

Civile Sent. Sez. U Num. 33944 Anno 2023

Presidente: FRASCA RAFFAELE GAETANO ANTONIO

Relatore: CRISCUOLO MAURO

Data pubblicazione: 05/12/2023

SENTENZA

sul ricorso 18153-2022 proposto da:

FALLIMENTO DELLA VIA GRAMSCI SRL IN LIQUIDAZIONE,
elettivamente domiciliato in

che lo rappresenta e difende

unitamente agli avvocati
giusta procura in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

COMUNE DI elettivamente domiciliato in

;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1580/2022 del CONSIGLIO DI STATO
depositata il 04/03/2022;

Lette le conclusioni del Pubblico Ministero, in persona del
Sostituto Procuratore Generale, dott. ALBERTO CARDINO, che ha
chiesto il rigetto del ricorso;

Lette le memorie delle parti;

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del
07/11/2023 dal Consigliere Dott. MAURO CRISCUOLO;

Udito il Pubblico Ministero nella persona del Sostituto Procuratore
Generale, dott. ROBERTO MUCCI, che ha chiesto il rigetto del
ricorso;

FATTI DI CAUSA

Il Comune di proponeva ricorso dinanzi al TAR
Lombardia domandando:

- in via principale, condannarsi il Fallimento della via Gramsci
s.r.l. all'esecuzione della bonifica dell'area standard ed al

successivo trasferimento dell'area in favore del Comune;

- in via subordinata, condannarsi il Fallimento al pagamento della somma di € 1.151.633,37 in favore del Comune, somma occorrente per la bonifica dell'area, ovvero alla maggiore o minore somma risultante in corso di causa, e, conseguentemente, pronunciarsi sentenza costituiva ex art. 2932 c.c. per il trasferimento della proprietà dell'area standard in favore del Comune medesimo.

Deduceva che le parti avevano stipulato una convenzione urbanistica riguardante l'attuazione del piano di lottizzazione denominato "PL C2", rimasta inadempita da parte della società intimata, quanto alla mancata bonifica di un'area che doveva essere poi ceduta gratuitamente al Comune.

Con sentenza n. 839/2021, il giudice adito ha accolto la domanda principale ed ha condannato il Fallimento a trasferire le aree promesse in cessione secondo quanto previsto nella convenzione, previa loro bonifica a cura e spese del Fallimento medesimo.

La sentenza era impugnata dal Fallimento, che ha reiterato l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice adito ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2 e lett. f), cod. proc. amm., trattandosi di obbligazioni derivanti da strumenti convenzionali ricompresi tra gli accordi sostitutivi di provvedimenti amministrativi ai sensi dell'art. 11 della legge 241 del 1990 in materia urbanistica ed edilizia, nonché le altre contestazioni mosse in primo grado.

Nella resistenza del Comune di _____ il Consiglio di Stato con la sentenza n. 1580 del 4 marzo 2022 ha rigettato l'appello.

Quanto all'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, sul presupposto che la domanda concerneva

obblighi di bonifica estranei al perimetro delle obbligazioni derivanti dalla convenzione di lottizzazione, così che la stessa riguardava diritti soggettivi e non interessi legittimi, la sentenza osservava che l'obbligo di bonifica era stato assunto in sede convenzionale dalla società originariamente *in bonis*, sia pure in via eventuale, ed era dunque divenuto parte di un più complesso regolamento convenzionale, dal quale scaturiscono le singole obbligazioni di adempimento. Inoltre la giurisprudenza amministrativa, in materia di convenzioni urbanistiche e di convenzioni di lottizzazione, è consolidata nel senso che il giudice amministrativo conosce anche dei diritti soggettivi, trattandosi di materia di giurisdizione esclusiva espressamente prevista dalla legge (art. 133, c.p.a.).

Quanto all'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per violazione del principio del *ne bis in idem*, il CDS osservava che parte appellante si era limitata a riprodurre sinteticamente l'eccezione senza svolgere alcuna critica al capo di sentenza con cui il Tar, nel respingere l'eccezione stessa, aveva argomentato nel senso dell'inopponibilità, rispetto ai giudizi ordinari, delle statuizioni rese dal giudice fallimentare con contenuto negatorio dell'inserimento di un credito nella massa passiva del fallimento.

Per un altro verso, invece, la decisione del giudice fallimentare (limitata al solo effetto del mancato inserimento del credito nella massa passiva) non ostava all'accertamento dell'esistenza del credito medesimo, anche eventualmente in una misura diversa o per un titolo giuridico diverso, essendo anzi precipuo interesse del creditore anche l'ammissione tardiva del credito.

Ad ogni modo, nel caso di specie ricorreva uno specifico titolo giuridico convenzionale sulla base del quale azionare le pretese

concernenti il preteso inadempimento rispetto alle obbligazioni reciprocamente assunte dalle parti stipulanti.

