

LE RESPONSABILITA' DEL CURATORE IN CASO DI ABBANDONO RIFIUTI:

*Sentenze contrastanti o diversi valori costituzionali in
gioco?*

Giacomo Vivoli

Abstract

Nel contributo vengono analizzate le posizioni che la giurisprudenza ha assunto nei confronti del curatore fallimentare in caso di abbandono rifiuti derivanti dalla precedente attività dell'impresa fallita; rispetto a posizioni oscillanti della giurisprudenza, il contributo cerca di offrire una prospettiva più ampia che si fonda sui diversi valori costituzionali che possono e in alcuni casi impongono posizioni differenziate.

Abstract

The article analyzes the different stances that the jurisprudence has taken on the official receiver, in case he deals with waste abandonment originated from previous operations of the bankrupt company; because of varying stances present in the jurisprudence, the article seeks to offer a broader perspective founded on the different constitutional values that can consequently result, and in some cases force, different stances.

SOMMARIO: **1.** Introduzione e delimitazione dell'analisi giuridica; **2.** Le peculiarità della figura del curatore nella giurisprudenza ordinaria; **3.** Il curatore come soggetto subentrante; **4.** Il curatore come soggetto detentore dei rifiuti; **5.** Il caso dell'amianto; **6.** Conclusioni.

1. Introduzione e delimitazione dell'analisi del contributo

In materia di rifiuti la posizione dei soggetti che risultano incolpevoli rispetto alla loro produzione ma che per diversi motivi hanno una “prossimità” con i rifiuti stessi è stata da tempo oggetto di numerose pronunce¹, nonché di documenti di prassi²; tuttavia in virtù anche delle multiformi sfaccettature cui la realtà fattuale può presentarsi, in alcuni casi la giurisprudenza, specie amministrativa, è ancora alla ricerca di un approdo sicuro.

Non è intenzione del presente contributo analizzare l'ampia questione generale quanto invece limitare la trattazione alle responsabilità del curatore fallimentare a fronte di abbandono rifiuti che siano il risultato del ciclo di produzione passato dell'impresa o, comunque, davanti a situazioni in cui in nessun modo lo stato di abbandono sia imputabile a comportamenti attivi del curatore. Fissato così il perimetro principale dell'indagine si segnalano però due sconfinamenti.

1 Il più noto è il caso del proprietario del terreno non responsabile dell'inquinamento in presenza delle condizioni che impongono la bonifica. Cfr. Sentenza CGUE causa C-534/13 del 2015. G.ATZORI, *Chi (non) inquina paga? La giurisprudenza più recente sugli obblighi del proprietario incolpevole*, *Ambiente & Sviluppo*, n. 10/2015, pp. 557-564; F.GRASSI, *La Corte di Giustizia conferma che sul proprietario “incolpevole” non grava l'obbligo di effettuare le attività di bonifica*, *Riv. Quadr. di diritto dell'ambiente*, n. 1/2015, pp. 206-229; E. MASCHIETTO, *La Corte di Giustizia dell'Unione europea conferma la compatibilità della disciplina italiana sul “proprietario incolpevole” dell'inquinamento con i principi comunitari in materia ambientale*, *Riv. giur. ambiente*, n. 1/2015, pp. 33-41 B.POZZO, *Misure di riparazione del danno ambientale in capo al proprietario non colpevole e applicazione ratione temporis della direttiva 2004/35: note a margine della recente sentenza 4 marzo 2015, nella causa C-534/13*, *Riv. giur. ambiente*, n. 1/2015, pp. 41-46.

2 Si veda ad esempio la nota del MATTM del 23 gennaio 2018 emessa dalla Divisione III - Bonifiche e risanamento.

In primis l'analisi e le considerazioni possono travalicare strettamente l'ambito dell'abbandono rifiuti (art. 192 del TUA) ed entrare nella contigua³ disciplina della bonifica siti contaminati ex artt. 229 e ss del TUA.

Tale invasione di campo diventa a volte quasi inevitabile in quanto non è raro che i contenuti ed i richiami nelle ordinanze sindacali e delle sentenze oscillino e, in alcuni casi, confondano⁴ le due discipline che hanno una loro ben precisa differenza ontologica chiaramente esplicitata anche sul piano normativo⁵.

Il secondo sconfinamento riguarda l'estensione dello studio anche al caso di presenza di materiali contenenti amianto che quasi mai rappresentano il risultato del ciclo di produzione passato dell'impresa e la cui natura di rifiuti presenta profili decisamente peculiari.

3 E' evidente che le due discipline mantengono dei punti in comune vista la loro funzione di strumenti entrambi a tutela dell'ambiente e strutturate per affrontare una situazione di inquinamento; tali comunanze aumentano se dal puntuale si risale ai principi generali della disciplina, basti pensare al principio di derivazione unionale chi inquina paga; tuttavia le due discipline mantengono approcci, logiche e regole di risoluzione dei casi profondamente diverse e l'analisi giuridica deve pertanto mantenerle separate; sia sufficiente richiamare da un lato il contenuto dell'art. 239 co. 2 del TUA dove chiaramente viene esplicitato che le disposizioni del titolo V sulla bonifica di siti contaminati non si applicano all'abbandono dei rifiuti e dall'altro, a valle del sistema della bonifica, lo strumento della costituzione dell'onere reale previsto dall'art. 253 per gli interventi effettuati d'ufficio dall'autorità competente che non trova spazio nel caso dell'abbandono rifiuti ex art 192 del TUA. L'istituto dell'onere reale è finalizzato a costituire una garanzia reale a tutela del recupero delle spese di bonifica sostenute dalla pubblica amministrazione nell'ipotesi, tutt'altro che marginale, che il responsabile dell'inquinamento non venga individuato oppure, anche se individuato, non provveda o non riesca a farlo per in capienza economico patrimoniale; sotto altro punto di vista evita un ingiusto arricchimento per il proprietario del terreno che, seppur incolpevole, vedrebbe un ingiusto incremento del proprio patrimonio ottenuto con uso di risorse pubbliche (ex multis Consiglio di Stato, sent. 5580 del 6 agosto 2019); inoltre tale separazione tra abbandono e bonifica non deve far dimenticare di quanto le due situazioni possano comunque essere connesse in quanto il primo può essere la condizione per cui si concretizza la seconda; difatti, sempre l'art. 239 co. 2 del TUA precisa che se a seguito della rimozione, avvio a recupero, smaltimento dei rifiuti abbandonati o depositati in modo incontrollato, viene accertato il superamento dei valori di attenzione, si dovrà procedere alla caratterizzazione dell'area ai fini degli eventuali interventi di bonifica e ripristino ambientale.

4 A titolo esemplificativo la recente sentenza del Consiglio di Stato del 6 agosto 2019, n. 5580 da un lato, in premessa, precisa come l'amministrazione comunale abbia adottato una ordinanza di bonifica ex art. 17 co. 3 D.Lgs. 22/1997 e non di abbandono rifiuti ex art. 14 del D.Lgs. 22/199 per poi però affermare, a quel punto in maniera contraddittoria, che: «nessun ordine di ripristino può essere imposto dal Comune alla curatela fallimentare quale mera responsabilità di posizione in assenza dell'individuazione di una univoca, autonoma e chiara responsabilità del curatore stesso sull'abbandono dei rifiuti». I due riferimenti normativi citati fanno riferimento al quadro normativo precedente al D.Lgs. 152/2006 ma ciò non rileva ai fini delle considerazioni in quanto, peraltro, le due discipline non hanno subito sostanziali modifiche nel nuovo testo.

5 Infatti l'art. 239 co. 2 relativo alla bonifica dei siti contaminati stabilisce chiaramente che le disposizioni del titolo V della parte IV del D.Lgs. 152/2016 non si applica all'abbandono dei rifiuti.

Questo approfondimento assume rilevanza in quanto utile a supportare quello che è lo scopo principale del contributo: tentare di offrire una chiave di lettura unificante sul piano dei valori costituzionali a quelle che possono sembrare posizioni giurisprudenziali contraddittorie.

2. Le peculiarità della figura del curatore nella giurisprudenza ordinaria

Nell'affrontare la delicata questione, il primo elemento di ordine logico è quello di attribuire alla posizione ricoperta dall'organo preposto alla procedura concorsuale⁶ il corretto inquadramento giuridico⁷.

6 Per semplicità espositiva si farà riferimento da ora in poi al fallimento in quanto procedura che si presenta con maggior casistica; le considerazioni trovano piena valenza anche per la liquidazione coatta amministrativa in quanto, salvo alcuni aspetti procedurali non rilevanti ai fini della questione analizzata, il curatore fallimentare ed il commissario liquidatore sono figure pressoché analoghe. In tal senso con la sentenza Tar Trento 9 marzo 2018, n. 56 è stato recentemente chiarito che «...sul piano normativo, non vi è motivo per differenziare la posizione del commissario liquidatore nell'ambito della procedura di liquidazione coatta amministrativa da quella del curatore fallimentare. Difatti, come puntualmente evidenziato dal ricorrente, dal confronto tra la disposizione dell'art. 214 della legge fallimentare...e quella dell'art. 31 della medesima legge... si evince che il commissario liquidatore - al pari del curatore del fallimento - non essendo né rappresentante, né successore della società in liquidazione, ma terzo subentrante nell'amministrazione del suo patrimonio per l'esercizio di poteri conferitogli dalla legge, non è destinatario di specifici obblighi di sorveglianza del patrimonio stesso».

