa anche a «qualunque altra parte in causa che vi abbia interesse» (art. 79, comma 2, c.p.c.): norma che si spiega da una parte per esigenze di tutela della parte temporaneamente privata di rappresentanza o assistenza, e dall'altra per l'esigenza di tutelare anche le altre parti processuali dal rischio di celebrazione di un processo cui prenda parte un soggetto non correttamente rappresentato o assistito, con conseguente rischio di nullità del processo stesso.

La **competenza** è attribuita al «al giudice di pace, o al presidente dell'ufficio giudiziario davanti al quale s'intende proporre la causa».

Quanto alla competenza «esterna» la norma detta una regola che coincide con quella prevista dal comma 1 dell'art. 669-ter c.p.c., secondo il quale «prima dell'inizio della causa di merito la domanda si propone al giudice competente a conoscere del merito»; a maggior ragione poi deve ritenersi che tale competenza sussista anche qualora la nomina del curatore speciale venga richiesta nel corso di un processo già pendente.

L'art. 80, comma 1, c.p.c. prevede poi che l'istanza si propone al giudice di pace: nell'ambito dell'ufficio competente dovrà dunque dirsi che qualunque giudice di pace possa provvedere alla nomina del curatore speciale, sia *ante causam* sia in corso di causa²³.

²¹ Così FABIANI, *Il curatore speciale*, cit., 602, secondo il quale la necessità del curatore speciale scatta quando la posizione dell'amministratore, inteso come chi ricopre la funzione e non come chi gestisce la società, si trovi in contrapposizione con quella dell'intera società e non di un gruppo di soci.

²² Sempre in materia societaria, si rammentano: Trib. Piacenza 23.8.2004, in *Corr. merito*, 2005, 25, secondo la quale «Nell'azione individuale di responsabilità di cui all'art. 2476 c.c. La società è litisconsorte necessaria e, di conseguenza, qualora essa sia rappresentata da un amministratore unico, destinatario dell'azione medesima, si determina un conflitto di interessi superabile esclusivamente con la nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78, comma 2, c.p.c.»; Trib. Verona 8.10.2012, in *Corriere giur.*, 2013, 985 ss., con nota di DELLA BONTÀ, *Contenzioso societario e curatore speciale: note minime in tema di applicabilità (ed opportunità) della nomina ex art. 78, comma 2 c.p.c. in pendenza di azioni di responsabilità sociale e di impugnativa di delibere consiliari*.

²³ La norma disciplinava in maniera analoga anche la competenza avanti al conciliatore e al pretore. Infatti il testo originale del comma 1 dell'art. 80 prevedeva che «l'istanza per la nomina del curatore speciale si propone al conciliatore, al pretore o al presidente dell'ufficio giudiziario davanti al quale s'intende proporre la causa».

Solo apparentemente oscuro è il motivo per il quale l'art. 80 prevede per gli altri casi la competenza interna del «presidente dell'ufficio giudiziario». Occorre in primo luogo circoscrivere la norma all'ipotesi in cui la causa non sia ancora pendente, da quella in cui invece una causa «di merito» sia già stata proposta, magari contestualmente alla richiesta di nomina del curatore speciale: ed infatti la norma fa riferimento al giudice davanti al quale «s'intende proporre la causa», e dunque ad una ipotesi di competenza *ante causam*. L'indicazione della competenza del presidente dell'ufficio giudiziario si comprende in un'ottica storica²⁴, ove si rammenti che nel tessuto originario del codice la pronuncia dei provvedimenti cautelari *ante causam* era, avanti ai giudici collegiali, tipicamente assegnata al presidente dell'ufficio: tale era, per esempio, la competenza per la concessione dei sequestri conservativo o giudiziario prevista dall'originario art. 672 c.p.c.; d'altro canto, più in generale la competenza all'emanazione dei provvedimenti sommari era devoluta di regola al presidente del tribunale, come accadeva, per esempio, per la concessione del decreto ingiuntivo (art. 637 c.p.c.).