In merito al terzo motivo di appello, secondo cui sarebbe stato impossibile condannare il Fallimento ad un *facere* (nella specie, l'esecuzione degli obblighi di bonifica previsti in convenzione) che trova la propria origine in un credito o in un inadempimento anteriore alla dichiarazione di Fallimento, con la possibilità invece di invocare il potere di scioglimento del curatore di cui all'art. 72, del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, la sentenza rilevava che la soluzione del TAR era condivisibile, alla luce dell'indirizzo consolidato della giurisprudenza amministrativa, che, anche di recente, aveva ricostruito le obbligazioni concernenti l'obbligo di bonifica, in termini pubblicistici di obbligazioni *ex lege* (Ad. Plenaria n. 3/2021), e ciò anche in ragione del fatto che si trattava di obbligazioni convenzionali.

Era, poi, disatteso il motivo di appello relativo alla mancata evocazione in giudizio dei precedenti proprietari dell'area, non potendo agli stessi ascrivere la qualità di controinteressati, né essendo dato attribuire loro la qualità di garanti delle obbligazioni assunte dalla società fallita.

In ordine al quinto motivo, che investiva la legittimazione passiva del Fallimento rispetto alle domande di condanna formulate dal Comune, la sentenza reputava decisivo il rilievo per cui, nel caso all'esame, era inconferente il richiamo al principio "chi inquina paga" ed alle regole in materia di obblighi di bonifica dei suoli, in quanto il Comune aveva agito per l'esecuzione (non di obblighi di bonifica discendenti dalla legge, bensì) di un obbligo convenzionale volontariamente assunto dalla società, nella piena consapevolezza, quanto meno, della possibilità che la bonifica del

sito potesse rendersi necessaria prima della cessione delle aree a standard, essendo richiamata in convenzione la presenza *in loco* di una ex cava "ritombata".

In ordine al sesto motivo incentrato sul problema della scomputabilità delle somme già incamerate dal Comune a titolo di fidejussione, il CDS lo reputava inammissibile, in quanto la sentenza del Tar aveva condannato il Fallimento alla sola esecuzione delle opere di bonifica ed al successivo trasferimento delle aree a termini della convenzione, mentre aveva espressamente escluso il compimento delle opere di urbanizzazione concernenti le alberature, gli spazi a verde e il laghetto (art. 6 della convenzione), in quanto già garantito dall'escussione della fideiussione.

Quanto alla presunta "genericità" della domanda di condanna del Comune, si osservava che la società, allora *in bonis*, aveva spontaneamente assunto l'obbligo di bonificare l'area, sicché era sfornita di idoneo supporto la prospettazione dell'appellante per cui spetterebbe al Comune di provvedere ad un piano di caratterizzazione preliminare dell'area, trattandosi comunque di attività rientranti negli obblighi assunti dalla società con la sottoscrizione della convenzione.

Era, infine, disatteso anche l'ultimo motivo, con il quale si invocavano i principi eurounitari in materia di obbligo di bonifica da fatto illecito (danno ambientale), che non potevano attagliarsi alla vicenda in esame in cui vi era una assunzione di impegni contrattuali nell'ambito di un più ampio regolamento convenzionale, anziché del danno ambientale da fatto illecito.

Avverso la sentenza del Consiglio di Stato è stato proposto ricorso per cassazione dalla curatela del fallimento della Via Gramsci

S.r.l. sulla base di tre motivi.

Il Comune di _____ ha resistito con controricorso.

Le parti hanno depositato memorie in prossimità dell'udienza.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo si denuncia la violazione degli artt. 24, 113 e 103 Cost., degli artt. 7 e 133 del c.p.a., con difetto relativo di giurisdizione ed eccesso di potere per sconfinamento nella giurisdizione di merito del giudice fallimentare. Violazione del principio di unità della giurisdizione. Violazione dell'art. 25 Cost. e del principio del giudice naturale (art. 111, co. 8, Cost., art. 362 c.p.c. ed art. 110 c.p.a.).

Si evidenzia che, successivamente all'acquisto delle aree da parte della società, quest'ultima era stata dichiarata fallita dal Tribunale di Monza, e che il Comune aveva avanzato domanda di insinuazione al passivo, che però era stata disattesa dal GD, con provvedimento del 22 novembre 2016, che non era stato fatto oggetto di opposizione da parte dell'ente locale.

Solo a seguito di tale decisione è stato intrapreso il giudizio dinanzi al GA, così che si palesa erronea l'affermazione del CDS secondo cui non vi sarebbe il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

A tal fine si sottolinea il carattere negoziale delle obbligazioni scaturenti dalla convenzione conclusa con l'ente locale, per come deve reputarsi imposto dal dettato dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990, con il richiamo alle norme in materia di contratti ed ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti.

Ciò determina che la richiesta di adempimento di tali obblighi è attratta dalla competenza del giudice fallimentare, senza che possa assumere rilievo la diversa previsione di cui all'art. 133, co.

1, lett. a) ed f), del c.p.a., in quanto le obbligazioni oggetto di causa non derivano da un accordo integrativo o sostitutivo di un provvedimento amministrativo, ma sono frutto di un accordo privatistico.