7 Il curatore ai sensi dell'art. 31 della L.F. «ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare e compie tutte le operazioni della procedura sotto la vigilanza del giudice delegato o del comitato dei creditori» e per quanto attiene l'esercizio delle funzioni è pubblico ufficiale. Come noto con il D.Lgs. n. 14 del 12 gennaio 2019 è entrato in vigore il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza destinato a sostituirsi alla vecchia legge fallimentare; nel presente contributo si farà riferimento sempre alla procedura del fallimento e non alla nuova procedura della liquidazione giudiziale d'impresa; tuttavia ciò non sembra porre molti problemi di coordinamento con il nuovo testo in quanto da un lato in quest'ultimo non c'è l'introduzione di alcuna norma specifica sulla gestione dei rifiuti e dall'altro, per gli articoli della L.F. utili ai fini del presente lavoro, a parte modifiche terminologiche formali, il nuovo testo non presenta alcuna innovazione rispetto a quello previgente; ad esempio il nuovo art. 133 intitolato gestione della procedura - in stretta comunanza con l'art. 31 della L.F. - riporta che il curatore ha l'amministrazione del patrimonio compreso nella liquidazione giudiziale e compie tutte le operazioni della procedura rientranti nell'ambito delle sue funzioni sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori. Nel valutare la posizione del curatore vanno considerate anche la facoltà di cui dispone nel gestire i rapporti che alla data del fallimento risultano ancora in essere (art. 72 L.F.) e, seppur non regola ricorrente, la possibilità di richiedere al giudice lo svolgimento dell'esercizio provvisorio con il quale viene, eventualmente, autorizzata la prosecuzione dell'attività. Ai sensi dell'art. 109 della L.F. con la sentenza dichiarativa del fallimento, il tribunale può disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, se dalla interruzione può derivare un danno grave, purché non arrechi pregiudizio ai creditori. Inoltre, successivamente, su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza, con decreto motivato, la continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, fissandone la durata. Anche su questo aspetto il D.Lgs. n. 14/2019 non risulta

Anche se le oscillazioni più evidenti, come vedremo, sono rilevabili nella giurisprudenza amministrativa si ritiene opportuno comunque analizzare, seppur sinteticamente, le posizioni assunte nel tempo da quella civile e penale anche in funzione della loro reciproca influenza e circolarità.

Sul piano civilistico una prima posizione è rintracciabile sin dalla sentenza della Corte di Cassazione 5 aprile 1974, n. 955 nella quale viene chiarito come il curatore del fallimento *«quale organo investito di una pubblica funzione nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, svolge un'attività distinta da quella del fallito o dei creditori, ed agisce imparzialmente non in rappresentanza o in sostituzione del fallito o dei creditori, ma per far valere, di volta in volta, e sempre nell'interesse della giustizia, le ragioni dell'uno o degli altri o della massa attiva fallimentare»*.

Con la sentenza del 23 giugno 1980, n. 3926 fu precisato che il curatore, pur potendo succedere a specifiche posizioni negoziali del fallito ex art. 72 della L.F., non è, come regola generale, *«rappresentante, né successore del fallito, ma terzo subentrante nell'amministrazione del suo patrimonio»* per l'esercizio dei poteri che gli sono stati conferiti dalla legge.

Tale posizione viene confermata nella successiva sentenza del 14 settembre 1991 n. 9605 dove viene così osservato: *«Il fatto che alla curatela sia affidata l'amministrazione del patrimonio del fallito, per fini conservativi predisposti alla liquidazione dell'attivo ed alla soddisfazione paritetica dei creditori, non comporta affatto che sul curatore incomba l'adempimento di obblighi facenti carico originariamente all'imprenditore, ancorché relativi a rapporti tuttavia pendenti all'inizio della procedura concorsuale. Al curatore competono gli adempimenti che la legge (sia esso il R.D. 16/03/1942, n. 267, siano esse leggi speciali) gli attribuisce e tra essi non è ravvisabile alcun obbligo generale di subentro nelle posizioni giuridiche passive di cui era onerato il fallito»*. Ed ancora chiaramente *«poiché il curatore, nell'espletamento della pubblica funzione, non si pone come successore o sostituto necessario del fallito, su di lui non incombono né gli obblighi dal fallito*

innovativo in quanto i commi 2 e 3 dell'art. 211, ricalcando il testo precedente, dispongono rispettivamente che *«con la sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale, il tribunale autorizza il curatore a proseguire l'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, se dall'interruzione può derivare un grave danno, purché la prosecuzione non arrechi pregiudizio ai creditori»* oppure che *«successivamente, su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza, con decreto motivato, l'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, fissandone la durata»*.

inadempiti volontariamente o per colpa, né quelli che lo stesso non sia stato in grado di adempiere a causa dell'inizio della procedura concorsuale».

E' opportuno precisare che le sentenze sin qui succintamente richiamate non trattavano casi legati alla gestione dei rifiuti; nonostante ciò esse mantengono intatte ancora oggi la loro portata giuridica in quanto affrontavano comunque la posizione di legittimazione passiva del curatore che risulta un nodo cruciale della questione.

La loro attualità trova conferma nel fatto che vengono ancora citate a supporto di posizioni giurisprudenziali molto recenti.

A titolo esemplificativo, recentemente e specificatamente nell'ambito dei rifiuti, è da segnalare una recente decisione del tribunale di Milano del 2017⁸ che - citando proprio anche la sentenza Cass. Civ., Sez. I, 23/06/1980, n. 3926 - ha escluso la responsabilità del curatore quale soggetto obbligato alla gestione dei rifiuti prodotti dall'impresa fallita in quanto non è né l'autore della condotta di abbandono incontrollato del rifiuto, né l'avente causa a titolo universale del soggetto inquinatore in quanto la società dichiarata fallita conserva la propria soggettività giuridica e rimane titolare del proprio patrimonio.

Dalla breve analisi condotta è osservabile che la giurisprudenza civile non ha mai esitato nel sancire una netta demarcazione tra società *in bonis* e curatela fallimentare e nel ritenere, quindi, non possibile qualificare la seconda quale soggetto subentrante della prima (se non nel senso di subentrante nell'amministrazione del patrimonio); tale posizione determina, di conseguenza, la carenza di legittimazione passiva del curatore e quindi l'illegittimità di ogni ordinanza emessa dalla pubblica amministrazione con la quale si richiedono obblighi di rimozione di rifiuti ex art. 192 del D.Lgs. 152/2006.

Passando al piano penale la Corte di Cassazione, sez. III ha affrontato la responsabilità del curatore fallimentare nella gestione dei rifiuti dell'impresa fallita nella sentenza del 1 ottobre 2008 n. 37282⁹.

⁸ Decreto 8 giugno 2017, Tribunale di Milano - sez. fallimentare.

⁹ A.COVIELLO, *Abbandono dei rifiuti e responsabilità del curatore fallimentare*, Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente, 2009, fasc. n. 5, p. 343-345; F.PERES, *La responsabilità del curatore per l'abbandono dei rifiuti prodotti dall'impresa fallita*, Riv. giur. Ambiente, n. 1/2009, p. 180 e ss. Quest'ultimo segnala la precedente sentenza del 14 dicembre 2004, n. 48061 dove la Corte di Cassazione, sez III penale aveva riconosciuto la responsabilità del curatore fallimentare rilevando che «*nel merito esisteva la prova che l'area in questione era stata sgomberata da rifiuti e materiali riscontrati nei precedenti sopralluoghi (nota del NOE n. 11/05 del 3 ottobre 2000) e comunque la società S. era fallita a partire dal 26 gennaio 1999, sicchè la responsabilità nella custodia gravava sul curatore fallimentare*».

Il caso era il seguente: il tribunale di Cosenza, in sede di riesame, aveva confermato il sequestro preventivo disposto dal GIP avente ad oggetto aree e alcuni capannoni industriali abbandonati appartenenti ad un fallimento dichiarato nel 1998 nei quali erano stati rinvenuti rifiuti di vario genere; veniva ravvisata sia la fattispecie di abbandono/deposito incontrollato di rifiuti ex art. 256, co. 2 del D.Lgs. 152/2006, sia la configurabilità della contravvenzione prevista dall'art. 674 c.p. per la dispersione nell'ambiente di fibre di amianto .

Ricorrendo per Cassazione il curatore produceva a sua difesa due argomentazioni a contestazione del *fumus*, entrambe volte ad evidenziare le differenze tra soggetto gestore attivo e curatore fallimentare. Con una prima linea difensiva sosteneva che il deposito incontrollato di rifiuti è un reato che potrebbe essere ascritto solo a "titolari di imprese" o "responsabili di enti" - figure funzionalmente non assimilabili a quelle del curatore fallimentare - e chiedendone conseguentemente l'estinzione del reato per avvenuta prescrizione vista l'interruzione dell'attività nell'anno 1998.

L'altra linea difensiva, che parrebbe strettamente in linea con quella assunta dalla Cassazione civile, cerca di marcare la differenza tra amministrazione dei beni del fallito ex art 31 della LF (attività chiaramente di competenza del curatore) e gestione ambientale dei rifiuti sorti in precedenza al fallimento (che non potrebbe invece essere esigibile dal curatore); richiesta rafforzata dalla considerazione che non sarebbe rinvenibile nell'ordinamento una disposizione specifica per la gestione ambientale dei rifiuti che ponga il curatore in posizione di garanzia ai sensi e per gli effetti dell'art. 40, comma 2, c.p.

Tuttavia il Collegio rigetta il ricorso confermando l'esistenza del *fumus* sia per la fattispecie di cui all'art. 674 c.p. sia per quella ex art. 256 comma 2 del D.Lgs. 152/2006.

In particolare per quest'ultima il Collegio non ha dubbi né sulla materialità oggettiva del reato (rilevato l'abbandono di rifiuti) né sulla qualificazione del curatore quale soggetto a cui possa essere ascritto il reato come proprio.

Difatti viene affermato che «...quando l'impresa sia dichiarata fallita (...) la responsabilità del suo titolare si trasferisce sul curatore fallimentare, che da una parte è pubblico ufficiale e dall'altra ha il compito di amministrare il patrimonio dell'impresa in sostituzione del suo titolare (ex artt. 30 e 31 Legge fallimentare). Si tratta non già di estensione analogica, ma di interpretazione teleologica della norma

incriminatrice, secondo la quale, nella soggetta materia, il ruolo del curatore non può ridursi a quello di soggetto “comune”».

Per tali motivazioni non si potrebbe negare l’astratta ricorribilità dell’art. 256 co. 2 D.Lgs. 152/2006 né tantomeno affermarsi l’estinzione del reato per decorso del termine di prescrizione.

Tale posizione del giudice penale risulta pertanto diametralmente opposta a quella formatasi lungo il binario civile che invece sin da subito, in funzione dell’inesistenza di un fenomeno successorio, ha marcato la differenza tra la posizione, il ruolo, le responsabilità e gli obblighi del curatore fallimentare rispetto a quelle degli organi amministrativi societari nel periodo in *bonis*.