Questa essendo la *ratio* della norma, direi che, coerentemente con la natura cautelare del provvedimento *de quo* (confermata proprio dalla previsione della competenza, apparentemente anomala, del presidente dell'ufficio giudiziario) **la competenza *ante causam* spetti, per espressa previsione dell'art. 80 c.p.c., al presidente dell'ufficio (che potrà delegarla, nei limiti consentiti dalle norme di ordinamento giudiziario), mentre qualora l'istanza di nomina venga proposta contestualmente o dopo la proposizione della domanda di merito, la competenza spetterà, *more solito*, al giudice della causa di merito, applicandosi qui l'art. 669-*quater* c.p.c.**²⁵.

Quanto al rito, nessuno sembra aver mai dubitato che si applichino qui le norme sul **procedimento in camera di consiglio** (artt. 737 ss.), e dunque, in particolare, che **la forma introduttiva sia il ricorso**; in realtà direi che la postulata natura cautelare dell'istituto imponga, con la mediazione dell'art. 669-*quaterdecies* c.p.c., l'applicazione delle norme sul rito cautelare uniforme, «in quanto compatibili». Vedremo oltre quali effetti ciò potrà comportare; avendo riguardo per ora alla sola fase introduttiva, pare ovvio che la forma dell'istanza sarà quella del ricorso, al quale seguirà il decreto di fissazione dell'udienza e la convocazione delle parti.

L'art. 80, comma 2, c.p.c. prevede poi che «il giudice, assunte le opportune informazioni e sentite possibilmente le persone interessate, provvede con decreto». Vi è un generale consenso nel ritenere che la convocazione delle parti sia sempre imposta dall'art. 24 Cost., e che l'inciso «possibilmente» si riferisca alle sole ipotesi in cui tale convocazione sia impossibile (si pensi allo scomparso o alla parte incapace).

²⁴ Ed infatti la redazione attuale della norma nasce da una osservazione del relatore della Corte d'appello di Torino, secondo il quale «sembra opportuno chiarire a chi debba essere diretta la domanda per la nomina del curatore provvisorio per il giudizio, e poiché la nomina deve avvenire prima della citazione e quindi prima della delega al giudice, si propone che venga stabilito doversi la domanda presentare al presidente del tribunale».

²⁵ In questo senso MANDRIOLI, *op. cit.*, 924, che esclude inoltre, condivisibilmente, la competenza del collegio, riconoscendola invece al giudice istruttore. Conforme anche CORSINI, *op. cit.*, 282. Vedasi in giurisprudenza Cass. 7.12.2021, n. 38883, *op. cit.*, e Cass. 13.4.2015, n. 7362. Alla luce del potere cautelare ex art. 818 c.p.c. riconosciuto dalla riforma Cartabia, deve ritenersi ammissibile la proposizione dell'istanza di nomina del curatore speciale anche in sede arbitrale. La competenza degli arbitri ex art. 78 c.p.c. era già stata affermata da Trib. Bologna 13.2.2017, in *Il Caso.it*, 16775. *Contra* App. Firenze 2.1.2020, *op. cit.*

La formula delle «opportune informazioni» sembra esprimere un concetto non dissimile da quello degli «atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto» previsti per il procedimento cautelare uniforme dall'art. 669-*sexies*. Tutti i mezzi di prova saranno dunque ammissibili, sia pure con le deformalizzate modalità di assunzione tipiche delle cognizioni sommarie e cautelari.

Una volta che il giudice abbia provveduto con decreto, questo, *ex art.* 80, comma 2, c.p.c. «è comunicato al pubblico ministero affinché provochi, quando occorre, i provvedimenti per la costituzione della normale rappresentanza o assistenza dell'incapace, della persona giuridica o dell'associazione non riconosciuta»: norma questa che costituisce una chiara manifestazione della funzione cautelare della curatela speciale *de qua*, destinata a venir meno a seguito della nomina del soggetto al quale spetta la rappresentanza o l'assistenza.