In via subordinata, il mezzo di gravame deduce che, ove anche ipotizzabile la giurisdizione esclusiva, la stessa deve essere negata stante la *vis attractiva* della procedura concorsuale, alla quale aveva prestato adesione anche il Comune avanzando domanda di insinuazione al passivo.

Ne deriva che anche le obbligazioni oggetto del presente giudizio andavano fatte valere esclusivamente dinanzi al Tribunale che aveva dichiarato il fallimento, e ciò anche in considerazione della richiesta di condanna ad un *facere* della curatela.

Ancora, si evidenzia che l'intervenuto diniego dell'ammissione al passivo spiega efficacia preclusiva della successiva domanda avanzata dinanzi al TAR, e ciò in quanto, anche a voler ammettere che si potesse addivenire ad un'ammissione con riserva del credito assoggettato alla giurisdizione del GA, la mancata ammissione con tale modalità, con un provvedimento di diniego non impugnato in sede fallimentare, preclude comunque che la sentenza emessa possa poi essere fatta valere nei confronti della curatela.

2. Il motivo è in parte inammissibile ed in parte infondato.

Come già in passato affermato (cfr. Cass. S.U. n. 23542/2015), la nozione di eccesso di potere giurisdizionale costituisce categoria, di fonte giurisprudenziale, utile al fine di risolvere questioni di giurisdizione (con riferimento all'impugnativa di pronunce del Consiglio di Stato v. ex plurimis Cass., sez. un., 2 febbraio 2015, n. 1823; 23 dicembre 2014, n. 27341; 16 luglio 2014, n. 16239;

17 aprile 2014, n. 8993; 7 aprile 2014, n. 8056; 16 gennaio 2014, n. 774; e con riferimento all'impugnativa di pronunce della Corte dei conti v., altresì ex plurimis, Cass., sez. un., 29 ottobre 2014, n. 22951; 3 aprile 2014, n. 7847), che si colloca sul crinale della distinzione tra il settimo e l'ottavo comma dell'art. 111 della Costituzione.

Infatti, la generalità del sindacato di legittimità si coniuga con il regime differenziato delle pronunce di due giudici speciali di antica tradizione: l'ottavo comma dell'art. 111 Cost. prevede che contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione. Nel solco della distinzione tra il generale sindacato di legittimità del settimo comma dell'art. 111 ed il sindacato limitato alle questioni di giurisdizione si inserisce la categoria dell'eccesso di potere giurisdizionale e più in generale dei c.d. limiti esterni del potere giurisdizionale.

Tuttavia, la più recente elaborazione di questa Corte, a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale con la sentenza n. 6/2018, ha ristretto l'ambito applicativo di tale figura, affermandosi che (cfr. Cass. S.U. n. 27770/2020) in materia di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del limite esterno della giurisdizione - che l'art. 111, comma 8, Cost., affida alla Corte di cassazione - non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errori "*in iudicando*" o "*in procedendo*", senza che rilevi la gravità o intensità del presunto errore di interpretazione, il quale rimane confinato entro i limiti interni della giurisdizione amministrativa, considerato che l'interpretazione delle norme costituisce il "*proprium*" distintivo dell'attività giurisdizionale.

In tal senso va dato seguito a quanto affermato da Cass. S.U. n. 8588/2022, che ha ribadito che l'eccesso di potere giurisdizionale, denunziabile con il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione, va riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione - che si verifica quando un giudice speciale affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non possa formare oggetto in assoluto di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento) -, nonché di difetto relativo di giurisdizione, riscontrabile quando detto giudice abbia violato i c.d. limiti esterni della propria giurisdizione, pronunciandosi su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, ovvero negandola sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici, senza che tale ambito possa estendersi, di per sé, ai casi di sentenze "abnormi", "anomale" ovvero di uno "stravolgimento" radicale delle norme di riferimento. Sicché, tale vizio non è configurabile per *errores in procedendo o in iudicando*, i quali non investono la sussistenza e i limiti esterni del potere giurisdizionale dei giudici speciali, bensì solo la legittimità dell'esercizio del potere medesimo (tra le molte, successivamente alla sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale, cfr.: Cass., S.U., n. 7926/2019, Cass., S.U., n. 8311/2019, Cass., S.U., n. 29082/2019, Cass., S.U., n. 7839/2020, Cass., S.U., n. 19175/2020, Cass., S.U., n. 18259/2021; Cass. S.U. n. 37608/2022; Cass. S.U. n. 28954/2023).

Alla luce dei suddetti principi, si palesa evidentemente privo di fondamento il mezzo di impugnazione nella parte in cui invoca la

giurisdizione del GO sul presupposto che gli obblighi inadempiti avrebbero natura meramente privatistica, ed esulerebbero dal novero di quelli scaturenti da accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo, peraltro in materia urbanistica ed edilizia, come detto attribuiti alla giurisdizione esclusiva del GA ai sensi dell'art. 133 del c.p.a.