Tuttavia preme mettere in evidenza che nel caso in questione tra i rifiuti abbandonati risultavano anche parti di eternit; in particolare si legge nella sentenza che *«i capannoni presentavano le coperture in cemento-amianto (eternit) in uno stato molto avanzato di degrado per effetto della corrosione atmosferica, tanto che le fibre di amianto, non più inglobate nella matrice cementizia, affioravano in superficie e si disperdevano nell’ambiente circostante, con grave pericolo per la salute pubblica»*¹⁰.

Per quanto si cercherà di argomentare meglio successivamente, l’esigenza di tutela della salute pubblica, che trova una sua evidenza nei pericoli all’esposizione dell’amianto, è la condizione che spostando la gravità dei valori da proteggere sottesi può costituire la base costituzionale per giustificare una differenziazione tra obblighi esigibili dal curatore fallimentare in materia di rifiuti.

In discontinuità con la precedente decisione si esprime invece la successiva sentenza n. 40318 del 28.09.2016 della Corte di Cassazione penale le cui statuizioni ritornano in armonia con quelli della giurisprudenza civile.

Il PM ricorre avverso la sentenza di non luogo a procedere del GUP a favore del curatore imputato del reato ex art. 256, comma 4 del D.Lgs. 152/2006 perché il fatto non sussiste.

La contestazione era le seguente: la società fallita aveva svolto in precedenza l’attività di gestione di una discarica; la provincia aveva rilasciato nel 2008 apposita autorizzazione ambientale in relazione all’esercizio dell’impianto di rifiuti inerti con prescrizioni che, però, il curatore non avrebbe osservato.

¹⁰ Il grave pericolo per la salute pubblica risulterebbe, si legge sempre nella sentenza, anche da una nota del comune interessato in base alla quale nel raggio di 10 Km rispetto alla struttura si sarebbero registrati 74 decessi in 10 anni per patologie prevalentemente correlate all’esposizione dall’amianto.

A giudizio del PM ricorrente, la dichiarazione di fallimento della società avrebbe comportato il subentro del curatore fallimentare nell'autorizzazione rilasciata dalla provincia con relative prescrizioni; in altri termini gli obblighi che nel periodo *in bonis* gravano sull'organo amministrativo si riverserebbero sul curatore nel momento della nomina perché con la sentenza di fallimento le responsabilità del titolare si trasferirebbero su di lui in quanto pubblico ufficiale (e avendo questi il compito di amministratore il patrimonio dell'impresa in sostituzione del suo titolare ex artt. 30, 31 e 42 della L.F.).

Del resto, la stessa autorizzazione ambientale, rilasciata dalla provincia, avrebbe precisato che gli obblighi di informazione e comunicazione dovessero riguardare anche la fase post-operativa della discarica e, quindi, dovessero sussistere anche dopo che l'attività dell'impianto si fosse conclusa.

A sostegno di tale posizione viene citata ovviamente la sentenza n. 37282 del 12 giugno 2008 sopra succintamente commentata evidenziando come con tale arresto sia stato chiarito che l'effetto successorio, realizzandosi in base ad una interpretazione teleologica della fattispecie incriminatrice contestata, fa venir meno l'esigenza di una norma specifica che ne perfezioni esplicitamente gli effetti.

Tuttavia il Collegio non condivide il percorso ricostruttivo prospettato dal ricorrente sulla base sia di considerazioni specifiche per il caso in questione (si tratta di una discarica), sia su argomentazioni con portata più ampia.

In primis il Collegio pone subito l'attenzione sulla possibilità di attribuire al curatore fallimentare la qualifica soggettiva di gestore di una discarica autorizzata. Difatti la fattispecie contestata risulta dall'integrazione dei commi 3 e 4 dell'art. 256 D.Lgs. 152/2006 che sanziona la condotta di inosservanza di regole contenute nel provvedimento amministrativo autorizzatorio da parte di un soggetto che può essere qualificato gestore di discarica autorizzata.

Il nodo nevralgico pertanto risulta sempre il momento genetico in cui il curatore viene nominato con la sentenza e accetta l'incarico e gli effetti che l'ordinamento fa conseguire sia in termini di poteri che di obblighi.

Sullo *status* di gestore della discarica autorizzata, per il Collegio, tenuto conto che la fase operativa risulta cessata con il fallimento della società - in assenza quindi di esercizio provvisorio d'impresa -, non vi sono i presupposti per attribuire al curatore tale qualifica.

Ma estendendo l'impianto argomentativo giunge a rimarcare la differenza ontologica e giuridica tra società *in bonis* e fallimento ricostruendo quella barriera a fenomeni successivi che la precedente sentenza aveva ipotizzato essere permeabile. Perentoriamente in tal senso e facendo propri gli approdi della giurisprudenza civile e amministrativa: *«Tale successione, infatti, è pacificamente negata dalla giurisprudenza, sia civile che amministrativa, la quale rileva come la società dichiarata fallita conservi la propria soggettività giuridica e rimanga titolare del proprio patrimonio, perdendone unicamente la facoltà di disposizione secondo quanto stabilito dall'art. 42 R.D. n. 267/1942, a mente del quale "la sentenza che dichiara il fallimento, priva dalla sua data il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento", secondo un meccanismo riconducibile allo schema dello spossessamento dei beni».*

A differenza della giurisprudenza civile che è salda storicamente sulla sua posizione, quella penale dopo una decisione quantomeno discutibile del 2008, anche se caratterizzata dalla presenza di amianto, sembra essersi riorientata nel solco di quella civile.

Passando adesso ad analizzare la giurisprudenza amministrativa due sono le questioni giuridiche controverse che sono state affrontate nel caso di abbandono rifiuti: la prima è se il curatore possa essere considerato soggetto subentrante ai sensi dell'art. 192 co. 4 del D.Lgs. 152/2006; la seconda è invece se possa essere considerato soggetto detentore dei rifiuti ai sensi dell'art. 183, co 1, lett. h) del D.Lgs. 152/2006.

3. Il curatore come soggetto subentrante ex art. 192 co. 4 D.Lgs. 152/2006

Affrontare la prima questione significa chiarire se la curatela possa essere, al momento della sua nomina, qualificata come soggetto subentrante all'organo amministrativo della società *in bonis*; in questo specifico caso il concetto di "soggetto subentrato" ha un sua precisa collocazione nella regolazione ambientale ed un suo preciso significato.

Per comprendere il punto occorre analizzare i contenuti di cui all'art. 192 commi 3 e 4 del D.Lgs. 152/2006 in materia di abbandono rifiuti. In base al comma 3, salvo l'applicazione della sanzioni di cui agli artt. 255 e 256 del D.Lgs. 152/2006, chiunque violi i divieti di abbandono e deposito incontrollato di rifiuti sul suolo e nel suolo o

quello di immettere rifiuti di qualsiasi genere, allo stato solido o liquido, nelle acque superficiali e sotterranee «è tenuto a procedere alla rimozione, all'avvio a recupero o allo smaltimento dei rifiuti ed al ripristino dello stato dei luoghi in solido con il proprietario e con i titolari di diritti reali o personali di godimento sull'area, ai quali tale violazione sia imputabile a titolo di dolo o colpa, in base agli accertamenti effettuati, in contraddittorio con i soggetti interessati, dai soggetti preposti al controllo».

Il Sindaco può disporre con ordinanza le operazioni che si rendono necessarie assegnando un termine decorso il quale potrà procedere all'esecuzione in danno dei soggetti obbligati ed al recupero delle somme anticipate.

Ma per il punto in trattazione è delicato il passaggio contenuto nel successivo comma 4 dell'art. 192 dove viene stabilito che nel caso in cui la responsabilità del fatto illecito sia imputabile ad amministratori o rappresentanti di persona giuridica ai sensi e per gli effetti del comma 3, «sono tenuti in solido la persona giuridica ed i soggetti che siano *subentrati*¹¹ nei diritti della persona stessa in base a quanto disposto dal D.Lgs. 231/2001 in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni».

Dal combinato disposto delle due norme si comprende la rilevanza della corretta qualificazione giuridica della posizione del curatore fallimentare in quanto se considerabile soggetto subentrato ex art. 192 co. 4 rientrerebbe nella responsabilità solidale e quindi, in termini pratici, ne deriverebbe il poter essere destinatario di ordinanze sindacali con le quali gli si impone di gestire e risolvere lo stato di abbandono dei rifiuti.

Tuttavia tale ipotesi, decisamente forte, non ha trovato accoglimento in sede giudiziaria; difatti sulla possibilità di considerare il curatore soggetto subentrante si è formata una giurisprudenza amministrativa consolidata¹² che, facendo proprie le considerazioni della sentenza della Cassazione civile n. 3926/1980, esclude che il curatore possa essere considerato soggetto subentrante ex art. 192 co. 4 del TUA; la società fallita conserva quindi la propria soggettività giuridica e resta titolare del

¹¹ Ns il corsivo.

¹² Tar Toscana 26 febbraio 2019, n. 312; cfr. anche sentenze del Consiglio di Stato 30 giugno 2014, n. 3274, 16 giugno 2009, n. 3885, 12 giugno 2009, n. 3765, Tar Lombardia 3 marzo 2017, n. 520, Tar Trentino 20 marzo 2017, n. 93; tutte richiamano il contenuto della sentenza della Corte di Cassazione n. 23 giugno 1980, n. 3926. Sulla sentenza del Consiglio di Stato 30 giugno 2014, n. 3274 cfr. V.VITIELLO, *Obbligo di bonifica e fallimento dell'inquinatore*, Riv. giur. ambiente, n. 6/2014, p. 758.

proprio patrimonio - perdendone solo la disponibilità - subendo la caratteristica vicenda dello spossessamento.

In base a tale orientamento il fallimento non acquista quindi alcuna titolarità sui beni ma ne è solo amministratore con facoltà di disposizione; situazione che marca una profonda differenza con il subentro ex art 192 co. 4 che presupporrebbe invece un fenomeno di successione in senso tecnico¹³.