6. I rapporti tra i provvedimenti di nomina del curatore speciale processuale e il successivo processo di merito

Ricostruire in chiave cautelare l'istituto *de qua* permette poi di chiarire i rapporti, altrimenti di difficile comprensione, del provvedimento *ex art.* 80 c.p.c. con il successivo giudizio di merito.

Si riafferma in giurisprudenza che il giudice del merito manterrà il potere di valutare autonomamente se la parte sia correttamente rappresentata o autorizzata *ex art.* 182 c.p.c., dando se del caso i provvedimenti opportuni.

Si tratta di una soluzione che, in tali troppo lati termini, è insoddisfacente. Non è infatti dato di comprendere sulla base di quale accertamento il giudice istruttore possa *motu proprio* porre nel nulla il provvedimento assunto dal presidente e (ove si giunga a tale conclusione) confermato in sede di reclamo dal collegio; d'altro canto, pare difficile negare al giudice del merito il potere – dovere di ulteriormente verificare, se necessario, che la parte sia correttamente rappresentata ed assistita.

La postulata natura cautelare del provvedimento può fornire una ragionevole chiave di lettura del rapporto tra i due procedimenti, ove si assuma che il giudice istruttore possa procedere alla revoca o alla modifica del provvedimento assunto nell'ambito del procedimento *ex art.* 78 c.p.c. solo se, *ex art.* 669-*decies*, si «verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare»²⁶; ove ciò non accada, è ragionevole ritenere che il provvedimento di nomina del curatore speciale sia destinato a sopravvivere durante il corso della causa di merito e sino alla pronuncia del giudice che, con la sentenza, decidendo della relativa questione, dovrà dedicare un apposito capo della sentenza alla questione della corretta rappresentanza o assistenza processuale della parte e dunque verificare l'esistenza dei presupposti per la nomina del curatore speciale²⁷.

²⁶ Diversamente, la giurisprudenza riconosce la possibilità di modificare o revocare il decreto di nomina in ogni tempo in base all'art. 742 c.p.c., il quale dispone in generale la revocabilità di tali provvedimenti. Così Cass. 7.12.2021, n. 38883, *op. cit.* Conformi Trib. Roma 1.10.1982, in *Soc.*, 1983, 355, e Trib. Padova 13.7.2005.

²⁷ Così Cass. 7.12.2021, n. 38883, *op. cit.* secondo la quale: «La competenza alla nomina del curatore speciale di cui all'art. 78 c.p.c. in corso di causa pendente avviene incidentalmente, quale sub-procedimento, all'interno del giudizio stesso, con istanza da proporre allo stesso giudicante, il cui provvedimento, se si tratti di

Ovviamente, qualora si confermi che correttamente si era preceduto alla nomina del curatore speciale, il giudice dovrà procedere all'esame del merito; ove invece ritenga di addivenire ad una diversa decisione, sarà inevitabile la pronuncia di una sentenza non definitiva e la rimessione della causa avanti al giudice istruttore per la rinnovazione degli atti compiuti dal curatore illegittimamente nominato.

Definito che sia il processo, verrà meno anche il provvedimento di nomina del curatore speciale processuale, cessando il vincolo della strumentalità con il processo di merito²⁸.

7. Il reclamo avverso il provvedimento di nomina del curatore speciale processuale

Molto si è discusso se il provvedimento di nomina del curatore speciale sia o meno reclamabile, ed eventualmente avanti a quale giudice e secondo quali regole²⁹.

La giurisprudenza maggioritaria nega la reclamabilità sulla base di convergenti osservazioni strutturali ed esegetiche³⁰.