Al riguardo deve partirsi dall'accertamento operato dal CDS, secondo cui l'obbligo di curare la bonifica delle aree, di cui era stato previsto in convenzione il trasferimento al Comune, è parte integrante del regolamento scaturente dalla convenzione urbanistica intercorsa tra le parti in causa, così che la pretesa del ricorrente di assegnare a tale specifico obbligo un carattere autonomo rispetto a quelli posti in via principale dalla convenzione, oltre che non risultare supportata da un'adeguata censura alla soluzione ermeneutica del GA, appare finalizzato a contestare una valutazione del giudice amministrativo che appare incensurabile, alla luce del tenore delle previsioni convenzionali, che consentono effettivamente di annettere all'obbligo azionato in questo giudizio carattere meramente integrativo degli obblighi suscettibili di essere imposti in conseguenza dell'adozione del provvedimento in sostituzione del quale venne conclusa la convenzione *de qua*.

Una volta, quindi, ricondotta anche l'obbligazione oggetto della domanda del Comune tra quelle suscettibili di rientrare in un accordo di cui all'art. 11 della legge n. 241/1990, risulta incensurabile l'affermazione della sentenza gravata secondo cui sussiste la giurisdizione esclusiva del GA.

Questa Corte ha, anche di recente, affermato che in tema di riparto di giurisdizione, e pur dopo le modifiche apportate dalla l.

n. 15 del 2005 all'art. 11 l. n. 241 del 1990, spetta al giudice amministrativo la cognizione delle controversie relative agli accordi integrativi del contenuto di provvedimenti amministrativi in materia concessoria, poiché, come precisato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 179 del 2016, tali accordi costituiscono pur sempre espressione del potere discrezionale della P.A., anche se esercitato in via indiretta o mediata, e devono essere assoggettati al sindacato del giudice a cui appartiene la cognizione sull'esercizio di tale potere. (Cass. S.U. n. 27768 del 04/12/2020, nonché da ultimo, Cass. S.U. n. 7055 del 09/03/2023).

Il principio è stato poi ribadito con specifico riferimento al rispetto degli obblighi nascenti da convenzioni stipulate tra comuni ed altri enti, pubblici o privati, ex art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, del d.lgs. n. 104 del 2010, e correlati all'esecuzione di un accordo integrativo o sostitutivo di un provvedimento amministrativo, nella specie, in materia urbanistica (Cass. S.U. n. 6962 del 17/03/2017), ovvero nel caso in cui la convenzione urbanistica sia volta a disciplinare, con il concorso del privato proprietario dell'area, una delle possibili modalità di realizzazione delle opere di urbanizzazione necessarie per dare al territorio interessato la conformazione prevista dagli strumenti urbanistici (Cass. S.U. n. 19914 del 05/10/2016; in senso sostanzialmente conforme, Cass. S.U. n. 24419/2010; Cass. S.U. n. 24009/2007).

Così come del pari è stata riaffermata la giurisdizione esclusiva del GA, ai sensi delle citate norme, nell'ipotesi in cui la controversia abbia ad oggetto il risarcimento dei danni, od in subordine l'ingiustificato arricchimento, derivanti dall'inosservanza da parte di una società privata degli obblighi di un accordo di

programma stipulato tra enti pubblici, cui la prima aveva successivamente aderito, finalizzato alla bonifica ed al recupero di un'intera zona industriale, trattandosi di causa inerente all'esecuzione di un accordo da qualificarsi come integrativo o sostitutivo di provvedimenti amministrativi di tali enti, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, (Cass. S.U. n. 18192 del 29/07/2013).

Inoltre, e ciò rileva anche in vista della disamina del secondo motivo di ricorso, qualora il privato abbia sottoscritto un atto d'obbligo per il trasferimento di aree alla P.A. nell'ambito di un accordo di urbanizzazione, il giudice amministrativo può emettere la sentenza costitutiva ex art. 2932 cod. civ., pur non espressamente contemplata dagli artt. 29 e 30 cod. proc. amm., sia perché, a norma degli artt. 24, 103, 111 e 113 Cost., il giudice amministrativo, nelle controversie rimesse alla sua giurisdizione esclusiva, può erogare ogni forma di tutela del diritto soggettivo, sia perché, a norma degli artt. 11 e 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, agli accordi provvedimentali si applicano "i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti", come per l'appunto invocato da parte ricorrente (Cass. S.U. n. 4683 del 09/03/2015).

Tanto meno può configurare una questione di giurisdizione, nel senso sopra riportato, l'interferenza della domanda oggetto di causa con la contemporanea pendenza della procedura concorsuale in danno della società contraente.