La netta distinzione tra società *in bonis* e fallimento è di natura tale da concludere che la curatela fallimentare non possa essere destinataria di ordinanze sindacali ex art 192 per effetto del precedente comportamento commissivo od omissivo dell'impresa fallita.

E ancora, recentemente¹⁴, tenuto conto che il curatore non può essere considerato successore dell'imprenditore fallito, non possono verificarsi effetti traslativi di diritti e responsabilità per fatti commessi in precedenza dall'imprenditore fallito in base al principio *eiuscommoda eius et incommoda*.

Per giungere ad attribuire una responsabilità al curatore è necessario che sia accertato in maniera univoca un suo contributo diretto e causale rispetto all'abbandono dei rifiuti.

Tutto cambierebbe davanti all'esercizio provvisorio d'impresa fallita come previsto dall'art. 104 della L.F.¹⁵ oppure in caso comunque di attività svolta in concreto; difatti, tale scelta da parte del curatore, evidentemente valutata in considerazione della sua utilità nella ricerca della massima valorizzazione dell'attivo fallimentare, assumerebbe in materia di rifiuti una rilevanza determinante in quanto il curatore decide di assumere la veste dell'imprenditore e di gestire attivamente l'impresa - non limitandosi quindi ad una statica liquidazione dell'attivo - con le conseguenti responsabilità in caso di abbandono rifiuti.

Resta il fatto comunque che, salva l'ipotesi dell'esercizio provvisorio da considerarsi comunque condizione di natura eccezionale, all'interno della casistica più usuale dei

13 E' il caso per esempio di operazioni straordinarie quali fusione o acquisizione di azienda o di rami di essa.

14 Tar Piemonte, 18 marzo 2019, n. 309.

15 Caso diverso potrebbe essere quello nel quale sia direttamente il tribunale con la stessa sentenza dichiarativa di fallimento a disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa avendo valutato che l'interruzione dell'attività possa arrecare un danno grave, purché ciò non arrechi pregiudizio ai creditori; difatti, in tal caso, la valutazione sulla possibilità dell'esercizio provvisorio viene risolta direttamente dall'organo giurisdizionale ed il curatore viene nominato senza che abbia partecipato alla decisione e quindi senza che abbia potuto esprimere una sua manifestazione di volontà.

fallimenti in cui il curatore si limita a vendere gli *assets* cercando di ricavare le maggiori somme possibili per soddisfare i creditori nel rispetto della *par condicio creditorum*, sembra difficile ricavare spazi giuridici per legittimare la pubblica amministrazione ad imporre obblighi a carico della curatela per inquinamento da rifiuti già esistenti prima della sua nomina ed imputabili esclusivamente all'organo amministrativo precedente.

E difatti i tentativi dei Comuni di addossare alla curatela ordinanze ex art. 192 in qualità di soggetto subentrante per risolvere situazioni di abbandono rifiuti formati prima della procedura, sono stati sistematicamente respinti dalla giurisprudenza amministrativa¹⁶.

Situazione più oscillante è invece da registrarsi quando le ordinanze sindacali ricercano profili di responsabilità del curatore non in qualità di soggetto subentrante ma come detentore dei rifiuti.

4. Il curatore come soggetto detentore dei rifiuti

Anche se minoritario occorre infatti evidenziare un orientamento tendente ad ammettere la legittimazione passiva del curatore in base ad argomentazioni centrate sullo *status* di detentore dei rifiuti.

Decisamente rilevante sul punto è stata¹⁷ la sentenza del Consiglio di Stato 25 luglio 2017, n. 3672¹⁸ che ha rigettato l'appello della curatela fallimentare di una società - prima ammessa a concordato preventivo con cessione dei beni - autorizzata con AIA¹⁹ a gestire un impianto di fusione e lega di metalli non ferrosi contro la sentenza del Tar Marche 6 maggio 2016, n. 290; quest'ultima ha ritenuto legittima un'ordinanza *extra ordinem* ex art. 50 co. 5 del D.Lgs. 267/2000 (preceduta da diffida regionale)

16 Cfr Tar Milano, 3 marzo 2017, n. 520, Consiglio di Stato, 29 luglio 2003, n. 4328 e 16 giugno 2009, n.3885.

17 Si precisa che la prima sentenza di questo filone è quella del Tar Brescia del 12 maggio 2016, n. 669 che poi sarà riformata da quella del Consiglio di Stato del 4 dicembre 2017, n. 5668.

18 F.VANETTI - C.FISCHETTI, *Cambio di rotta: il curatore fallimentare è obbligato a rimuovere i rifiuti abbandonati dal fallito*, Riv. giur. ambiente, n. 4/2017, p. 727-730.

19 Si evidenzia tale aspetto perché l'assoggettamento ad AIA ha dei precisi riflessi nella decisione finale per cui, per quanto si analizzerà successivamente, tale sentenza potrebbe non essere considerata così contraddittoria rispetto alla successiva posizione del Consiglio di Stato (sentenza del 4 dicembre 2017, n. 5668) che in situazione simile giunge a conclusioni opposte; vedi *infra*.

con la quale si imponeva alla curatela di provvedere alla urgente messa in sicurezza dei rifiuti²⁰ derivanti dalla precedente attività dell'impresa fallita.

Senza poter ripercorre tutta la complessa questione sottostante è sufficiente porre in evidenza i punti centrali che caratterizzano il caso in questione e gli approdi innovativi cui sono giunti i giudici partendo, anche, da una breve analisi della sentenza di primo grado.

I giudici di *prime cure* sono ben consapevoli della giurisprudenza che esclude il subentro negli obblighi più strettamente correlati alla responsabilità dell'imprenditore fallito, per cui, in assenza di autorizzazione all'esercizio provvisorio²¹, non si possa imporre alcun obbligo al curatore.

Tuttavia l'autorizzazione AIA in essere risulterebbe elemento decisivo per far risultare la curatela titolare degli obblighi previsti dall'art. 29-*decies* co. 9 del d.lgs 152/2006 sullo smaltimento dei rifiuti oggetto dell'attività autorizzata.

Quindi, mentre la curatela sosteneva che per i rifiuti derivanti dalla precedente attività avrebbe dovuto trovare applicazione l'art. 192 del D.Lgs 152/2006 - e relativa giurisprudenza che nega la legittimazione passiva per le ordinanze sindacali per l'abbandono dei rifiuti -, i giudici di *prime cure* hanno ritenuto il rispetto delle prescrizioni contenute nell'AIA preliminari all'applicazione dell'art. 192²².

Aperto ad una considerazione di più ampio respiro, il rispetto dell'AIA viene considerato come «*espressione del principio di precauzione stabilito dalla normativa europea, per la tutela dell'ambiente e quindi in ultima analisi per la difesa della salute umana, valore questo che nella gerarchia dei principi costituzionali viene collocato al vertice*». Inoltre, tenuto conto della necessità di dover tener conto degli impatti sociali e ambientali dell'impresa, la precedente diffida regionale e la successiva ordinanza comunale vanno inserite tra «*quelle attività amministrative che implicano un rapporto non solo di controllo ma in ultima analisi di continua collaborazione tra pubblico e privato, al fine di tutelare l'ambiente e la salute, in*

20 Tali rifiuti individuati dai Commissari durante le operazioni di inventario consistevano in tre tipologie principali: scorie saline, polveri e particolati, polveri da abbattimento fumi.

21 Tar Milano 3 novembre 2014, n. 2623.

22 Più precisamente: «*La circostanza dirimente è, si ripete, stabilire se il caso in esame riguarda prevalentemente la violazione delle prescrizioni dell'autorizzazione o la violazione delle norme sullo smaltimento di rifiuti. A quanto risulta dall'istruttoria eseguita da Arpam i rifiuti sono il frutto delle lavorazioni effettuate dall'azienda, e quindi si configurano come mancato rispetto della autorizzazione, e non come abbandono incontrollato di rifiuti medesimi o discarica. Ne consegue che il fallimento è responsabile per le prescrizioni contenute nella diffide regionali.*»

piena e concreta applicazione dei principi europei e costituzionali"; premessa che porta a concludere come a parere del collegio gli oneri non possono che ricadere sul titolare dell'autorizzazione che, a quel tempo, risultava il fallimento.

Da qui l'infondatezza del ricorso introduttivo (sulla diffida regionale) e di quello per motivi aggiunti (sull'ordinanza comunale) in quanto se vi era un obbligo per la curatela di seguire le prescrizioni dell'AIA, «*non può che ricadere sotto la sua responsabilità l'esecuzione dell'ordinanza contingibile e urgente scaturente dalla mancata esecuzione della diffida*».

Il Consiglio di Stato con la sentenza 25 luglio 2017, n. 3672 rigetta l'appello della curatela che insisteva per l'applicabilità dell'art. 192 in luogo dell'art. 29-*decies* sempre del TUA; due sono le considerazioni della sentenza da mettere in evidenza, entrambe volte a confermare la posizione assunta dai giudici di primo grado.

In primis, per quanto concerne i rifiuti presenti sul sito, in base alla relazione dell'Arpa, essi derivano inequivocabilmente dalla produzione (quando l'industria era ancora attiva) nonché da materiali che sarebbero stati utilizzati nel ciclo produttivo ma che l'interruzione dell'attività ha fatto assumere loro lo *status* di rifiuti. Da ciò se ne dedurrebbe l'inapplicabilità nel caso in specie dell'art. 192 del D.Lgs. 152/2006 perché ciò presupporrebbe la presenza di rifiuti abbandonati da terzi sconosciuti.

Lasciando in disparte tale ultima affermazione che non sembra esente da criticità, maggior portata innovativa giunge con il secondo approdo della sentenza che in realtà sembra godere di una propria autoconsistenza ed a prescindere quindi dalle precedenti considerazioni sull'applicabilità o meno del 192 o del 29-*decies*. Difatti così viene affermato: *"Rilevante è, invece, la presenza dei rifiuti nel sito industriale e la posizione di detentori degli stessi che i curatori hanno assunto dal momento della dichiarazione di fallimento"*²³.