In primo luogo si rileva che il provvedimento *de quo* sarebbe **atto meramente gestorio, interinale e temporaneo**, e come tale non inciderebbe su diritti sostanziali delle parti; in secondo luogo, la postulata applicabilità all'istituto delle disposizioni comuni in camera di consiglio renderebbe non impugnabili i decreti del giudice unico, atteso che l'art. 739 c.p.c. prevede che solo contro i decreti pronunciati dal tribunale in camera di consiglio in primo grado si possa proporre reclamo con ricorso alla corte d'appello, che pronuncia anch'esso in camera di consiglio, mentre non è prevista la reclamabilità dei provvedimenti del giudice unico³¹. A tali rilievi si può aggiungere anche la constatazione che il reclamo alla corte d'appello presuppone che il giudice *a quo* sia il tribunale (in questo caso, in ipotesi, in persona del suo presidente), lasciando priva di disciplina l'ipotesi che il provvedimento di nomina sia assunto dal giudice di pace, dal presidente del tribunale o dal presidente della corte di cassazione.

L'**inammissibilità del reclamo** è non solo una soluzione in fatto inopportuna, ma è anche sistematicamente errata, una volta che si sia chiarata la natura cautelare dell'istituto in oggetto. Postulata infatti la natura cautelare del decreto *ex art. 80*, comma 2, giudice delegato alla trattazione, è suscettibile di essere riconsiderato dal collegio del tribunale, in sede decisoria».

²⁸ *Contra* SATTA, *op. cit.*, 272, secondo il quale «il provvedimento di nomina ha una sua autonomia rispetto al processo al quale si riferisce: onde non viene travolto dalla estinzione del processo, e neppure dalla eventuale dichiarazione di incompetenza, con trasmigrazione della causa al giudice competente».

²⁹ Scriveva MANDRIOLI, *op. cit.*, 920, che la legge «ha configurato il provvedimento di nomina con caratteristiche formali tali da far ritenere la sua inidoneità al giudicato, attraverso la sua revocabilità e modificabilità, mentre rimane assai dubbia la sua impugnabilità», visto che «l'impugnazione prevista dall'art. 739 riguarda solo i provvedimenti collegiali con l'aggiunta soltanto dei decreti del giudice tutelare».

³⁰ Si veda da ultimo App. Napoli 11.3.2023, in *Le Società*, 2023, 1007 con nota critica di GABOARDI, *Reclamabilità del decreto di nomina del curatore speciale nelle controversie societarie*.

³¹ In questo senso si vedano p. es. App. Torino 30.9.2010, in *Foro padano*, 2001, 283, con nota adesiva nella conclusione, ma di dissenso nelle motivazioni, di VILLA, *Conflitto di interessi e impugnazione della nomina del curatore speciale*; App. Milano 6.7.2001, in *Giur. milanese*, 2001, 425. *Contra*, e dunque nel senso dell'ammissibilità del reclamo *ex art. 639 c.p.c.*, cfr. App. Milano 7.2.2013, inedita, che fonda la reclamabilità sulla teorizzata generale reclamabilità dei decreti resi dal giudice singolo nell'ambito dei procedimenti in camera di consiglio.

c.p.c., il reclamo viene ad essere regolato, tramite il rinvio contenuto nell'art. 669-*quaterdecies* c.p.c., dall'art. 669-*terdecies* c.p.c. L'applicazione di tale norma risolve, tra l'altro, la maggior parte dei problemi di competenza: qualora il decreto sia stato assunto dal presidente del tribunale o della corte d'appello, o, se reso in corso di causa, da un giudice di quell'ufficio, o dalla corte di cassazione (ovviamente in composizione collegiale) la competenza spetterà infatti al collegio del medesimo ufficio giudiziario, di cui non dovranno far parte i magistrati che hanno pronunciato il provvedimento reclamato³².

L'art. 669-*terdecies* c.p.c. non contempla però l'ipotesi di reclamo avverso un provvedimento reso dal giudice di pace: problema che per vero si pone già per il reclamo dell'ordinanza del giudice di pace che nega il provvedimento di ammissione dell'istruzione preventiva *ex art.* 695 c.p.c.³³. Deve escludersi, io credo, la pur suggestiva ipotesi di un reclamo attribuito ad un collegio di giudici di pace: osta a tale soluzione il comma 2 dell'art. 106 Cost., secondo il quale possono essere attribuiti ai magistrati onorari solo «le funzioni attribuite a giudici singoli», ed è chiaro che il reclamo è funzione attribuita dalla legge solo ad un collegio. Sembra allora giocoforza ritenere che il reclamo debba essere deciso dal tribunale, quale giudice di grado superiore, ed in formazione collegiale, tale essendo la direttiva che emerge dall'art. 669-*terdecies* c.p.c.