Infatti, in disparte il pacifico concorso tra l'accertamento dei crediti in sede concorsuale e la giurisdizione esclusiva del giudice tributario per l'accertamento dei crediti vantati nei confronti del soggetto fallito, questa Corte, proprio traendo spunto dalle

conclusioni raggiunte in punto di rapporti con il giudice tributario, ha affermato che, nell'ipotesi in cui venga chiesta l'ammissione al passivo di un credito contestato nella sua esistenza, liquidità ed esigibilità, e le relative questioni siano devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (come nel caso di diritti ed obblighi derivanti da convenzioni di lottizzazione edilizia tra comune e privati), gli organi fallimentari sono tenuti a considerare il credito come condizionale, ai fini di ammissione con riserva, da sciogliersi all'esito della definizione del giudizio amministrativo, e ciò anche nel caso in cui, della questione di giurisdizione, vengano "*medio tempore*" investite le sezioni unite della Corte di Cassazione (Cass. n. 789 del 29/01/1999), soluzione questa poi successivamente ripresa anche in relazione ai rapporti con l'accertamento di crediti devoluti alla giurisdizione del giudice contabile (Cass. S.U. n. 11073 del 03/07/2012; Cass. S.U. n. 12370/2008), nonché in merito ai rapporti con la giurisdizione tributaria (Cass. S.U. n. 20545/2008; Cass. n. 37006/2022; Cass. n. 11199/2023).

Deve, quindi, escludersi che la pendenza di una procedura concorsuale spieghi efficacia attrattiva anche per le controversie devolute alla giurisdizione di un giudice speciale, né su tale conclusione può influire la circostanza che il Comune, proprio in vista della ammissione al passivo, se del caso con riserva, avesse avanzato un'istanza in tal senso, non potendosi da tale opzione inferire una, peraltro inammissibile, rinuncia alla giurisdizione del giudice speciale, a differenza di quanto invece è dato ricavare quanto al riparto fra giudice italiano e giudice straniero (Cass. S.U. n. 10219/2006) o in altri casi, previsti specificamente da norme sovranazionali (art. 23, Reg. CE 44/2001; vedi Cass. S.U.

n. 8895/2017) o convenzioni internazionali (es. art. 17, Convenzione Bruxelles, 27.9.1968).

Non appare poi pertinente, come anche sottolineato dal Pubblico Ministero, il principio che afferma l'inammissibilità del motivo di appello con il quale si contesti la giurisdizione, per la parte che abbia adito quel giudice e sia risultato, poi, soccombente nel merito, atteso che lo stesso si fonda, non sulla precedente accettazione della giurisdizione, bensì sul difetto di soccombenza su tale punto (Cass. Sez. un., 31754/2019; 6281/2019; 33685/2018; 122439/2018; 309/2017; 21260/2016), così che se risulta inammissibile l'impugnazione per difetto del presupposto della soccombenza, non è però impedita la facoltà di adire altro giudice ritenuto dotato di giurisdizione da parte di quello stesso attore che aveva in precedenza fatto ricorso ad altro giudice.

In relazione al diverso profilo della mancata impugnazione del rigetto della richiesta di insinuazione al passivo, ed alla sua efficacia preclusiva, occorre, in primo luogo, sottolineare come la sentenza impugnata abbia evidenziato che l'analoga censura mossa in sede di appello fosse del tutto generica, il che ne determinava la sostanziale inammissibilità (affermazione questa non specificamente censurata).

Ma anche in relazione al profilo della preclusione, pur a fronte di un diniego di ammissione al passivo, alla coltivazione della domanda dinanzi al giudice munito di giurisdizione, il motivo di ricorso, pur nella consapevolezza del pacifico orientamento di questa Corte, che nega rilevanza esterna al provvedimento emesso dal GD, sul presupposto della sua valenza preclusiva solo in sede endofallimentare (cfr. ex multis, Cass. n. 27709 del 03/12/2020; Cass. n. 11808 del 12/04/2022; Cass. n.

3957/2018; Cass. n. 12638 del 09/06/2011), insiste su tale preteso effetto preclusivo derivante dal diniego di ammissione, con la conseguente impossibilità di poter far poi valere il giudicato formatosi in senso favorevole al Comune dinanzi al GA.

Trattasi, però, di questione che evidentemente esula da quelle idonee a rientrare tra quelle di giurisdizione, in quanto investe, non già il profilo della sussistenza della *potestas iudicandi* in capo ad un plesso giurisdizionale, secondo quanto previsto dalla legge, ma la possibilità che della pronuncia emessa la parte beneficiaria possa trarre effettiva utilità in sede concorsuale.

3. Il secondo motivo di ricorso denuncia la violazione degli art. 24, 113 e 103 Cost., nonché degli art. 7 e 133 del c.p.a., con violazione dei limiti esterni della giurisdizione per eccesso di potere per sconfinamento nella potestà del legislatore. Violazione dell'art. 133 c.p.a. e difetto relativo di giurisdizione per sconfinamento nella giurisdizione di merito del giudice fallimentare (art. 111 co. 8, Cost., e 110 c.p.a.).

Si lamenta che siano stati disattesi i motivi di appello con i quali si faceva valere l'inammissibilità di una condanna ad un *facere* nei confronti della curatela (quanto all'obbligo di eseguire la bonifica delle aree da trasferire al Comune).

Si sottolinea che il richiamo in sentenza ai principi affermati dall'Adunanza Plenaria del CDS nella decisione n. 3 del 2021 evidenzia l'invasione da parte del GA delle prerogative del potere legislativo.