Fulcri del ragionamento sono sia l'art. 29-*decies* co. 9²⁴ che, in caso di inosservanza della prescrizioni autorizzatorie, consente e impone all'autorità competente (in questo caso la Regione) una serie di interventi progressivi sempre più invasivi e penetranti che vanno dalla diffida ad adempiere sino anche alla chiusura, sia l'art. 29-*sexies*, comma 9-*quinquies*, lett. e) dove viene previsto che, al momento di cessazione

23 Par. 14.2 della sentenza Consiglio di Stato 25 luglio 2017, n. 3672.

24 Tra la prima diffida della Regione rivolta ai commissari e la seconda rivolta alla curatela l'articolo è stato oggetto di modifiche non significative ex art. 7, co. 9, lett. d) del D.Lgs. 46/2014.

definitiva dell'attività, l'autorità competente garantisca che il gestore²⁵ «*esegua gli interventi necessari ad eliminare, controllare, contenere o ridurre le sostanze pericolose pertinenti in modo che il sito, tenuto conto dell'uso attuale o dell'uso futuro approvato del medesimo non comporti un rischio significativo per la salute umana o per l'ambiente a causa della contaminazione del suolo o delle acque sotterranee in conseguenza delle attività autorizzate*».

Il ragionamento porterebbe a concludere che, in presenza i rifiuti non gestiti, la nomina della curatela non farebbe perdere alcun potere all'autorità competente; avrebbe quindi la presenza di rifiuti in costanza di autorizzazione che consentirebbe alla Regione di adottare diffide nei confronti della curatela.

Infine sempre nell'art. 29 - *decies* è contenuta una norma di chiusura al comma 10 dove viene previsto che se l'inosservanza delle prescrizioni giunge a determinare una situazione di pericolo o di danno per la salute, l'autorità competente ne dà comunicazione al sindaco ai fini dell'adozione delle misure ex art 217 del RD 1265/1934; ed è proprio su tali basi che è stata emanata l'ordinanza contingibile e urgente ex art. 50 del D.Lgs. 267/2000 che si sovrappone al potere previsto dall'art. 217 del RD 1265/1934²⁶.

Oltre ai riferimenti legislativi interni, il Consiglio di Stato, facendo proprie conclusioni a cui era giunto in precedenza il Tar Lombardia - sez. Brescia con la sentenza 12 maggio 2016, n. 669²⁷, ritiene possibile fondare l'obbligo di gestione dei rifiuti abbandonati in capo al detentore anche nel diritto comunitario che non distingue tra detenzione e possesso, ritenendo la prima compresa nel secondo.

Più precisamente lo *status* di detentore attribuibile alla curatela deriverebbe dal combinato disposto degli artt. 3 e 14 della Dir. n. 2008/98/CE. In particolare l'art. 3 par. 1 punto 6 della Dir. n. 2008/98/CE definisce il detentore come la persona fisica o giuridica che è in possesso dei rifiuti²⁸; quindi per il diritto comunitario ciò che rileva

25 Che sarebbe il "detentore" ai sensi della sentenza.

26 La dottrina ha ritenuto che la competenza straordinaria del sindaco ex art. 217 RD 1265/1934 appare oggi superflua poiché si va a sovrapporre con il potere più ampio previsto dall'art. 50, co. 5 del TUEL, cfr. G.MARAZZITTA, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, Rivista AIC, n. 4/2010, p. 18.

27 Come vedremo però le statuizioni in merito alla possibilità di qualificare il curatore come detentore dei rifiuti verranno successivamente ribaltate con la sentenza del Consiglio di Stato 4 dicembre 2017, n. 5668.

28 Definizione che risulta letteralmente trasposta dal legislatore italiano nell'art. 183 co. 1 lett. h) del D.Lgs. 152/2006.

sarebbe il fatto materiale della detenzione risultando irrilevante il titolo giuridico sottostante.

Inoltre, ai sensi dell'art 14 par. 1, in applicazione del principio «chi inquina paga», i costi della gestione dei rifiuti sono sostenuti dal produttore iniziale o dai detentori del momento o dai detentori precedenti dei rifiuti²⁹.

Seguendo questa linea interpretativa, semplice nel meccanismo quanto poco convincente nella bontà delle premesse, il curatore con la nomina assumerebbe anche la detenzione materiale dei rifiuti presenti; da tale situazione di fatto sorgerebbe l'obbligo, in attuazione del principio chi inquina paga, di accollarsi i costi della gestione dei rifiuti derivanti dall'attività svolta dall'impresa prima del fallimento.

Il semplice sillogismo sarebbe quindi il seguente: il detentore (del momento) deve sostenere i costi della gestione; il curatore è detentore del momento; quindi il curatore deve sostenere i costi della gestione³⁰.

Numerose sono le criticità di tale posizione le cui conclusioni si pongono in evidente contrasto con la giurisprudenza precedente³¹.

Tra le più evidenti il realizzarsi di un deciso stravolgimento del principio chi inquina paga che si trasformerebbe piuttosto in “chi detiene paga”; inoltre la portata delle argomentazioni non potrebbero a quel punto limitarsi al caso del curatore ma investirebbero qualsiasi soggetto si trovi nella condizione, volontaria o meno, di “detenere” rifiuti.

Infine, nel caso del curatore, tale interpretazione (e l'obbligo che ne consegue) si porrebbe in contrasto con la legittimità di optare per la non inventariazione dei rifiuti oppure, sempre in funzione dell'eccesso dei costi di gestione rispetto ai ricavi realizzabili, anche se prima inventariati, decida poi di abbandonarli in quanto beni con valore economico negativo (cd *derelectio* ex art. 104-ter, co. 8).

29 Definizione anch'essa trasposta pedissequamente dal legislatore italiano nell'art. 188 co. 5 del D.Lgs. 152/2006

30 Il passaggio centrale della sentenza è dove afferma che “l'unica interpretazione compatibile con il sistema delineato dal c.d. codice dell'ambiente e con il diritto europeo, ispirati entrambi ai principi di prevenzione e di responsabilità, è quella che consente misure appropriate nei confronti dei detentori dei rifiuti prodotti dall'impresa stessa.»

31 F.VANETTI - C.FISCHETTU, *Cambio di rotta: il curatore fallimentare è obbligato a rimuovere i rifiuti abbandonati dal fallito*, Riv. giur. ambiente, n. 4/2017, pp. 727-730; L. D'ORAZIO, *Il curatore fallimentare e lo smaltimento dei rifiuti. Un sospiro di sollievo*, Fallimento, 5, 2018, pp.593-601.

In argomento si è recentemente espresso il Tribunale di Milano – sez. fallimentare con decreto dell’8 giugno 2017 a fronte di reclamo ex art. 26 L.F. contro il decreto del giudice delegato che aveva autorizzato il curatore del fallimento a rinunciare all’inventariazione dei residui di lavorazione e conseguente abbandono di tutti i rifiuti speciali presenti all’interno dell’impianto previo deposito di un programma di liquidazione contenente tale proposta tenuto conto del valore economico negativo di tali beni vista l’entità dei costi per la loro gestione.

Il reclamante è la società proprietaria dell’immobile presso il quale la società fallita esercitava la sua attività consistente nella gestione di un impianto di trattamento e lavorazione di rifiuti speciali non pericolosi il cui interesse nascerebbe, si legge nel decreto, dal ruolo di coobbligato ex art. 192 co. 3 del D.Lgs. 152/2006 a procedere alla rimozione, all’avvio al recupero o allo smaltimento dei rifiuti ed al ripristino dello stato dei luoghi.

I motivi del reclamante nel ritenere illegittima la mancata inventariazione dei rifiuti rivenuti presso l’immobile si fondano essenzialmente sugli obblighi in capo al curatore in qualità di detentore dei rifiuti; in particolare l’obbligo deriverebbe dall’art. 188 del D.Lgs. 152/2006 in base al quale «Il produttore iniziale o *altro detentore di rifiuti*³² provvedono direttamente al loro trattamento, oppure li consegnano ad un intermediario, ad un commerciante, ad un ente o impresa che effettua le operazioni di trattamento dei rifiuti».

Tuttavia il tribunale aderisce all’orientamento prevalente in giurisprudenza che esclude, salvo il caso di esercizio provvisorio, la responsabilità del curatore per gestione dei rifiuti prodotti dal fallito non essendo egli l’autore del loro abbandono, «né l’*avente causa a titolo universale del soggetto inquinatore, posto che la società fallita conserva la propria soggettività giuridica e rimane titolare del proprio patrimonio, attribuendosi la facoltà di disposizione al medesimo curatore*»³³.

Viene chiarito inoltre che il curatore non assume lo status di “altro detentore” qualificato dei beni se omette l’inventariazione o decida successivamente di abbandonarli a causa del loro valore negativo per evitare effetti deprimenti sull’attivo fallimentare.

32 Ns il corsivo.

33 Cid 2.2.

La questione sembrerebbe inoltre già ridimensionata in quanto con la successiva sentenza del Consiglio di Stato del 4 dicembre 2017, n. 5668³⁴ viene riformata la sentenza del Tar Brescia n. 669/2016, le cui posizioni erano state fatte proprie dalla sentenza del Consiglio di Stato 25 luglio 2017, n. 3672.

Nella sentenza n. 5668/2017 il Consiglio di Stato definisce infatti come non appagante l'approdo a cui è giunto il giudice di *prime cure* in quanto «*collide con dati normativi specifici e non appare in linea con i principi generali, anche di derivazione comunitaria*».

Oltre a rilevare alcune contraddizioni intrinseche nella sentenza di primo grado viene anche posto in evidenza come tale decisione non sia per niente in linea con il principio chi inquina paga ma anzi, scaricando i costi sui creditori sociali che non sono ovviamente responsabili dell'inquinamento, ne determinerebbe un sovvertimento³⁵.

Per la prospettiva che si vorrebbe seguire merita però di essere posto in evidenza che, nel caso specifico della sentenza n. 3672/2017, il presupposto giuridico su cui si fonda l'ordinanza sindacale è l'art. 50 co. 5 del TUEL (e non l'art. 192 del D.Lgs. 152/2006) a cui si giunge in funzione dell'art. 29-*decies* comma 10 del TUA in quanto impianto soggetto ad AIA.