Ciò premesso, pacifica deve dirsi l'**inammissibilità del ricorso per cassazione *ex art.* 111 Cost.**, atteso che il provvedimento *de quo* non ha alcuna idoneità alla formazione della cosa giudicata: conclusione alla quale peraltro la giurisprudenza era già saldamente pervenuta, argomentando dalla natura provvisoria del provvedimento³⁴.

8. Le conseguenze nel processo di merito dell'assente (o errata) nomina del curatore speciale processuale

Abbiamo lasciato volutamente per ultimo il tema, in realtà centrale sotto il profilo sistematico, delle conseguenze processuali derivanti dalla mancata nomina del curatore speciale processuale o (ciò che sotto il profilo sistematico appare essere equivalente) dalla errata nomina di un curatore speciale in assenza dei presupposti di legge.

La giurisprudenza ha assunto storicamente un orientamento assai severo, ritenendo che **la sentenza così pronunciata fosse affetta da nullità assoluta ed insanabile, rilevabile in ogni stato e grado del giudizio**³⁵; solo recentemente si è registrato un (ad

³² Cass. 7.12.2021, n. 38883, *op. cit.*, ammette il reclamo immediato al collegio avverso i decreti di nomina emessi in corso di causa dal giudice istruttore.

³³ Rammentiamo infatti che con sentenza della C. cost. 16.5.2008, n. 144 è stata dichiarata «l'illegittimità costituzionale degli articoli 669 *quaterdecies* e 695 c.p.c. del codice di procedura civile, nella parte in cui non prevedono la reclamabilità del provvedimento di rigetto dell'istanza per l'assunzione preventiva dei mezzi di prova di cui agli articoli 692 e 696 dello stesso codice».

³⁴ In questo senso, correttamente, Cass. 7.6.1974, n. 1693; Cass. 21.11.1983, n. 6943; Cass. 4.11.2015, n. 22566; Cass. 7.12.2021, n. 38883, *op. cit.*

³⁵ Cfr. Cass. 30.5.2003, n. 8803, secondo la quale tale nullità sarebbe «rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio ed anche in sede di legittimità, in quanto l'individuazione del contrasto d'interessi tra rappresentante e rappresentato costituisce applicazione necessaria del disposto dell'art. 78 sec. comma c.p.c. che – inquadrandosi nel più generale principio imperativo della garanzia costituzionale del diritto di difesa inviolabile *ex art.* 24 Cost. – impone al giudice il controllo della regolare costituzione del contraddittorio sotto il profilo specifico della presenza in giudizio della parte, cui l'ordinamento ne riconosca il diritto, mediante l'assistenza

oggi isolato) *revirement*, avendo la Cassazione ritenuto che una tale vizio conduca ad una ipotesi di mera nullità del giudizio e che, dedotto il vizio in appello, non vi sia luogo per una rimessione al primo giudice³⁶, con la implicita conseguenza che tale vizio sia assoggettato alla ordinaria regola della conversione dei motivi di nullità in motivi di gravame.

Sul punto occorre distinguere, poiché diversi possono essere gli effetti riconducibili alla mancata nomina del curatore speciale.

In linea di principio, direi che **le ipotesi di mancata nomina del curatore nelle fattispecie di cui al comma 1 dell'art. 78 c.p.c.** (e dunque quando radicalmente manchi «la persona a cui spetta la rappresentanza o l'assistenza») **comportino** come conseguenza **l'inopponibilità della sentenza al soggetto non rappresentato in causa**.