Pur tenendo conto delle differenze tra la vicenda in esame e quella deliberata dall'Adunanza Plenaria (posto che nel caso oggetto del ricorso in esame si tratta di obbligo di bonifica assunto in via contrattuale), l'interpretazione delle norme, nel senso di reputare

ammissibile una condanna della curatela ad eseguire la bonifica, implicherebbe una valutazione comparativa tra gli interessi pubblici e quelli della massa dei creditori, compito che invece compete al legislatore.

In tal modo viene individuata in capo al curatore una responsabilità di tipo oggettivo, scelta che anche in questo caso non potrebbe che essere rimessa alla legge, e non al giudice.

Infine, anche a voler valorizzare la natura convenzionale dell'obbligo di bonifica, la sentenza impugnata non avrebbe tenuto conto della scelta del curatore di sciogliersi dalla convenzione ai sensi dell'art. 72 l. fall., scelta che deve invece reputarsi ammissibile per l'obbligo di bonifica, che non rientra tra quelli afferenti alle opere di urbanizzazione, ma costituisce un obbligo di natura meramente privatistica, per il quale va preservata la possibilità del curatore di liberarsene.

4. Anche tale motivo deve essere disatteso.

Ed, infatti, nel richiamare quanto sopra evidenziato circa l'ammissibilità per il GA, in sede di giurisdizione esclusiva, di emettere anche sentenze di condanna ad un *facere* nei confronti del privato (e quindi anche della curatela), deve escludersi che la condanna alla bonifica delle aree da trasferire al Comune involga una questione di giurisdizione, nei termini sopra riportati.

Il CDS ha, infatti, richiamato il principio affermato da Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 26 gennaio 2021, n. 3, a mente del quale ricade sulla curatela fallimentare l'onere di ripristino e di smaltimento dei rifiuti di cui all'art. 192 d.lgs. n. 152-2006 gravando i relativi costi sulla massa fallimentare, che ha altresì sottolineato come tale conclusione è conforme sia al diritto interno che al diritto comunitario - direttiva n. 2008/98/CE - così

che il curatore, quale gestore dei beni immobili inquinati, ha l'obbligo di provvedere alla bonifica dei terreni di cui acquisisce la detenzione per effetto dell'inventario ex artt. 87 e ss. L.F., a prescindere dall'accertamento dell'esistenza di un nesso di causalità tra la condotta e il danno, ed ha, al riguardo, altresì precisato che in caso di mancanza di risorse in capo alla procedura si attivano i medesimi strumenti ordinari azionabili laddove il soggetto obbligato (fallito o meno, imprenditore o meno), che versi in una tale situazione, non vi provveda.

Pur a voler ipotizzare che tale regola, nella sua absolutezza, possa porsi in parte in contrasto con quanto di recente precisato da queste Sezioni Unite (Cass. S.U. n. 3077/2023, secondo cui a carico del proprietario/gestore del sito inquinato che non abbia direttamente causato l'inquinamento, non può essere imposto l'obbligo di eseguire le misure di messa in sicurezza di emergenza (c.d. "m.i.s.e.") e di bonifica, in quanto gli effetti in capo al proprietario incolpevole sono limitati a quanto previsto dall'art. 253 c. amb. in tema di oneri reali e privilegi speciali immobiliari, possedendo le misure anzidette una connotazione ripristinatoria di un danno già prodottosi che le rende non assimilabili alle misure di prevenzione che, viceversa, il proprietario del sito è obbligato ad assumere in quanto idonee a contrastare un evento recante una minaccia imminente per la salute o per l'ambiente, intesa come rischio sufficientemente probabile; ne consegue che al proprietario che non abbia causato l'inquinamento sono, altresì, inapplicabili i criteri di imputazione della responsabilità di cui agli artt. 2050 e 2051 c.c., dal momento che la disciplina definita nella parte quarta del c. amb. per la bonifica dei siti contaminati ha carattere di specialità rispetto alle norme del codice civile,

contemplando, a tale proposito, la specifica posizione del proprietario/gestore incolpevole e trovando applicazione nei confronti del responsabile dell'inquinamento (in base al principio "chi inquina paga" di cui alla Direttiva 2004/35/CE), a titolo di dolo o colpa, con la conseguenza che l'obbligo di adottare le misure utili a fronteggiare la situazione di inquinamento rimane unicamente a carico di colui che di tale situazione sia stato responsabile per avervi dato colposamente o dolosamente causa, non potendosi addossare al proprietario incolpevole dell'inquinamento alcun obbligo né di bonifica, né di messa in sicurezza), va però evidenziato che trattasi di precisazione, quella da ultimo riportata nella massima richiamata, che non appare suscettibile di trovare applicazione nella vicenda in esame, in cui l'obbligo di bonifica non viene fatto discendere direttamente dalla legge, ma da un impegno espressamente assunto in via convenzionale.

Oltre a doversi ribadire che la pretesa del ricorrente di scorporare tale obbligazione dalle altre assunte con l'accordo concluso con il Comune è frutto di una personale valutazione, espressamente disattesa dal CDS, così che la denuncia di erroneità della conclusione del GA vale a denunciare un *error in iudicando*, insuscettibile di determinare l'insorgenza di una questione di giurisdizione, la pretesa erroneità della ammissibilità di una condanna della curatela ad eseguire la bonifica implica analogamente una denuncia di un *error in iudicando*. In tal senso rileva che il principio affermato dal GA non può essere inquadrato tra le ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore, atteso che nel caso in esame non può sostenersi che il giudice speciale abbia

applicato, non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete, essendosi piuttosto limitato ad interpretare il quadro normativo di riferimento, in quanto reputato suscettibile di estendere la possibilità di condanna all'esecuzione delle opere di bonifica anche nei confronti della curatela fallimentare, conclusione questa che, ove anche in astratto reputata erronea, potrebbe al più configurare un *error in iudicando*, ma non una violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa.

La medesima sorte accomuna poi anche l'ulteriore censura che investe l'impossibilità per il curatore di potersi avvalere della facoltà di cui all'art. 72 l. fall., avendo il CDS aderito al proprio orientamento maggioritario che, appunto, esclude che possa invocarsi la norma in questione per consentire al curatore di potersi sciogliere dalle obbligazioni scaturenti anche da convenzioni urbanistiche, assunte ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241/1990.

Nella giurisprudenza amministrativa è, infatti, divenuto prevalente l'orientamento a mente del quale (cfr. Consiglio di Stato sez. IV, 12/07/2018, n. 4251) il curatore fallimentare non ha il potere di sciogliersi da una convenzione in precedenza stipulata dalla società fallita, in quanto, anche a voler riconoscere la "ratio" derogatoria dell'art. 72 l. fall., che è indubbiamente quella di non penalizzare oltremodo gli interessi del ceto creditorio dal possibile "vulnus" derivante dalla necessità del curatore fallimentare di far fronte agli impegni contrattuali assunti dal fallito precedentemente alla dichiarazione di fallimento, tali esigenze non possono essere enfatizzate fino al punto da riconoscere al curatore il detto potere, posto che in tal modo verrebbe attribuita

una posizione peggiore agli interessi della massa creditoria rispetto a quelli sottesi all'esecuzione di una prestazione dettata dall'interesse pubblico, come tale ascrivibile alla più ampia collettività degli amministrati (in senso analogo, T.A.R. Catania, (Sicilia) sez. II, 11/02/2020, n.323, che sottolinea come la convenzione urbanistica, in quanto contratto ad oggetto pubblico, presenta un "contenuto contrattuale" sostanzialmente definito dalla legge e dagli atti di pianificazione, di modo che non può configurarsi una "autonomia", e dunque una "disponibilità" delle obbligazioni assunte con la convenzione da parte dell'amministrazione, in particolare per ciò che riguarda gli aspetti patrimoniali; TAR Bari (Puglia), sez. I, 4 giugno 2013, n. 899; T.A.R. Genova, (Liguria) sez. I, 11/02/2011, n.264).

La critica della ricorrente, oltre che incentrarsi sulla necessità di dover scindere l'obbligo di provvedere alla bonifica delle aree dalle altre obbligazioni scaturenti dalla convenzione, il cui contenuto sarebbe conformato dalla stessa legge, sicché per quella in esame rimarrebbe ferma la radice privatistica, e quindi la facoltà di cui all'art. 72 l. fall., affermazione questa che però risulta negata dal giudice amministrativo con pronuncia, come detto, non censurabile in questa sede, risulta però anche in questo caso volta alla denuncia di un preteso *error in iudicando*, e precisamente in ordine all'interpretazione dei limiti posti dalla legge fallimentare ed al suo ambito di applicazione, senza che però l'errore, ove anche sussistente, possa reputarsi in grado di evidenziare un'invasione da parte del GA nella sfera riservata al legislatore.

5. Il terzo motivo denuncia la violazione degli artt. 24, 113 e 103 Cost., degli artt. 7 e 133 del c.p.a., stante il diniego di

giurisdizione per omessa rimessione della questione interpretativa alla Corte di Giustizia.

Si rileva che, essendo stato reputato possibile addivenire alla condanna del curatore all'esecuzione della bonifica delle aree, risultano altresì violate le regole comunitarie in materia di inquinamento ambientale, ponendosi il relativo obbligo a carico di chi non sia responsabile della contaminazione del sito.

Il CDS ha omesso, tuttavia, di sollevare la questione pregiudiziale della compatibilità della regola imposta con le norme comunitarie eludendo così la domanda di giustizia avanzata dalla curatela.

Inoltre, la soluzione raggiunta dal giudice amministrativo viene di fatto a determinare una dilatazione dei tempi di definizione della procedura concorsuale, in contrasto del pari con la disciplina comunitaria che mira alla massima efficienza delle procedure *de quibus* ed al loro rapido espletamento.

Il motivo è inammissibile.