Non siamo pertanto davanti ad una ordinanza ambientale ordinaria (ex art. 192) ma contingibile e urgente per affrontare emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale.

Questo significa che la situazione di fatto stia, in ipotesi, creando rischi per la salute umana; quindi si applica la regolazione ambientale - e in particolare la disciplina AIA - ma si giunge a diffide regionali e ordinanze sindacali volte a proteggere prevalentemente la salute della persone.

Ora, se è vero che l'ambiente può essere anche considerato un valore in sé a prescindere da altre considerazioni - e a livello internazionale questa non è certo una novità - pare altrettanto pacifico che, almeno allo stato attuale, è difficile, nel nostro ordinamento, mettere profondamente in discussione la sua concezione antropocentrica.

34 F.VANETTI, *Conflitto giurisprudenziale sugli obblighi del curatore per l'abbandono di rifiuti*, Riv. giur. ambiente, n. 1/2018, pp. 157-160.

35 Cfr Tar Salerno sentenza 11 settembre 2015, n. 1987.

In una storica sentenza la Corte Costituzionale ha affermato come l'ambiente sia un "valore primario e assoluto"³⁶ ma non per affermarne l'incondizionata prevalenza sugli altri ma piuttosto, in termini relativi, per riconoscere alla protezione dell'ambiente piena cittadinanza all'interno degli altri valori protetti e riconosciuti pur in assenza di un riferimento esplicito in Costituzione salvo, sino alla riforma del 2001, quello alla tutela del paesaggio contenuto nell'art. 9.

Valore primario quindi ma con necessità di bilanciamento con altri valori in gioco.

In tempi più recenti, sempre in un caso di impresa soggetta ad AIA, sia sufficiente ricordare il caso drammatico dell'ILVA e la nota sentenza 9 maggio 2013, n. 85³⁷ in cui la Corte ha ricordato la necessità del bilanciamento dei valori senza che nessuno di essi diventi "tiranno"³⁸.

36 Corte Costituzionale sentenza 31 dicembre 1987, n. 641. Il passaggio completo della sentenza è il seguente: *"L'ambiente è protetto come elemento determinativo della qualità della vita. La sua protezione non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime l'esigenza di un habitat naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti; è imposta anzitutto da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.), per cui esso assurge a valore primario ed assoluto"*. Tra i numerosi commenti e note alla sentenza cfr. V.ANGIOLINI, *Costituzione e danno all'ambiente: grande problema per una piccola contesa*, Dir. regione, 1988, p. 91 e ss; A. POSTIGLIONE., *Il recente orientamento della corte costituzionale in materia di ambiente*, Riv. giur. ambiente, 1988, pp. 104-108; B. CARAVITA., *Il danno ambientale tra corte dei conti, legislatore e corte costituzionale*, Riv. giur. ambiente, 1988, pp. 108-112; F.GIAMPIETRO, *Il danno all'ambiente innanzi alla Corte Costituzionale*, Foro It., 1988, pp. 695-705; S.MILETO, *Giurisdizione della corte dei conti nelle materie di contabilità pubblica e interpositio del legislatore*, Giur. cost., 1987, I, 3788; R.ARRIGONI, *Danno all'ambiente e giurisdizione della corte dei conti: un binomio impossibile?* in Riv. amm., 1988, 220; E.FERRARI, *Il danno ambientale in cerca di giudice e... d'interpretazione: l'ipotesi dell'ambiente-valore*, Regioni, 1988, 525 e ss..

37 Tra i numerosi commenti e note alla sentenza cfr. R.BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali. Note alla sentenza ILVA*, Giur. Cost., 2013, p. 1525 ss; V. CAVANNA, *Ilva: criterio di ragionevolezza e bilanciamento dei diritti (nota a Corte cost. n. 85/2013)*, in Ambiente & sviluppo, 2013, n. 7, p. 631 ss; L. GENINATTI SATÈ, *"Caso Ilva": la tutela dell'ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto (una prima lettura di Corte cost., sent. n. 85/2013)*, in www.forumcostituzionale.it, 16 maggio 2013; U. SALANITRO, *Il decreto Ilva tra tutela della salute e salvaguardia dell'occupazione: riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale*, Corriere giur. III, 2013, p. 1047 ss; V.ONIDA, *Un conflitto tra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, Giur. Cost., 2013, p. 1424 ss.

38 Il passaggio completo è il seguente: *«Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»*. Sui plurimi bilanciamenti relativi al caso Ilva vedi V.I.GIGANTE, *I principi «costituzionalmente» tutelati e la loro contrapposizione*, Riv.giur. Amb.Dir., fasc. 4/2019.

Per tornare al caso di analisi quello che preme in questo momento osservare è che, a prescindere dalle considerazioni sullo *status* di subentrante o di detentore e degli eventuali obblighi conseguenti, è forse possibile ipotizzare una distinzione ben precisa in merito alla legittimazione passiva del curatore che tutto sommato, se non addolcisce tutte le spigolature della posizione assunta dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 3672/2017, la rende quantomeno meno distante.

La risposta a ciò che può determinare la legittimazione passiva del curatore andrebbe ricercata non tanto nelle virgole delle singole disposizioni - con il rischio di capziose interpretazioni - quanto sul piano dei valori in gioco: salute e ambiente³⁹.

La sentenza del Consiglio di Stato n. 3672/2017 affronta un caso dove, sul piano dei valori in gioco, la tutela della salute sembra assumere maggior rilevanza rispetto alla tutela dell'ambiente; tale posizione potrebbe non essere interpretata come oscillazione giurisprudenziale se viene analizzata nella prospettiva del quadro dei valori costituzionali in gioco e del loro bilanciamento; semplificando al massimo gli obblighi contro il curatore potrebbero essere ammissibili nei casi in cui la salute diventa il destinatario prevalente della protezione; se invece è la tutela dell'ambiente l'oggetto prevalente di protezione potrebbe restare valida la regola generale della carenza di legittimazione passiva del curatore.

Tuttavia, se presa isolatamente, la sentenza n. 3672/2017 rischia di essere episodica per costruirci un paradigma più ampio.

Al fine di provare ad arricchire la prospettiva si ritiene utile approfondire la giurisprudenza, sempre in tema di abbandono rifiuti all'interno di procedure fallimentari, ma in presenza di materiali contenenti amianto.

5. Il caso dell'amianto

La disciplina dell'amianto ha una propria normativa speciale la cui fonte primaria è la legge n. 257 del 12 marzo 1992.

La sua specialità risulta confermata anche nella normativa attuale in quanto il TUA attribuisce allo Stato la competenza per la determinazione e la disciplina delle attività di recupero dei prodotti di amianto e dei beni e dei prodotti contenenti amianto⁴⁰;

³⁹ Con tutte le complessità che derivano dal "pesare" e distinguere il valore ambiente dalla tutela della salute tenendo conto delle profonde interconnessioni e di come la salubrità dell'ambiente determini e condizioni la salute, se non la vita, delle persone.

⁴⁰ Art. 192, co. 5, lett. d) del D.Lgs. 152/2006.

inoltre, tra le disposizioni speciali, nazionali e comunitarie che restano valide per alcune tipologie di rifiuti, il legislatore ha indicato anche quelle relative al recupero dei rifiuti dei beni e prodotti contenenti amianto⁴¹.

La questione giuridica da approfondire è se la regola della carenza di legittimazione passiva del curatore conservi la propria solidità anche in presenza di materiale contenente amianto.

A differenza delle analisi giurisprudenziali sin qui condotte in cui è stato possibile individuare posizioni consolidate o almeno orientamenti comunque prevalenti, in questo caso il risultato appare più incerto.

Parte della giurisprudenza ritiene non vi siano ragioni per discostarsi dalle posizioni già assunte nei confronti del curatore in caso di abbandono rifiuti della società fallita; ribadendo quindi che il curatore non subentra negli obblighi derivanti da responsabilità del fallito e negando la possibilità di ritenerlo detentore dei rifiuti si conclude per la validità delle argomentazione anche in caso di rifiuti di amianto in quanto altrimenti *«si avrebbe una legittimazione passiva della curatela oltre i limiti che contraddistinguono l'assolvimento del munus pubblico che la connota, individuato nella gestione dei beni del fallito sotto la vigilanza e direzione degli organi fallimentari, in primis del giudice delegato, ma solo ai fini della liquidazione del patrimonio secondo le regole stabilite dalla legge fallimentare volte alla soddisfazione paritetica dei creditori, e per il resto negherebbe l'effettiva applicazione del principio di derivazione comunitaria del "chi inquina paga", in quanto prescinderebbe dall'individuazione dell'effettivo responsabile dell'inquinamento»*⁴².

41 Art. 227, co. 1 lett. d del D. Lgs. 152/2006.

42 Tar Catania, sent. 17 del 5 settembre 2018, Tar Trento, sent. n. 93 del 20 marzo 2017.

In altri casi⁴³ è stato ritenuto applicabile l'art. 12 comma 3 della legge n. 257/1992⁴⁴, norma speciale rispetto alla disciplina generale dettata dal Codice dell'ambiente; elementi rilevanti ai fini della decisione sono risultati sia il fatto che i commissari liquidatori - compatibilmente con le risorse a disposizione - avessero comunque adottato misure per tentare di evitare che terzi estranei potessero entrare nell'area e sia che il deterioramento dei materiali risalisse al periodo precedente la nomina⁴⁵.

Parte della giurisprudenza ritiene invece che vi siano motivi per abbandonare la regola della carenza di legittimazione passiva del curatore.

Apripista può essere considerata la sentenza del Tar Marche n. 467 del 5 giugno 2015 con la quale è stato respinto il ricorso di una curatela contro ordinanza ex art. 50 del TUEL che imponeva la messa in sicurezza delle parti della copertura in fibrocemento del fabbricato industriale dismesso danneggiate e di recintare il sito⁴⁶.

Il punto centrale su cui si sviluppano le argomentazioni dei giudici è che la disciplina speciale in materia di amianto «*contiene principi in parte diversi da quelli applicabili al settore dei rifiuti e, in generale, all'inquinamento ambientale*»⁴⁷ e ha pari dignità di quella sulla quale si è formato il principio chi inquina paga.