Tale soluzione mi pare invece troppo radicale nelle ipotesi di conflitto di interessi. L'inesistenza in questo caso è infatti rimedio troppo radicale, poiché qui un rappresentante pur sempre vi è, per quanto in conflitto, e non è detto che questi abbia poi effettivamente agito in danno al rappresentato³⁷; aggiungiamo poi che stiamo qui parlando non di atti direttamente dispositivi del diritto in contesa, quanto di atti di «gestione» di una controversia giudiziaria, ove comunque, in ultima analisi, l'evento potenzialmente dannoso è la decisione giudiziale, che ben può essere di segno opposto a quanto pur invocato dal rappresentante in conflitto.

Il diritto sostanziale ha ben chiari tali profili: l'art. 1394 prevede infatti che «il contratto concluso dal rappresentante in conflitto d'interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo»: e dunque **sotto il profilo sostanziale l'atto compiuto dal rappresentante in conflitto** non è *ab imis* nullo, ma solo **annullabile**, e comunque richiede la prova dello stato soggettivo rilevante della controparte e l'iniziativa annullatoria della parte malamente rappresentata.

Analogamente, in materia societaria l'art. 2391 c.c. non commina la nullità degli atti gestori compiuti dall'amministratore in conflitto, prevedendo un obbligo di dichiarazione dell'amministratore «di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società», rendendo l'atto gestorio compiuto con il determinante concorso dell'amministratore in conflitto impugnabile entro novanta

dell'organo all'uopo espressamente deputato dall'ordinamento stesso». Nello stesso senso cfr. Cass. 17.4.2019, n. 10754; Cass. 26.5.2016, n. 10936; Cass. 16.9.2002, n. 13507; Cass. 6.8.2001, n. 10822; Cass. 16.11.2000, n. 14866; Cass. 9.7.1997, n. 6201; Cass. 10.5.1995, n. 2800; Cass. 3.7.1991, n. 7274.

³⁶ In questo senso è Cass. 25.9.2009, n. 20659, che ha posto il seguente principio di diritto: «l'art. 78 c.p.c., comma 2, si riferisce a casi in cui sorga un conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato non altrimenti disciplinato da norme sostanziali, per cui, nei casi di conflitto, la parte non può esercitare direttamente i poteri che le norme le riconoscono ed essi debbono essere esercitati da un curatore speciale. La mancata nomina del curatore speciale attiene quindi all'esercizio dei poteri processuali e non al contraddittorio. Da questo inquadramento, per il principio secondo il quale le ipotesi di remissione della causa al primo giudice sono quelle indicate nei commi 1 e 2 dell'art. 354 c.p.c., si ricava che il tribunale, come giudice di appello, deve decidere la causa nel merito, rinnovando eventualmente gli atti nulli».

³⁷ Nel senso che il rappresentante in conflitto di interessi non può essere considerato un *falsus procurator*, con conseguente nullità degli atti processuali da lui compiuti è anche MANDRIOLI, *op. cit.*, 920; *contra* SATTA, *op. cit.*, secondo il quale «la nomina del curatore fuori dei casi stabiliti rende inopponibili gli atti da lui compiuti alla parte»: ma giova rammentare che per questo A. la nomina del curatore speciale processuale poteva aver luogo solo in ipotesi di conflitto anche formale di interessi, nei solo casi cioè in cui vi fosse sovrapposizione tra le persone fisiche di rappresentante e rappresentato.

giorni dagli altri amministratori e dal collegio sindacale e facendo comunque «salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione».

Se una indicazione vuol trarsi da questi spunti, è che **la sentenza resa nel processo pur condotto dal rappresentante in conflitto rimarrà soggetta alle regole generali in materia d'impugnazioni**, a cominciare dalla regola della soccombenza e dell'interesse ad impugnare, con conseguente applicabilità della regola della conversione dei motivi di gravame in motivi di impugnazione della sentenza. Per converso, nei casi più gravi, ove cioè il conflitto sia di natura tale, da fare ritenere che il rappresentante sia un *falsus procurator* sotto il profilo sostanziale, si potrà verificare la possibilità per il falso rappresentato di proporre opposizione di terzo ordinaria.