Come questa Corte ha già avuto modo di precisare, la negazione in concreto di tutela alla situazione soggettiva azionata, determinata dall'erronea interpretazione delle norme sostanziali nazionali o dei principi del diritto europeo da parte del Giudice amministrativo, non concreta un eccesso di potere giurisdizionale per omissione o rifiuto di giurisdizione, tale da giustificare il ricorso ai sensi dell'art. 111, ottavo comma, Cost., dal momento che l'interpretazione delle norme di diritto costituisce il *proprium* della funzione giurisdizionale, e non può quindi integrare di per sé sola la violazione dei limiti esterni della giurisdizione, che si verifica invece nella diversa ipotesi di affermazione, da parte del giudice speciale, che quella situazione soggettiva è in astratto priva di tutela per difetto assoluto di giurisdizione (cfr. Cass., Sez.

Un. 19/12/2018, n. 32773; 6/06/2017, n. 13976; 3/07/2012, n. 11075). Nell'ambito della giurisdizione amministrativa, spetta d'altronde al Consiglio di Stato, in qualità di giudice di ultima istanza, il compito di garantire, nello specifico ordinamento di settore, la conformità del diritto interno a quello dell'Unione Europea, se del caso avvalendosi del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, mentre l'eventuale lesione del principio di effettività della tutela, derivante da decisioni adottate dal Giudice amministrativo in pregiudizio di situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto dell'Unione, può essere fatta valere con altri strumenti, attivabili a fronte di una violazione del diritto comunitario che risulti grave e manifesta (cfr. Cass., Sez. Un., 17/12/2018, n. 32622; 17/11/2015, n. 23460; 4/02/2014, n. 2403).

Peraltro, il principio più volte confermato da queste Sezioni Unite (Cass., S.U., n. 30301/2017; Cass., S.U., n. 7839/2020; Cass., S.U., 21641/2021), circa l'insindacabilità da parte della Corte di cassazione, ex art. 111, ottavo comma, Cost., delle violazioni del diritto dell'Unione europea e del mancato rinvio pregiudiziale ascrivibili alle sentenze pronunciate dagli organi di vertice delle magistrature speciali (nella specie, il Consiglio di Stato) è stato ritenuto compatibile con il diritto dell'Unione, come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale ed europea, in quanto correttamente ispirato ad esigenze di limitazione delle impugnazioni, oltre che conforme ai principi del giusto processo ed idoneo a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, tenuto conto che è rimessa ai singoli Stati l'individuazione degli strumenti processuali per assicurare tutela ai diritti riconosciuti dall'Unione.

Trattasi di affermazioni che hanno poi ricevuto l'avallo da parte della stessa Corte di Giustizia U.E. con la sentenza 21 dicembre 2021, C-497/20, Randstad, emessa proprio sul rinvio pregiudiziale disposto dall'ordinanza n. 19598/2020 di queste Sezioni Unite, sentenza che ha ritenuto non contrastante con il diritto dell'Unione una disposizione del diritto interno di uno Stato membro che, secondo la giurisprudenza nazionale, precluda la possibilità di contestare, nell'ambito di un ricorso dinanzi all'organo giurisdizionale supremo di detto Stato membro, la conformità al diritto dell'Unione di una sentenza del supremo organo della giustizia amministrativa (cfr. anche Cass., S.U., n. 1454/2022; Cass. S.U. n. 1996/2022; Cass. S.U. n. 5121/2022; Cass. S.U. n. 11455/2022; Cass. S.U. n. 11547/2022; Cass. S.U. n. 11549/2022; Cass. S.U. n. 970/2023).

Da ultimo, queste Sezioni Unite con la decisione n. 25503/2022, nel definire il procedimento che aveva occasionato la citata ordinanza interlocutoria n. 19598/2020, hanno preso atto dell'arresto della Corte di Giustizia, e tenuto conto dei limiti posti alla denuncia del vizio di eccesso di potere giurisdizionale, quali segnati dalla citata sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 (che, dichiarando inammissibile una questione di costituzionalità proposta dalle stesse Sezioni Unite per difetto di rilevanza, aveva ritenuto ingiustificato il controllo cassatorio sulle sentenze del Consiglio di Stato, nei casi di violazione di norme dell'Unione, come interpretate dalla Corte di Giustizia), hanno reputato il relativo motivo inammissibile.

6. Il ricorso deve quindi essere rigettato.

7. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

8. Poiché il ricorso è rigettato, sussistono le condizioni per dare atto – ai sensi dell’art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge di stabilità 2013), che ha aggiunto il comma 1-quater dell’art. 13 del testo unico di cui al d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 - della sussistenza dell’obbligo di versamento, da parte del ricorrente di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso;

Condanna parte ricorrente al rimborso delle spese del presente giudizio in favore del controricorrente che liquida in complessivi € 18.200,00, di cui € 200,00 per esborsi, oltre spese generali pari al 15 % sui compensi ed accessori di legge;

Ai sensi dell'art. 13, comma 1 - quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17, della legge n. 228 del 2012, dichiara la sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13, se dovuto.

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del 7 novembre