43 Tar Toscana, sent. 786 del 15 maggio 2015, Tar Toscana 118 del 20.1.2014 resa tra le stesse parti. Posizione confermata con la recente Tar Toscana, sent. 312 del 26 febbraio 2019. Da segnalare che mentre le prime due sentenze si riferivano ad ordinanze comunali ex art. 50 del TUEL, quest'ultima accoglie l'appello della curatela annullando un'ordinanza ex art. 192. Da puntualizzare che risulta pacifico come il degrado dell'area e delle strutture sia riconducibile al periodo precedente la nomina del curatore.

44 L'art. 12 co. 3 della L. 257/92 così dispone: "*Qualora non si possa ricorrere a tecniche di fissaggio, e solo nei casi in cui i risultati del processo diagnostico la rendano necessaria, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano dispongono la rimozione dei materiali contenenti amianto, sia floccato che in matrice friabile. Il costo delle operazioni di rimozione è a carico dei proprietari degli immobili*". Dalla lettura della disposizione se ne deduce quindi che non sempre la rimozione è obbligatoria ma lo diventa solo se non è praticabile il fissaggio e che al proprietario non è imposta l'attività di rimozione bensì solo il costo delle operazioni.

45 I giudici sono consapevoli del fatto che le condizioni di degrado, anche se precedenti l'insediamento dei commissari, siano nel tempo peggiorate ma non ravvisano in ciò una condizione decisiva per la decisione. Da segnalare che il caso trae origine da una ordinanza contingibile ed urgente ex art 50 del TUEL e non ex 192 del TUA.

46 Pur non ritenendo di esservi tenuto, il curatore aveva ottemperato a precedenza ordinanza e fatto eseguire un intervento di rimozione delle coperture danneggiate da una ditta specializzata ma, successivamente, un sopralluogo dell'ASUR riscontrava la mancata ottemperanza all'ordinanza precedente per quanto concerne la recinzione e accertava un grave danneggiamento di una copertura interna in fibrocemento; in forza di tale situazione è stato ritenuto verosimile un rischio per la salute pubblica derivante dalla dispersione nell'aria delle fibre di amianto.

47 Par. 7. 1 Tar Marche del 5 giugno 2015, n. 467.

In particolare assume rilevanza la constatazione che l'amianto non è di per sé qualificabile come un rifiuto in quanto l'eternit diventa pericoloso per la salute pubblica solo a determinate condizioni⁴⁸.

Ma allora diventa importante il monitoraggio in continuo della situazione in quanto è solo da tale attività che può emergere il verificarsi di quelle condizioni che fanno diventare l'eternit pericoloso per la salute umana.

Rispetto all'analisi sviluppata in precedenza assume pertanto rilevanza diversa la figura del detentore in quanto l'unico che può sorvegliare i manufatti in amianto o comunque contenenti amianto; unico soggetto che quindi può monitorare la situazione al fine di rilevare tutti quegli eventi, dipendenti o meno dall'azione umana, che rendono improvvisamente pericolosi per la salute quei materiali che sino ad allora potevano definirsi sicuri ai sensi della L. n. 257/1992.

In base a tale argomentazioni la membrana che nega la legittimazione passiva del curatore non lo potrebbe proteggere per la mutata prospettiva interpretativa; l'obbligo nascerebbe infatti dalla situazione di fatto di semplice detentore attuale del bene in quanto unico soggetto posto nella condizione di poter effettuare il monitoraggio sullo stato dei materiali contenenti amianto⁴⁹.

Né tantomeno troverebbe applicazione il principio chi inquina paga in quanto si tratta di salvaguardare la salute pubblica e non di accollare responsabilità per l'abbandono di rifiuti causati dall'attività precedente.

Sul fatto che l'attivazione del curatore comporterebbe dei costi che di fatto sarebbero posti a carico dei creditori della procedura, i giudici ritengono che «*la comprensibile esigenza del curatore fallimentare di preservare al massimo le ragioni dei creditori*

48 L'allegato 2 "Valutazione del rischio" al D.M. 6 settembre 1994 puntualizza che «*la presenza di materiali contenenti amianto in un edificio non comporta di per sé un pericolo per la salute degli occupanti. Se il materiale è in buone condizioni e non viene manomesso, è estremamente improbabile che esista un pericolo apprezzabile di rilascio di fibre di amianto...*».

49 Questa linea interpretativa troverebbe sostegno anche nell'analisi economica del diritto considerando il detentore del bene quale *cheapest cost avoider*; ovvero come soggetto in grado di ridurre al minimo le esternalità negative nel modo più efficiente. Tuttavia sembrano poter esservi argomenti contrari a poter considerare tale allo stesso modo anche il curatore nel caso dell'abbandono dei rifiuti; anche in questo caso sembra emergere la necessità di ricercare una giustificazione diversa come base di legittimazione di scelte differenziate che non sembra poter che essere il terreno dei valori in gioco; nel momento in cui siano realmente accertate le condizioni di rischio per l'incolumità pubblica, nella bilancia dei valori costituzionali il peso tutela della salute prevale su quello della tutela dell'ambiente facendo venire meno tutti i principi su cui si fondano le posizioni giurisprudenziali che in funzione della peculiarità della figura del curatore negano la possibilità delle legittimazione passiva; ovviamente, in tali casi, per coerenza provvedimento le ordinanze non devono fondarsi sull'art. 192 del D.Lgs. 152/2006 bensì sull'art. 50 co. 5 del TUEL (o art. 54). Sul concetto di *cheapest cost avoider* cfr G.CALABRESI, *The cost of accidentis: a legal and economic analysis*, 1970.

ammessi alla procedura va contemperata con interessi pubblici di rango uguale se non superiori»⁵⁰.

Aderisce pienamente a tale impostazione la successiva sentenza del Tar Friuli Venezia Giulia n. 441 del 12 ottobre 2015 sul ricorso di una curatela a cui il Comune con ordinanza ex artt. 50 e 54 del TUEL imponeva, a seguito di una tromba d'aria, di provvedere alla verifica delle coperture dell'immobile e a monitorare l'evoluzione della situazione; il curatore, in precedenza, aveva già ottemperato ad altra ordinanza che imponeva la rimozione di detriti contenente amianto.

Anche in questo caso il ricorso viene rigettato in quanto per i giudici l'onere della sorveglianza non può che ricadere sul curatore in quanto detentore attuale dell'immobile e, *a fortiori*, in un caso in cui gli eventi che hanno prodotto lo stato di pericolo (la tromba d'aria) siano successivi alla nomina.

Centrale anche in questo caso sono le considerazioni sulla diversità dei valori in gioco tra tutela della salute e dell'ambiente; nelle parole dei giudici va osservato *«come la presenza e soprattutto il pericolo di diffusione di materiali contenenti amianto in un edificio comporta per sua stessa natura la necessità d'interventi urgenti a tutela della salute, in maniera molto più incisiva rispetto a un semplice abbandono di rifiuti o all'inquinamento ambientale»*.

L'orientamento ha trovato successiva conferma con la sentenza del Tar Piemonte n. 562 del 9 maggio 2018 dove si afferma che l'ordine di rimozione, quale misura di sicurezza a fronte di una situazione di pericolo di dispersione dell'amianto, non può che essere rivolto a chi ha la disponibilità del bene. Tale posizione parte dal presupposto che *«la messa in sicurezza del sito costituisce una misura di correzione dei danni e rientra pertanto nel genus delle precauzioni, unitamente al principio di precauzione vero e proprio e al principio dell'azione preventiva, che gravano sul proprietario o detentore del sito da cui possano scaturire i danni all'ambiente e, non avendo finalità sanzionatoria o ripristinatoria, non presuppone affatto l'individuazione dell'eventuale responsabile»⁵¹.*

50 La successiva sentenza del TAR Friuli Venezia Giulia n. 441/2015 preciserà invece la gerarchia tra i valori in quanto nel riprendere l'affermazione del Tar Marche preciserà che «le ragioni dei creditori ammessi alla procedura va contemperata con interessi pubblici di rango superiore quale la tutela della salute» (ns il corsivo).

51 Consiglio di Stato 1509 del 14 aprile 2016.

Più recentemente il Tar Toscana con la sentenza n. 166 del 4 febbraio 2019 ha respinto il ricorso di due curatele contro un'ordinanza ex art 50 co. 5 del TUEL⁵² con la quale si richiedeva la rimozione dell'amianto presente nell'area presentando un piano di lavoro all'ASL, di bonificare tramite rimozione i materiali contenenti amianto, di effettuare la messa in sicurezza dei rifiuti abbandonati ancora presenti e di farli rimuovere da ditta specializzata.

Tale sentenza tuttavia, appellata e in attesa di giudizio⁵³, presenta qualche profilo di ambiguità in quanto la decisione non sembra distinguere i rifiuti abbandonati non contenenti amianto (per i quali non sembrano esservi ragioni per discostarsi dalla giurisprudenza consolidata che nega la legittimazione passiva del curatore) dal rischio salute pubblica per il deterioramento dei materiali contenenti amianto (che secondo la giurisprudenza analizzata invece giustifica la legittimazione passiva del curatore).

Inoltre, in maniera contraddittoria, da un lato, correttamente, precisa che l'ordinanza non è di bonifica ex art. 242 e ss del D.Lgs. 152/2006 ma dall'altro poi inquadra le misure di sicurezza richieste tra quelle di prevenzione ex art. 240 co. 1 lett. l) che, ai sensi dell'art. 245 co 2, possono essere imposte anche al proprietario o possessore anche se non responsabile dell'inquinamento.

Da segnalare inoltre l'ordinanza del Tar Veneto n. 109 del 16 marzo 2019 che, in sede cautelare, a fronte di ricorso promosso da una curatela contro ordinanza ex art 50 TUEL, ha ritenuto "maggiormente persuasivo" l'orientamento giurisprudenziale che, vista la differenza tra la disciplina speciale sull'amianto rispetto a quella generale sull'abbandono rifiuti, legittima l'applicazione di tale strumento quando si tratti di prevenire ed evitare pericoli connessi alla presenza di amianto.

Interessante anche la recente posizione del Ministero dell'ambiente sul parere del Consiglio di Stato n. 2064 del 16 luglio 2019 per ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto da una curatela su un caso che riguarda anche la presenza di amianto. Per quel che interessa ai fini del presente contributo il Ministero sposa la tesi della differenza ontologica tra interventi urgenti a tutela della salute (amianto)

52 Questo il riferimento nell'ordinanza anche se la sentenza riquantifica il fondamento in base all'art. 54 co 4 TUEL.

53 Con ordinanza n. 3217 del 21 giugno 2019 il Consiglio di Stato ha, in sede cautelare, respinto l'appello sulla considerazione che gli elementi di valutazione evidenziati dall'appellante hanno ad oggetto questioni articolate e controverse e ritenuto che gli interessi coinvolti nel contenzioso appaiono, allo stato, recessivi a fronte degli interessi pubblici generali sottesi agli atti impugnati.

rispetto all'abbandono dei rifiuti o della bonifica; inoltre, in linea con l'ultima giurisprudenza commentata, partendo dal presupposto che l'amianto non è sempre un rifiuto ma che è necessario monitorare in continuo lo stato di fatto dei materiali, l'onere della sorveglianza non può che ricadere sul soggetto che detiene il bene; e su di lui non possono che ricadere anche gli obblighi di attivarsi per porre in essere quanto necessario per scongiurare ogni rischio di salute pubblica.

Nelle parole del Ministero «... mentre nel caso dell'inquinamento da attività industriale sarebbe facilmente dimostrabile da parte della curatela fallimentare la propria estraneità alla condotta illecita, visto che di solito la curatela "gestisce" impianti già dismessi o inattivi da tempo, nel caso dell'amianto ciò che si richiede al detentore attuale del bene si risolve in un'attività di sorveglianza e di monitoraggio sui manufatti in amianto (tettoie, coperture, etc.) o contenenti amianto (tubature, etc.), che deve essere svolta di continuo, non potendosi mai escludere del tutto che nel corso del tempo i fenomeni atmosferici e naturali rendano pericolosi per la salute pubblica manufatti che fino a quel momento potevano definirsi sicuri. Per tali sue caratteristiche, la suddetta attività di sorveglianza sarebbe... esigibile anche nei confronti di chi risulti possessore dell'area nel momento in cui vengono rilevate le problematiche connesse alla possibile presenza di amianto».

6. Conclusioni

E' possibile, in conclusione, tirare le fila dell'ipotesi da cui abbiamo preso le mosse; ovvero, ricostruire l'area di responsabilità della curatela come espressione della tutela differenziata dei diversi valori costituzionali in gioco e del bilanciamento tra la protezione della salute e dell'ambiente.

Con i limiti fisiologici ed inevitabili di ogni teorizzazione troppo perentoria, l'ipotesi della distinzione ontologica a monte tra tutela dell'ambiente e tutela della salute offre una chiave di lettura ed una prospettiva più adeguata per spiegare le posizioni giurisprudenziali che riconoscono responsabilità al curatore.

L'approfondimento dell'analisi dei casi in presenza di amianto - e i relativi rischi salute - pone maggiormente in evidenza la presenza di principi diversi da quelli applicabili alla disciplina dei rifiuti nonché di interessi pubblici di rango superiore a

quelli, seppur legittimi, dei creditori sociali a veder preservate le proprie ragioni di credito senza che siano intaccate da spese in prededucibilità.

E' stato anche notato⁵⁴ come nel caso della sentenza della Corte di Cassazione penale n. 1 ottobre 2008 n. 37282 - che ammette la responsabilità del curatore - siamo in presenza di gravi rischi di tutela della salute pubblica a causa della presenza di amianto.

Infine, la presenza di interessi pubblici superiori, legati alla tutela della salute, sono presenti anche nella sentenza del Consiglio di Stato n. 3672/2017 che, in contrasto con la giurisprudenza precedente, legittima provvedimenti che impongono obblighi al curatore⁵⁵; in tal caso l'appoggio normativo su cui si fonda la responsabilità del curatore è rintracciabile nella disciplina AIA.

Dall'analisi giurisprudenziale è quindi individuabile un filo rosso che lega tutte le sentenze che riconoscono una specifica responsabilità del curatore: nel bilanciamento dei valori una prevalenza della tutela della salute rispetto all'esigenza di protezione dell'ambiente che risulta più evidente in presenza di amianto e più velatamente - tramite l'art. 29-*decies* co. 10 del TUA - nel caso della sentenza del Consiglio di Stato n. 3672/2017.

In assenza di amianto, ovvero, in generale, di rischi per la salute pubblica, nel bilanciamento tra i valori costituzionali, l'ambiente può invece conservare la prevalenza rispetto alla tutela della salute; in tal caso non vi sono motivi per discostarsi dagli approdi cui è giunta la giurisprudenza in tema di ordinanze sindacali ex art. 192 rivolte al curatore.

E la regola generale - come si è visto - è la seguente: il curatore non autorizzato all'esercizio provvisorio non è responsabile per i rifiuti prodotti in precedenza dall'impresa fallita e non può essere destinatario di ordinanze sindacali ex art. 192 per mancanza di legittimazione passiva.

Nel caso del subentro (da intendersi ex art. 192 co. 4), la giurisprudenza amministrativa è consolidata nel negarlo; nel caso del curatore obbligato in quanto detentore, la giurisprudenza che ha ammesso tale possibilità⁵⁶ sembra già stata superata con argomenti più convincenti⁵⁷.

54 *Supra* par. 2.

55 *Supra* par. 4.

56 Sentenza del Consiglio di Stato 25 luglio 2017, n. 3672; cfr *supra* par. 4.

57 Sentenza del Consiglio di Stato 4 dicembre 2017, n. 5668; cfr *supra* par. 4.

Nel caso dell'amianto, invece, non sembra possibile individuare una posizione giurisprudenziale sufficientemente consolidata anche se le ultime decisioni sembrano orientarsi verso una legittimazione delle ordinanze in funzione di valori superiori in gioco.

Ovviamente, la ricerca della più corretta qualificazione giuridica non può risolvere la condizione economica di scarsità di risorse che caratterizza comunque la situazione.

Non si può, infatti, negare che, a prescindere da valide posizioni di diritto, siamo comunque davanti ad una vera e propria "guerra tra poveri" tra curatele fallimentari e comuni: le prime che, per situazione "di nomina", sono alle prese con carenze finanziarie rispetto ai debiti accumulati dalla fallita e la delicatezza della scelta di attivarsi con spese in prededucibilità che (ammesso la presenza di fondi sufficienti) si accollerebbero, di fatto, i creditori della fallita; i secondi che, per situazione di finanza pubblica, versano in generale già in condizioni di scarsità e rigidità finanziaria con le conseguenti difficoltà ad attivarsi di propria iniziativa per l'esecuzione degli interventi e con il rischio di vedersi ripagare solo con moneta fallimentare.

Il rapporto conflittuale tra curatore ed ente locale potrebbe anche trasformarsi in una "guerra tra ordinanze" al limite del paradossale, con il primo che, in presenza di rifiuti abbandonati prodotti dalla fallita e in assenza di una sua chiara responsabilità o esercizio provvisorio, potrebbe richiedere l'intervento del comune - ritenendosi non responsabile ex art 192 - ed il secondo che, invece, potrebbe ordinare al curatore la rimozione dei rifiuti abbandonati ex art 50 del TUEL⁵⁸.

Ovviamente, in tal caso, il conflitto sarebbe solo apparente vista la diversità dei presupposti applicativi.

Non va infatti dimenticato che la giurisprudenza ha chiarito quali siano le condizioni per il legittimo esercizio del potere sindacale *extra ordinem*⁵⁹ che dev'essere giustificato sia sul piano della contingibilità che dell'urgenza⁶⁰.

58 Ipotesi recentemente affrontata con la recente sentenza del Consiglio di Stato n. 5125 del 22 luglio 2019.

59 Quali la presenza di situazioni non già tipizzate dal legislatore, la sussistenza di una adeguata istruttoria ed una congrua motivazione che giustifichi l'adozione eccezionale di una tipologia provvedimento residuale deviando dalla regola della tipicità degli atti amministrativi, cfr. Consiglio di Stato 25 maggio 2012, n. 3077.

60 Da intendersi la prima come impossibilità di fronteggiare l'emergenza con i rimedi ordinari, in ragione dell'accidentalità, imprescindibilità ed eccezionalità della situazione verificatasi e la seconda come assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile, cfr. Consiglio di Stato 21 novembre 1994, n. 926.

Pertanto, tenuto conto della presenza nell'ordinamento dell'art. 192 del TUA, in caso di abbandono rifiuti, l'eventuale ordinanza *extra ordinem* dovrà spiegare, sulla base di una adeguata istruttoria svolta dagli organi tecnici competenti, le motivazioni per cui la situazione non appare fronteggiabile con gli strumenti ordinari.

Non si potrà, quindi, prescindere da una valutazione caso per caso, al fine di evitare distorsioni applicative legate all'incentivo per l'amministrazione comunale a ricorrere, in assenza dei presupposti, all'ordinanza ex art. 50 del TUEL piuttosto che ex art. 192 del TUA.

Talvolta si deve registrare in giurisprudenza una sorta di "contaminazione" tra la disciplina dell'abbandono e quella della bonifica; se da un lato vi sono elementi unificanti, per altro la loro distinzione dovrebbe risultare più netta di quanto emerge dalle posizioni della giurisprudenza amministrativa, influenzata, occorre precisarlo, anche da ordinanze sindacali che, nel dubbio, citano indistintamente gli artt. 192 e 242 del TUA e gli artt. 50 e 54 del TUEL, quasi che vi sia omogeneità dei presupposti legittimanti.

Sulla questione niente aggiunge di rilevante sul punto il nuovo codice d'impresa e dell'insolvenza, approvato con D.Lgs. 14/2019⁶¹.

Nell'attesa di verificare se la giurisprudenza futura delinearà con maggior precisione, o viceversa, smentirà la nostra ipotesi, resta comunque l'esistenza di diverse basi costituzionali che giustificano - ed anzi richiedono - un differente trattamento in funzione del valore prevalente da tutelare.

61 Cfr. note 7 e 9.