Il vizio conseguente all'errata o viziata nomina del curatore speciale processuale, in casi dunque non previsti dalla legge o a seguito di una errata valutazione dei presupposti per la sua nomina, conduce ad un vizio di rappresentanza o di assistenza all'interno del processo. Il coordinamento con il regime della sanatoria di cui all'art. 182, comma 2, c.p.c. opererà nel senso che il giudice del processo di merito potrà, come già si diceva, revocare per fatti sopravvenuti il provvedimento di nomina, assegnando dunque, ove necessario, un termine per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza o l'assistenza (si pensi all'ipotesi in cui, nominato il curatore speciale, venga nelle more del processo nominato il legale rappresentante dell'incapace o della persona giuridica); ove non vi siano fatti sopravvenuti rilevanti la questione dovrà invece essere decisa, alla pari degli altri presupposti processuali, in sede di decisione della controversia.

Il trattamento della sentenza resa nei confronti della parte rappresentata da un curatore speciale erroneamente nominato sarà soggetta ai medesimi rimedi previsti, in generale, alle ipotesi in cui nel processo sia presente un *falsus procurator*: sarà ammissibile in ogni stato e grado del processo la costituzione del soggetto legittimato, così come la ratifica degli atti compiuti con effetto *ex tunc*.

BIBLIOGRAFIA

BENCINI, *Il curatore speciale: come evitare il terzo incomodo*, in *Le Società*, 2023, 1292; CASALE, *Conflitto di interessi tra società e nomina di commissario ad acta*, in *Fallimento*, 1998, 1066; CHIZZINI, *Precisazioni in tema di nomina di curatore speciale ex art. 78 c.p.c. (nella nota vicenda societario-giudiziale dell'AntonVeneta)*, in *Giur. it.*, 2006, I, 571; CIATTI, *Nomina di curatore speciale processuale di società*, in *Soc.*, 1995, 1292; CORSINI, *Parti*, in *Comm. c.p.c. Chiarloni*, Bologna 2016; DELLA BONTÀ, *Contenzioso societario e curatore speciale: note minime in tema di applicabilità (ed opportunità) della nomina ex art. 78, comma 2 c.p.c. in pendenza di azioni di responsabilità sociale e di impugnativa di delibere consiliari*, in *Corriere giur.*, 2013, 985 ss.; DITTRICH, *Il curatore speciale processuale*, in *Riv. dir. processuale*, 2013, 825 ss.; FABIANI, *Il curatore e le liti societarie*, in *Le società*, 2020, 993; GABOARDI, *Reclamabilità del decreto di nomina del curatore speciale nelle controversie societarie*, in *Le Società*, 2023, 1007; LANZA, *Il curatore speciale processuale di società*, in *Riv. soc.*, 1958, 534; MALAVASI, *Revoca ante causam dell'amministratore unico di s.r.l. e nomina di un curatore speciale per conflitto di interessi*, in *Soc.*, 2007; MANDRIOLI, *Delle parti e dei difensori*, in *Comm. c.p.c. Allorio*, vol. I, Torino, 1973, 918; PALMISANO, *Prerogative e poteri del curatore speciale processuale di società*, in *Il Processo*, 2020, 440; SALAFIA, *Condizioni per la verifica del conflitto di interessi fra amministratore e società di capitali*, in *Le Società*, 2016, 1216; SANGIOVANNI, *Impugnazione di deliberazione assembleare, conflitto di interessi e nomina di curatore speciale. La battaglia giudiziaria per il controllo di Antonveneta*, in *Corriere giur.*, 2005, 126;

SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano, 1959; SPADARO, *Il conflitto di interessi e la nomina del curatore speciale nelle cause societarie*, in *Le Società*, 2022, 888; VILLA, *Conflitto di interessi e impugnazione della nomina del curatore speciale*, in *Foro padano*, 2001, 283; VULLO, *Nuove prospettive per la tutela processuale dell'incapace naturale*, in *Giur. it.*, 1998, I, 1846.

Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer